

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Francisco R. Heydegger
Atahuamán P. Jhuliana C.**

FRANCISCO R. HEYDEGGER
ATAHUAMÁN P. JULIANA C.
[Coordinadores]

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Centro de Estudios
Penales



Lima - Perú

DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Derechos reservados conforme a ley
Primera edición noviembre 2013

© CENTRO DE ESTUDIOS PENALES

informes@centrodeestudiospenales.com
www.centrodeestudiospenales.com

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-18848

ISBN: 978-612-4037-71-9

Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 600

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

PRESENTACIÓN

Los *delitos contra la Administración pública*, hasta hace poco tiempo, tenían la misma relevancia que los otros grupos de delitos que se encuentran alojadas dentro de nuestro cuerpo penal. Sin embargo, el mismo ha cobrado una atención sobremanera a partir de los hechos de corrupción, que tuvo como contexto el Régimen del Gobierno de la última década del siglo, pretérito en la que se había enquistado la corrupción desde las altas esferas de poder hasta el nivel inferior de los administradores del Estado. Y que en esos tiempos no salían a la luz, solo se ventilaron una vez decaído el régimen. Y esto tuvo como consecuencia la creación de un sistema anticorrupción. Pero lo dicho, no implica que la corrupción -dentro de la administración pública- no existía, este fenómeno siempre ha existido, solo que con menor magnitud, o si tuviera mayor magnitud han sido pasajeras o temporales o solo algunos delitos de todo el capítulo.

Ahora bien, a diferencia de otros tiempos, la corrupción en Perú, y creo también en otras latitudes, ya no es propia de un Gobierno o de un Régimen, sino esto ya viene a ser permanente, se ha convertido un tipo de enfermedad que azota vertiginosamente las instituciones del Estado y quebrantan la confianza de la sociedad, más cuando los partícipes del mismo no son condenados por peculado, cohecho, etc., pero sí los actores de delitos comunes que tengan compatibilidad con esos delitos o, extralimitando esto, los actores de los delitos comunes. Esto, ante los ojos de la sociedad, resulta una injusticia, que en cuanto a la administración se encuentra en putrefacción, ya que son los administradores del Estado quienes deberían cumplir con la Constitución, pero cuando estos no hacen cumplir o no cumplen las normas, sino por el contrario se empeñan en quebrantarla y ver los elementos del Estado como individualizables o personalizables la sociedad comprueba que

sus expectativas han sido quebrantadas por los mismos que son llamados a proteger la norma.

Como quiera que la corrupción, en estos tiempos, no solo se institucionaliza en el ámbito público, sino también ya en la actualidad se discute la corrupción entre privados, pues nos encontramos frente a un fenómeno macro, que no solo se limita en la administración pública o que no resulta solucionable con herramientas hechas para los mismos, sino ya exigen probablemente otras reglas de juego.

Pues bien, nuestra preocupación va en ese sentido. Ofrecer una palestra en el cual los más grandes investigadores de nuestro país, Argentina, España e Italia nos ofrecen sus trabajos que analizan las diferentes instituciones especiales, pero todos ellos encaminados a los delitos contra la administración o expansivamente delitos de corrupción. Por lo que este libro coordinado contiene los trabajos más representativos que se va discutiendo en el cauce de la corrupción, algunos de ellos ya publicados en otros lugares, pero que se incorporan aquí porque se considera que son estudios con profundo análisis que sus contenidos recobran su actualidad.

Está demás manifestar que con este libro pretendemos estrechar las relaciones entre las ciencias del Derecho penal europeo y latinoamericano, que por cierto son muy fuertes. Ya que, además, es común el fenómeno de la corrupción que nos flagela de manera intensa, y lo que se pretende es pues de dar una solución global desde todas las vertientes. Y estamos seguros que este libro se convertirá en aquél punto donde muchos de los problemas existentes tendrán soluciones, porque precisamente los artículos dan solución a muchos casos que se presentan en la realidad.

Este libro recoge una profusa producción de: M^a ángeles Rueda Martín, Ramiro Salinas Siccha, Alonso Peña Cabrera Freyre, James Reátegui Sánchez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Edgardo Donna, Tomás Gálvez Villegas, Francesco Palazzo, José Luis De la Cuesta Arzamendi, Gustavo Aboso, Concepción Carmona Salgado, Antonio Cuerda Riezu, Isidoro Blanco Cordero, Josué Pariona Pastrana, Luis Roca de Agapito, Raúl Pariona Arana, Bernardo Feijóo Sánchez, Jorge Hugo Álvarez, Carlos Mir Puig, Luis Reyna Alfaro, Fidel Rojas Vargas y Vincenzo Militello, quienes nos alcanzan sus análisis respecto del problema mencionado líneas arriba. Nuestros agradecimientos a todos ellos, estamos convencidos que sin el aporte de ellos este libro no habría cumplido con sus fines.

Finalmente agradecemos a Marilyn Vanesa Huaita García, Karla Alvarado Carrión, Gustavo Zavala Julca, Julio Solano Rojas, Juan Eduardo As-

PRESENTACIÓN

tocondor Valverde, José Antonio Falcón Garay, Manuel Vera Valle, quienes asumieron con mucha seriedad los proyectos del Centro de Estudios Penales, además nuestro agradecimiento a Giusseppy Napuri Aguilar. También nuestro agradecimiento va direccionado al Sr. Jerónimo Moreno, quien asume nuestros proyectos con mucha seriedad.

Los coordinadores

Lima, noviembre del 2013

§1.
CUESTIONES GENERALES

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONSIDERACIONES GENERALES, NUEVAS FIGURAS DELICTIVAS Y MODIFICACIÓN DE OTRAS CONOCIDAS*

Bernardo Feijoo Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid
España

SUMARIO:

I. Introducción. II. Consideraciones generales sobre los delitos contra la Administración pública. 1. La Administración pública como bien jurídico protegido. 2. Modalidades de injusto. III. Novedades que presenta el Código Penal con respecto a la protección de la función pública.

I. INTRODUCCIÓN⁽¹⁾

1. En el Título XIX del Código Penal se incluyen nueve Capítulos bajo la denominación común de delitos contra la Administración pública. Estos

* Publicado inicialmente en: Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-76, tomo 2, Editorial LA LEY.

⁽¹⁾ Abreviaturas utilizadas: *AK*, Alternativ-Kommentar; *ADP*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *AP*, Actualidad Penal; *BGHSt*, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales -colección oficial-); *CPC*, Cuadernos de Política Criminal; *GA*, Goldammer's Archiv für Strafrecht; *JA*, Juristische Arbeitsblätter; *JR*, Juristische Rundschau; *Jura*, Juristische Ausbildung; *JuS*, Juristische Schulung; *JW*, Juristische Wochenschrift; *LK*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; *NEJ*, Nueva Enciclopedia Jurídica; *NJW*, Neue Juristische Wochenschrift; *PG*, Parte General; *RG*, Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial); *R.G.D.*, Revista General de Derecho; *SK*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; *ZStW*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citado por número de revista.

nueve capítulos se ocupan de la prevaricación y otros comportamientos injustos (arts. 404 a 406), del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 a 409), de la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 a 412), de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (art. 413 a 418), del cohecho (arts. 419 a 427), del tráfico de influencias (arts. 428 a 431), de la malversación (arts. 432 a 435), de los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438) y, por último, de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 445).

2. El tratamiento de estos delitos se va a estructurar en dos grandes apartados. En primer lugar se van a plantear cuestiones generales relativas a los delitos contra la Administración pública (II). Con este estudio general como presupuesto se van a analizar en la segunda parte las principales novedades que ofrecen los arts. 404 y siguientes con respecto a la regulación anterior al Código Penal de 1995 (III).

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La Administración pública como bien jurídico protegido

1. En primer lugar conviene destacar la siguiente novedad: el Código Penal de 1995 declara expresamente que un Título del Libro II se ocupa de los delitos contra la Administración pública. Se trata, de todas maneras, de una novedad que no sorprende, pues era una intitulación que venía siendo recogida en los diversos Proyectos de 1980 y tenía un amplio apoyo doctrinal. Mediante esta nueva intitulación se ve clarificada la finalidad de protección de los delitos contemplados en este Título XIX. Ya no se definen la prevaricación, la malversación o el cohecho como delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos que, como venía destacando la doctrina, era una intitulación puramente fenomenológica e incorrecta: en ciertos casos se castigaban hechos realizados por particulares o personas ajenas a la Administración y en otros lugares del Libro II se recogían delitos realizados por funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus cargos⁽²⁾. Ahora es evidente que estos otros delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos están ubicados en otros lugares porque no tienen en cuenta a la Administración pública como objeto

⁽²⁾ Vid. por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 135 y ss.

de protección, sino que tutelan otros bienes jurídicos. Y que personas que no son funcionarios pueden atentar contra la Administración pública como bien jurídico. De todos modos, no se puede decir que todos los delitos contemplados en este Título XIX afecten a la Administración pública. En mi opinión, no es posible defender que los arts. 422, 435.3, 438 y 440 tengan en cuenta la Administración pública como objeto de tutela.

La Administración pública como bien jurídico protegido puede desempeñar las dos principales funciones que la doctrina más moderna⁽³⁾ le viene asignando al concepto de bien jurídico:

- a) Una función dogmático-hermenéutica⁽⁴⁾ y de ordenación sistemática de la parte especial o función inmanente al sistema⁽⁵⁾. Su principal cometido sería servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos preceptos de la parte especial de acuerdo con una interpretación teleológica [*ratio legis*]⁽⁶⁾ o ámbito o fin de protec-

⁽³⁾ Sobre estas funciones del bien jurídico: BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1994, pp. 53 y ss.; el mismo, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, pp. 136 y ss.; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 22 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 9 y 174; NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, p. 42; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADP* 90, p. 7 y *passim*. Amelung, *ZStW* 87, pp. 140 y ss., en una recensión a la obra de Hassemer, valora como muy importante esta distinción.

En sentido contrario al texto, crítico con la Administración pública como bien jurídico protegido, OCTAVIO DE TOLEDO, *LA LEY*, Diario 4139 de 8 de octubre de 1996, pp. 3 y ss.

⁽⁴⁾ Polaino, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Sevilla, 1974, pp. 303 y ss.

⁽⁵⁾ Polaino (nota 3), pp. 300 y ss.

⁽⁶⁾ GEPPERT, *ZStW* 83, p. 966, con más referencias; Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Colonia y otras, 1983, p. 150, con más referencias; JESCHECK, *LK*, antes de 13/8: «medio de ayuda importante para la interpretación de los preceptos penales»; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 128, 139 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADP* 90, pp. 19 y ss.; RUDOLPHI, *Festschrift für Richard Honig*, Gotinga, 1970, pp. 151 y ss., remitiéndose a las opiniones de autores de influencia neokantiana como GRÜNHUT, HONIG y SCHWINGE, que asentaron esta idea de forma definitiva en la literatura especializada; ZUGALDÍA, *Fundamentos de Derecho penal*, 3.ª ed., Valencia, 1993, p. 236.

Sobre la interpretación teleológica de la parte especial, KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985, pp. 131 y ss., con más referencias; SCHMIDHÄUSER, *Festschrift für Thomas Würtenberger*, Berlin, 1977, pp. 101 y ss.; el mismo, *JuS* 87, pp. 374 y 376.

Exposición histórica en POLAINO (nota 3), pp. 144 y ss., en sentido crítico (en especial, pp. 158 y ss.).

En contra, CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 4.ª ed., Madrid, 1994, p. 18 (nota 6);

ción del tipo o alcance del tipo]. La teoría del bien jurídico siempre ha protagonizado la búsqueda del ámbito de protección de las diversas normas de la parte especial. Bustos define el bien jurídico como «una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente»⁽⁷⁾. La referencia al bien jurídico protegido en un conjunto de tipos penales es una especie de eslogan programático.

- b) Una función político-criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema⁽⁸⁾. Por esa razón la teoría del bien jurídico cobra especial virulencia en épocas de reforma de la legislación⁽⁹⁾ y cuando se trata de discutir sobre la conveniencia de penalizar o despenalizar ciertas conductas que afectan a intereses que se encuentran al límite de la intervención legítima del Derecho penal⁽¹⁰⁾. Por ejemplo, las famosas discusiones suscitadas en épocas de reforma en Alemania (años 60 y 70) y España (años 70 y 80) no fueron más que una polémica sobre los intereses que habían dejado de ser dignos de protección penal tal y como se habían desarrollado estas sociedades⁽¹¹⁾. Este problema de política criminal⁽¹²⁾ no tiene que ver directamente con la interpretación del Derecho positivo. Como ya he señalado, la referencia a la Administración pública como objeto de protección no ha suscitado

POLAINO (nota 3), pp. 304 y ss., apoyándose en la obra de M. Marx.

⁽⁷⁾ (nota 2), p. 167.

⁽⁸⁾ BUSTOS (nota 2), p. 216; MÜSSIG (nota 2), pp. 150 y ss.

⁽⁹⁾ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 1 y ss.; Polaino (nota 3), pp. 383 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992, 2/3; RUDOLPHI (nota 5), pp. 158 y ss.

⁽¹⁰⁾ CEREZO (nota 5), pp. 19 y ss.; ROXIN (nota 8), 2/9 ss.; RUDOLPHI (nota 5), pp. 164 y ss.

En la actualidad, por ejemplo, la discusión sobre el bien jurídico gira alrededor de la legitimidad de proteger con el Derecho penal ciertos intereses colectivos como el medio ambiente (cfr. FRISCH, *Festschrift für Walter Stree/Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 74 y ss., con abundantes referencias).

⁽¹¹⁾ Vid. CEREZO (nota 5), p. 21; FRISCH (nota 9), pp. 72 y ss.; el mismo, «Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung», en ESER, Albin (edit.), *Von totalitären zu rechtstaatlichem Strafrecht*, Friburgo, 1992, pp. 206 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1995, pp. 43 y ss.

Sin duda la evolución de la sociedad dará lugar en el futuro a que bienes jurídicos que hoy en día se consideran dignos de protección vayan dejando de desempeñar una función social o ésta se vea limitada y, por tanto, el alcance de su protección también.

⁽¹²⁾ MUÑOZ CONDE (nota 10), p. 77: «La protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal, es antes que una cuestión dogmática, un problema de política criminal»; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1978, p. 22: «La política criminal señala en cada caso qué bienes, y en qué medida, deben ser protegidos por el Derecho penal».

en general oposición. Nadie duda que la Administración pública es un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y que supone un bien jurídico digno de protección. Por ello me ceñiré en mi exposición a la relevancia de la Administración pública como elemento interpretativo de la parte especial.

2. Aunque la referencia a la Administración pública no presente problemas político-criminales de legitimidad, no ofrece un criterio interpretativo seguro. Sobre todo por tratarse de un bien jurídico de carácter supraindividual. Por ello es preciso intentar llevar a cabo una mayor concreción que pueda prestar ayuda a efectos interpretativos. En primer lugar, es preciso señalar que la doctrina mayoritaria viene entendiendo la Administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no de tipo estático: la función pública en sus diversas variantes⁽¹³⁾. Es decir, lo que se intenta tutelar es el «correcto funcionamiento de la Administración pública»⁽¹⁴⁾ y no un ente abstracto con independencia de su función jurídica.

⁽¹³⁾ Desde un punto de vista general el origen de la comprensión funcional de los bienes jurídicos se encuentra en los *Studien zum System des Strafrechts* de WELZEL (*Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, pp. 140 y ss., 176 y ss.).

Esta concepción de WELZEL no fue algo que surgió de la noche a la mañana, sino que supuso un último escalón de las críticas contra la concepción imperante de bien jurídico (del tipo) que desde el neohegelianismo (H. MAYER, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, pp. 95 y ss., 163 y ss., 194 y ss., posteriormente GA 84, *passim* y *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953, pp. 53 y ss.) y como consecuencia de la ideología nazi de la escuela de Kiel se fueron sedimentando a lo largo de la década de los treinta en Alemania y que Welzel mejoró de forma definitiva en este artículo [cfr. AMELUNG (nota 8), pp. 255 y ss.; POLAINO (nota 3), p. 170]. En la excelente monografía sobre el bien jurídico de AMELUNG se exponen en pp. 38 y ss. el origen (principalmente a partir de la doctrina de BIRNBAUM) y evolución de lo que era la concepción mayoritaria a principios de siglo y en pp. 159 y ss., 228 y ss. este movimiento crítico que tuvo especial fuerza en la década de los 30.

La complementación más interesante e intensa de la «teoría funcional de bien jurídico» de WELZEL ha sido llevada a cabo por dos discípulos de ROXIN: AMELUNG (nota 8), pp. 330 y ss. y RUDOLPHI (nota 5), pp. 162 y ss., con su teoría del bien jurídico como «unidad de función», coincidiendo con las tesis de AMELUNG (lo reconoce expresamente en p. 162). OTTO, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Munich, 1978, p. 55, con más referencias de su propia obra, se muestra de acuerdo con estos autores.

⁽¹⁴⁾ El Tribunal Supremo entendía que en los anteriores delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos el bien jurídico protegido era primordialmente «el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y, en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa»: sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990 (Ponente Ruiz Vadillo), 3 de febrero de 1992 (Ponente Puerta Luis), 10 de abril de 1992 (Ponente Puerta Luis), 23 de noviembre de 1993 (Ponente Moner Muñoz), 21

dico-social. Lo que se pretende proteger de forma primordial en los arts. 404 y siguientes es la función o tarea constitucional de la Administración pública: servir con eficacia y objetividad a los intereses generales⁽¹⁵⁾. En estas palabras de Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽¹⁶⁾ se condensa perfectamente la opinión dominante en la doctrina: «Desde esta perspectiva, la tutela penal de la actividad pública no puede desvincularse del marco institucional en el que ésta se lleva a cabo. En efecto, si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de la función pública, deberán respetarse para ello las previsiones constitucionales formuladas en esta materia. Precisamente por esta razón resulta imprescindible la referencia a los principios y valores que constitucionalmente articulan su funcionamiento. Este planteamiento de la cuestión conduce a negar definitivamente la protección de la Administración *per se* o bien de su prestigio o dignidad, y a reconocer como único interés merecedor de tutela la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales».

Partiendo de esta idea es preciso realizar alguna puntualización más. Si se tiene en cuenta el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, no se debe entender la referencia abierta a un funcionamiento correcto como perfección, sino como cumplimiento de unos «mínimos» por parte de la Administración pública a la hora de servir a los intereses generales. No puede cobrar relevancia para el Derecho penal toda perturbación de la actividad administrativa. Esta idea no obliga a llevar a cabo una selección de las perturbaciones más graves. Esta es una cuestión que afecta a la interpretación de las diversas figuras delictivas

de febrero de 1994 (Ponente Soto Nieto), 25 de febrero de 1994 (Ponente Hernández Hernández), 10 de julio de 1995 (Ponente De Vega Ruiz), 14 de julio de 1995 (Ponente Hernández Hernández), 5 de febrero de 1996 (Ponente Puerta Luis) y 14 de marzo de 1996 (Ponente Puerta Luis).

Por la doctrina *vid.* por todos, ya en referencia al Código Penal de 1995, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirigidos por Quintero Olivares, Pamplona, 1996, p. 1127.

⁽¹⁵⁾ En esta visión constitucionalizada de la función pública como objeto de protección ha jugado un importante papel la monografía de OCTAVIO DE TOLEDO sobre la prevaricación del funcionario público (nota 1), pp. 314, 332 y *passim*.

⁽¹⁶⁾ (Nota 13), p. 1126.

y a la determinación de su ámbito de protección⁽¹⁷⁾. Aquí sólo se puede formular por ahora esta idea con carácter general. Desde un punto de vista político-criminal esos «mínimos» se pueden entender como un interés básico para la pervivencia de nuestro sistema político-social tal y como lo entendemos hoy en día y, por ello, la intervención del Derecho penal se ve legitimada. La protección de «lo básico en la función pública» como un interés más restringido que un funcionamiento impecable de la Administración es lo que justifica la intervención del Derecho penal. El injusto penal, como injusto merecedor de pena, ha de implicar un «plus de injusto» frente al disciplinario, merecedor de una sanción administrativa. El mayor desvalor puede ser debido a razones objetivas (del alcance lesivo, por ejemplo) o razones subjetivas. Así, por ejemplo, la responsabilidad por imprudencia ha sido eliminada de este ámbito. Para resolver estos conflictos resulta suficiente el Derecho administrativo.

3. Al protegerse un bien jurídico supraindividual en la mayoría de los preceptos no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración pública para la consumación (se pueden citar como excepciones los arts. 404, 409 párr. 2.º y 434 del Código Penal). El legislador penal ha decidido proteger ciertos presupuestos básicos con independencia de su carácter lesivo en el supuesto concreto. Más bien, se vela por mantener las condiciones indispensables para que la Administración pública pueda llevar a cabo su labor constitucional. En algunos supuestos, sin embargo, la perturbación de la función pública opera como una agravación (arts. 417, 418, 432.2 y 442.2 del Código Penal). Ello no significa que sólo se proteja la imagen, dignidad, pureza o prestigio de la función pública o la confianza de la sociedad en ésta. Lo que sucede es que es raro que una acción aislada pueda perturbar el funcionamiento de la Administración pública teniendo en cuenta la magnitud y entidad de la misma. Lo que lesiona el papel de la función pública en la vida moderna es la habitualidad o repetición de ciertas conductas tipificadas en este Título XIX. Es decir, que lleguen a convertirse en costumbre aceptada. Se trata de un problema que suelen presentar los delitos relacionados con bienes jurídicos supraindividuales. La confianza de la sociedad en la Administración es una consecuencia de un continuo funcionamiento de la misma al menos aceptable y de que dicho funcionamiento no sufra

⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, siempre se ha tenido presente esta idea a la hora de determinar los límites de la prevaricación. *Vid.* A título de ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1996 (Ponente García-Calvo y Montiel) e *infra* nota 57.

perturbaciones o alteraciones más allá de lo mínimo indispensable o exigible⁽¹⁸⁾.

4. El «correcto funcionamiento de la Administración» es una finalidad tuitiva general que precisa todavía de mayores concreciones. Y esa concreción debe realizarse a la hora de ocuparse individualizadamente de los distintos delitos del Título, de acuerdo con las pautas sentadas anteriormente. Algunas veces es más sencillo relacionar la finalidad concreta del delito correspondiente con la finalidad general de proteger la función pública (por ejemplo, en la malversación), pero en otras ocasiones el proceso resulta especialmente complejo (por ejemplo, en el cohecho, especialmente en el denominado cohecho impropio). Por ello es preciso hacer alguna consideración sobre estos «bienes jurídicos específicos» o concreciones del correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico protegido en general.

El objeto de protección de la *prevaricación administrativa* es el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de toda actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución)⁽¹⁹⁾. El eje del injusto de la prevaricación es que la conducta suponga «un ataque a la legalidad o una contradicción con el ordenamiento jurídico»⁽²⁰⁾. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992⁽²¹⁾ afirma que «el Estado social y democrático de Derecho (...) impone, como premisa básica y esencial del mismo, que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución Española)”. Expresamente se declara también que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*vid.* art. 9.3 de la Constitución Española). La Administración Pública “sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (*vid.* art. 103.1 de la Constitución Española)». Las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de sep-

⁽¹⁸⁾ OCTAVIO DE TOLEDO (nota 1), p. 295: «La “confianza pública en la pureza del ejercicio de la función”, no es objeto de protección de los “delitos de funcionarios”, todo lo más lo sería la “pureza” de tal ejercicio».

⁽¹⁹⁾ *Vid.* por todos, OCTAVIO DE TOLEDO (nota 1), pp. 314 y ss., en profundidad.

⁽²⁰⁾ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1993 (Ponente Moner Muñoz), 25 de marzo de 1995 (Ponente Martín Pallín) y 14 de marzo de 1996 (Ponente Puerta Luis).

⁽²¹⁾ Ponente Puerta Luis.

tiembre de 1990⁽²²⁾, 25 de febrero de 1994⁽²³⁾, 10 de julio de 1995⁽²⁴⁾, 14 de marzo de 1996⁽²⁵⁾ y 1 de abril de 1996⁽²⁶⁾, entre otras, inciden en esta idea al considerar que «el bien jurídico protegido por el legislador es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106, que sirve de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa». El objeto de protección en la *desobediencia* es la función que desempeña el principio de jerarquía recogido en el art. 103.1 de la Constitución para el correcto funcionamiento de la Administración pública⁽²⁷⁾. Aunque se debe entender el principio de jerarquía en sentido amplio para incluir dentro del mismo el principio de sometimiento de la Administración a las decisiones judiciales (art. 106 de la Constitución). Es decir, el principio de jerarquía debe ser entendido en un sentido amplio y funcional y no en un sentido estricto o formal más tradicional. En este sentido, el Tribunal Supremo⁽²⁸⁾ ha establecido en diversas ocasiones que la diferencia entre el delito de *desobediencia* y el de *denegación de auxilio* reside en «la relación de subordinación que existe entre la autoridad de quien ha emanado la sentencia, decisión u orden y el funcionario que abiertamente se niega a cumplirla» que se exige en el delito de *desobediencia*. Por el contrario, según esta doctrina constante del Tribunal Supremo, en la *denegación de auxilio* «no existe tal relación de superior a inferior, sino otra de coordinación entre diversos servicios públicos en virtud de la cual hay un deber de auxilio que un órgano ha de prestar a otro». En la *infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos* se tutela la seguridad documental y la seguridad relacionada con secretos e informaciones reservadas como

(22) Ponente Ruiz Vadillo.

(23) Ponente Hernández Hernández.

(24) Ponente De Vega Ruiz.

(25) Ponente Puerta Luis.

(26) Ponente Conde-Pumpido Tourón.

(27) La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1992 (Ponente Ruiz Vadillo) considera que «el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, más que el llamado principio de jerarquía o de autoridad, lo sea, y probablemente uno y otro son inseparables y complementarios, la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos que es parte de la dignidad de la función pública».

(28) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1990 (Ponente García Miguel), 17 de febrero de 1992 (Ponente Puerta Luis), 11 de junio de 1993 (Ponente Cotta Márquez de Prado) y 8 de junio de 1995 (Ponente Delgado García).

presupuestos básicos para que la Administración pública pueda desarrollar su función⁽²⁹⁾. A partir del Capítulo V (cohecho) el Código Penal se preocupa de la utilización de la función pública para fines particulares (sobre todo para enriquecerse)⁽³⁰⁾. En los delitos de *cohecho* un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia⁽³¹⁾ coinciden en considerar que se persigue la finalidad de eliminar la corrupción o venalidad de la Administración pública para que pueda servir con objetividad a los intereses generales y pueda actuar con eficacia (art. 103 de la Constitución)⁽³²⁾. La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado es el interés en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción, esto es, evitar que ejerciten sus funciones, ya conforme a derecho ya de forma contraria a él, en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos. El delito de cohecho es el medio más radical que tiene el ordenamiento jurídico para luchar contra la «privatización» de la función pública. Sin embargo, es difícil encontrar un bien jurídico común a todas las figuras de cohecho: activo y pasivo, propio e impropio. En la actualidad, se tiende cada vez más a definir el cohecho como un delito que lesiona o pone en peligro el principio de imparcialidad. El sector doctrinal más moderno de la doctrina especializada ha definido en general el cohecho como un delito en el que se protege el «principio de imparcialidad de la actuación administrativa como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de

(29) MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1164, consideran que estos delitos tutelan «un ámbito común de la función pública, concretado en la correcta preservación y utilización de los medios e instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines que le son propios. De ahí que, pese a la distinta trascendencia de las conductas típicas descritas en los arts. 413 y ss., todas ellas describan la vulneración de aspectos instrumentales encaminados a tales fines, como la preservación de la integridad o la confidencialidad de documentos o informaciones, impuestos a los funcionarios públicos como trascendentes y necesarios para la organización social y jurídica de la Administración».

(30) MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1189: «El delito de cohecho encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas de corrupción, que comprende, además de este delito, el de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y en general los abusos en el ejercicio de la función pública, enderezados a la obtención de un beneficio habitualmente económico. Este tipo de conductas se articulan en torno a un elemento común, la instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos».

(31) Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1991 (Ponente Bacigalupo Zapater), según la cual el bien jurídico del cohecho es «el ejercicio honrado y transparente de la función pública»; 29 de abril de 1995 (Ponente Carrero Ramos): «el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y la eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos».

(32) En el art. 422 se persigue eliminar la corrupción de la Administración de Justicia.

los intereses generales»⁽³³⁾ y, en particular, ciertas modalidades de cohecho (por ejemplo, el denominado cohecho impropio) como «un delito de peligro en relación a la imparcialidad»⁽³⁴⁾. En mi opinión, el bien jurídico efectivamente protegido en el delito de cohecho es un bien jurídico ideal: el concepto de «lo público»⁽³⁵⁾. Evidentemente, este bien jurídico indefinido sufre importantes problemas de legitimidad. Problemas de legitimidad que vienen derivados de la existencia de ciertas figuras de cohecho impropio recogidas en el Código Penal. Si desaparecieran estas figuras, se podría afirmar que el bien jurídico protegido es el principio de imparcialidad o de eficacia indiferente, lo que conllevaría menores problemas de legitimidad. Parece, pues, que el legislador se ha excedido en su pretensión de evitar la «privatización» de la función pública y ciertos tipos tienen primordialmente un carácter ético: preservan la probidad, integridad y

(33) VALEJE ALVAREZ, «Consideraciones generales sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Estudios Penales y Criminológicos XVII (1994-95)*, pp. 354 y ss., que considera que ciertos delitos de cohecho pasivo impropio son delitos en los que se pone en peligro la imparcialidad. En el mismo sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1190, consideran que «lo que propiamente se configura como objeto jurídico de tutela en el delito de cohecho es el respeto al principio de imparcialidad, que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente justifican su desempeño»

(34) MORILLAS CUEVA y PORTILLA CONTRERAS, *Comentarios a la Legislación penal XVI*, pp. 193 y ss. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1191, distinguen entre el cohecho realizado por el funcionario y el realizado por el particular: «el cohecho cometido por el funcionario que solicita, acepta o se deja prometer una dádiva a cambio de la realización de un acto propio del cargo, supone la conculcación del principio de imparcialidad.

Este dato conduce a afirmar que el cohecho cometido por el funcionario se presenta, en relación al bien jurídico, como un delito de lesión, ya que el empleado público -que de ese modo actúa-, se coloca, desde el momento en que recibe o se deja prometer la dádiva, en una posición parcial respecto al resto de los ciudadanos. Por contra, el cohecho cometido por un particular supone una mera puesta en peligro del citado principio, pues sobre aquél no pesa la obligación de resolver con imparcialidad, sino únicamente la de dirigirse a la Administración para formular sus peticiones sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, utilizando los cauces lícitos para su obtención, entre los que no se encuentra la oferta o entrega de ventajas. De este modo, de llevar a cabo el particular una conducta de esa naturaleza, se estaría poniendo en peligro la posición imparcial que debe presidir la adopción de cualquier decisión pública». *Vid.* también las consideraciones sobre el art. 426 en pp. 1226 y ss.

(35) La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 (Ponente Puerta Luis) absolvió a una alcaldesa del delito de cohecho por actuar en beneficio del ayuntamiento, es decir, en beneficio de los intereses generales. En concreto, se beneficiaron la banda municipal de música y un colegio público. Evidentemente, si se hubieran beneficiado una banda o un colegio privados la resolución hubiera sido otra.

honradez de funcionarios y autoridades⁽³⁶⁾. Lo más deseable sería entender, con la doctrina más moderna, que los delitos de cohecho protegen el principio de imparcialidad. Esto se puede predicar de los delitos de «cohecho propio». Los delitos de «cohecho impropio» dificultan esta conclusión deseable⁽³⁷⁾. En definitiva, se ha perdido la oportunidad de otorgarle coherencia y claridad al delito de cohecho. Ello es debido a que se ha extendido la intervención del Derecho penal hasta hechos cuya punición plantea problemas de legitimidad importantes. La regulación del cohecho sigue siendo una de las más confusas de este Título XIX. En un sentido muy similar a los delitos de «cohecho propio» se pueden interpretar los delitos de *tráfico de influencias*. No se puede olvidar que los delitos de tráfico de influencias eran ubicados en los Proyectos entre los delitos de cohecho y en el Código Penal de 1928, donde se tipificaron por primera vez este tipo de conductas, se introdujo el delito de tráfico de influencias en el capítulo dedicado al delito de cohecho. Con el delito de tráfico de influencias también se quiere proteger el principio de imparcialidad como medio para que la función pública defienda con objetividad los intereses generales y no intereses particulares (art. 103 de la Constitución)⁽³⁸⁾. Se lucha contra un entendimiento familiar y patrimonialista de la función pública⁽³⁹⁾. La *malver-*

(36) ORTS BERENGUER y VALEJE ALVAREZ, *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinados por Tomás S. VIVES ANTÓN, Valencia, 1996, pp. 1810 y ss.: «Parece problemático sostener que el funcionario receptor de una dádiva a cambio de un acto contrario al cargo ya cumplido lesione o ponga en peligro el principio de imparcialidad en la actuación administrativa. A nuestro juicio, si no ha habido antes de la ejecución del acto ninguna promesa o retribución y, por lo tanto, no ha habido ninguna interferencia o preferencia en la actuación de la Administración Pública, es problemático sostener que se haya lesionado el principio de imparcialidad; aunque demuestra, eso sí, una grave venalidad lesiva para la imagen de la función pública; pero, como hemos dejado sentado, no es éste el interés preferentemente protegido»; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1226 y ss.

(37) En el mismo sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1226, que consideran que el art. 426 «sanciona conductas éticamente reprobables, pero que no revisten una lesividad merecedora de relevancia jurídicopenal.

Resulta significativa, al respecto, la falta de una previsión legal de comportamientos semejantes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno». Morillas Cueva y Portilla Contreras (nota 33), p. 227, con más referencias, también se han manifestado a favor de dejar la prevención de estas conductas en manos del Derecho administrativo.

(38) MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1233; sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994 (Ponente Ruiz Vadillo).

(39) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 203 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada», *Apéndice a Derecho penal, parte especial*, 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 9.

sación tiene como objeto de tutela el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos⁽⁴⁰⁾. Como han señalado y la Mata y Etxebarria⁽⁴¹⁾, «la potencialidad de la Administración para cumplir los fines que le son propios depende en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad de dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias». Los delitos de *fraudes y exacciones ilegales* sólo tienen en común la dinámica delictiva: la autoridad o el funcionario, abusando de su cargo, se sirve de medios como el engaño o el fraude para conseguir un beneficio patrimonial. Pero se tutela no sólo el patrimonio público (art. 436 del Código Penal), sino también los patrimonios particulares (arts. 437 y siguientes del Código Penal). El *Capítulo IX* es un «cajón de sastre» que tiene un carácter residual y en el que es imposible encontrar un objeto común de protección. Fenomenológicamente las conductas descritas en el Capítulo IX contemplan supuestos de abuso en el cargo y de utilización de la función pública para fines privados. Pero esta no es una característica aislada de estos delitos, sino que también se puede predicar de otros delitos contra la Administración pública⁽⁴²⁾.

2. Modalidades de injusto

1. Con la referencia al bien jurídico protegido no se agota la descripción del contenido material del injusto de los delitos contra la Administración pública. El legislador utiliza dos estrategias de protección distintas en relación a este bien jurídico: una frente a personas ajenas a la Administración y otra frente a las personas que forman parte de la misma

⁽⁴⁰⁾ En un sentido similar, CUAREZMA, *LA LEY*, 1992-1, p. 441; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA (nota 13), p. 1245; sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1990 (Ponente Soto Nieto). Exponen las diversas posiciones doctrinales DE LA MATA y ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Barcelona, 1995, pp. 55 y ss.

⁽⁴¹⁾ (nota 39), p. 115.

⁽⁴²⁾ Los delitos de negociaciones y actividades prohibidas (arts. 439, 441 y 442 del Código Penal) protegen el principio de imparcialidad como instrumento para que la Administración sirva con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución). Pero en el art. 440 del Código Penal también se protege la imparcialidad de otras personas con deberes jurídicos o posiciones jurídicas especiales que no son funcionarios o autoridades. De esta manera no se protege en este tipo el funcionamiento correcto de la Administración pública sino de otras instituciones. El bien jurídico protegido en los tipos de negociaciones y actividades prohibidas no tiene nada que ver con los otros delitos con los que comparte capítulo: los abusos en el ejercicio de la función pública tipificados en los arts. 443 y ss. Del Código Penal. Intentar buscar un objeto unitario de protección es una tarea abocada al fracaso.

y asumen tareas públicas. El fundamento del injusto es distinto en un supuesto y en el otro. Esta diferenciación coincide con la distinción que se establece en este Título XIX entre delitos comunes (realizados por particulares) y delitos especiales (realizados por funcionarios o autoridades que infringen sus deberes).

2. En primer lugar haré referencia a los delitos realizados por particulares (arts. 406, 414.2, 418, 423, 429 y 430 del Código Penal) que representan una minoría en este ámbito de la delincuencia. El fundamento del injusto no es muy distinto al fundamento del injusto de los delitos comunes que protegen bienes jurídicos individuales (vida, integridad, libertad, etc.). Se prohíbe intervenir de forma ilegítima en un ámbito de organización ajeno⁽⁴³⁾. En el ámbito delictivo que nos ocupa se prohíbe perturbar o afectar al funcionamiento correcto de la Administración pública⁽⁴⁴⁾. En la mayoría de los casos se trata de conductas relacionadas con la actuación de un funcionario o actividad. Es decir, se tipifican como injustos

⁽⁴³⁾ Sobre el injusto como arrogación de un ámbito de organización ajeno: DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992, pp. 179, 181, 182 y ss., 250; el mismo, GA 93, p. 172; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 133; HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, Berlín, 1986, pp. 123 s.; JAKOBS, ZStW 97, pp. 762 y ss.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín y Nueva York, 1991 (existe una traducción de CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ de MURILLO, J. L., *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995), 2/25 a, 7/68, 28/14; el mismo, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993 (existe una traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo A., *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Bogotá, 1996), pp. 460 y ss.; KRATZSCH, *Festschrift für Dietrich Oehler*, Colonia y otras, p. 70; el mismo (nota 5), p. 356; Otto (nota 12), p. 70; Podlech, AK, art. 2 par. 1.º/65, 67; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 11), p. 310; SCHILD, AK, antes de 13/36; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Colonia y otras, 1981, núm. marg. 156; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlín, 1983, p. 175.

El Tribunal Supremo se ha referido en alguna ocasión para determinar la existencia de un injusto a la incidencia en una esfera jurídica ajena (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1987 -Ponente Soto Nieto-), aunque no se muestre evidente a lo que se refiere.

⁽⁴⁴⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1186: «El fundamento de la sanción de estas conductas (...) responde a una correcta interpretación del interés tutelado en este Título. Una vez superada la concepción de estos delitos como mera infracción de los deberes propios del cargo, y cifrada la tutela penal en el correcto funcionamiento de la Administración pública, en sentido amplio, no existe ningún inconveniente para extender a los no funcionarios la responsabilidad penal por la comisión de hechos que perturban u obstaculizan la correcta prestación de los servicios a los que está obligada la Administración. En suma, los atentados contra la función pública podrán provenir de personas que actúan desde dentro o desde fuera de ella».

porque son conductas que favorecen o motivan o pueden favorecer o motivar una actuación delictiva o antijurídica por parte de un funcionario (arts. 418, 423, 429 y 430 del Código Penal). Por tanto, se trataría de «intervenciones o agresiones mediatas» relacionadas con la conducta defectuosa del funcionario o autoridad. Es decir, conductas muy relacionadas con la idea de participación criminal, aunque algunas de ellas no se puedan calificar formalmente como inducción, cooperación necesaria o complicidad en el delito especial correspondiente. Sólo el art. 414.2 del Código Penal recoge un supuesto de agresión directa contra los intereses de la Administración pública. Algunas de estas conductas tienen importantes problemas de legitimidad: en el art. 418 del Código Penal el particular sólo se aprovecha del injusto realizado por el funcionario y en el art. 430 del Código Penal se tipifica un acto preparatorio. Curiosamente, por el contrario, no se han tipificado injustos tan evidentes como la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de documentos que pueden afectar gravemente a la función pública.

3. Distinto es el fundamento del injusto de los delitos realizados por funcionario o autoridad. En estos supuestos el legislador parte de la idea de que estas personas especialmente obligadas tienen que respetar unas pautas de conducta en beneficio de la Administración pública. Es decir, el fundamento del injusto no se encuentra en el básico *neminem laedere* (relación negativa con el bien jurídico), sino en una prestación positiva o un respeto a cierto estándar (relación positiva con el bien jurídico) vinculado a la posición jurídica especial que detenta el funcionario o autoridad, a la asunción de tareas públicas⁽⁴⁶⁾. Esto tiene importantes consecuencias prácticas:

⁽⁴⁶⁾ En este sentido podría ser útil la «teoría de los delitos de deber» de ROXIN, entendiéndolos como delitos distintos a los delitos comunes [en sentido contrario, OCTAVIO DE TOLEDO (nota 1) pp. 228 y ss.]. El origen de esta teoría de ROXIN se encuentra en su monografía sobre *Autoría y dominio del hecho*. Es decir, ROXIN se preocupó de estos delitos desde la perspectiva de la autoría y la participación. Este autor se dio cuenta de que existían ciertos tipos (por ejemplo el tipo penal de administración o gestión desleal del Código Penal alemán) que denominó como delitos de deber en los que ciertas personas eran siempre autoras aunque no tuvieran el dominio del hecho. Cfr. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlín y Nueva York, 1973, p. 17; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.^a ed., Berlín y Nueva York, 1990, pp. 352 y ss., 459 y ss., 651 y ss. (p. 651: «La autoría no se fundamenta mediante el dominio del hecho, sino por la lesión de un deber especial extrapenal»), con más referencias; (nota 8), 10/128; *LK*, 25/37 y ss., 162 y ss., con abundantes referencias a favor y en contra de su posición sobre el doble fundamento de la autoría.

Han mostrado su acuerdo en los presupuestos esenciales con ROXIN: BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1985, pp. 229 y ss., aunque crítico con respecto a las conclusiones de

ROXIN (pp. 233 y ss.); CRAMER, *Festschrift für Paul Bockelmann*, Munich, 1979, pp. 395 y ss., 399; el mismo, *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., Munich, 1991, antes de 25/71; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, 1972, pp. 51 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlín, 1988 (existe una traducción de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Tratado de Derecho penal: Parte general*, Granada, 1993), 61 V 1, nota 30, 62 I 1, nota 1, con más referencias, admite la clasificación con matices irrelevantes; Rudolphi, SK, 13/6, con más referencias. La fundamentación que ofrece ROXIN de los delitos de deber peca de formal y meramente descriptiva y, por ello, carece de calado material: «Deberes que son previos lógicamente a la norma penal y que, en general, sobrepasan los otros ámbitos jurídicos» (*Täterschaft*, p. 354).

ROXIN no aclara porqué deberes previos al ordenamiento penal se convierten en penalmente relevantes ni porqué se seleccionan unos deberes y se rechazan otros como penalmente relevantes. Esto es así, ya que se trata de una decisión político-criminal: en ciertos tipos el legislador protege bienes jurídicos mediante el cumplimiento correcto de deberes o de ciertas relaciones jurídicas (por ejemplo, ciertos delitos contra las relaciones familiares) básicos para la convivencia.

La teoría de ROXIN sobre los delitos de deber no ha tenido aceptación en nuestra doctrina que más bien se ha mostrado escéptica con respecto a la asunción de esta figura (*vid.* por todos, DÍAZ, *LA LEY*, 1986-4, pp. 529 y ss., con más referencias y GRACIA, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I (Teoría general)*, Zaragoza, 1985 pp. 332 y ss.).

JAKOBS ha desarrollado con una visión más general esta idea de ROXIN [cfr. (nota 42, PG), 7/70 y ss.] y la ha hecho especialmente fructífera en el ámbito de la comisión por omisión. *Vid.*, entre otros lugares (nota 42, PG), 1/7, con una completa remisión a otros lugares de su manual, 2/16 y ss., 21/116, 28/15, 29/57 y ss.; (nota 42, Arth Kaufmann-FS), p. 462; La imputación objetiva en *Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 145 y ss.; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, *passim*. La diferenciación entre estos dos tipos de competencia es lo que le otorga unidad a la «teoría de la imputación objetiva» de JAKOBS, frente a la tradicional distinción de la doctrina mayoritaria entre delitos comisivos y omisivos.

Muestran su acuerdo con JAKOBS: DERKSEN (nota 42), pp. 180, 184 y ss.; HÜWELS (nota 42), pp. 126 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 268 y ss., 298 y ss.; el mismo, ZStW 105, pp. 287 y ss.; SEELMANN, AK, 13/35, 50, 98 y ss., refiriéndose sólo a la omisión; TIMPE (nota 42), pp. 188 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993, p. 282 y *passim*. Cfr. además JAKOBS (nota 42, PG), 29/nota 53 (9). ROXIN, *Täterschaft*, pp. 659 y ss.; el mismo, LK, 25/212 y ss., ha aceptado en lo esencial el desarrollo que JAKOBS ha llevado a cabo de su propuesta, aunque sólo en el ámbito de la comisión por omisión.

En contra de las tesis de JAKOBS: BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlín, 1986, pp. 147 y ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Colonia y otras, 1992, p. 274, nota 6; LASCURAIN, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, p. 248 y «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, p. 214, por resultar el concepto de institución demasiado flexible y no quedar suficientemente domeñado con la referencia a la igualdad de peso elemental para la

estabilidad social en relación con la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Berlín y otras, 1989, pp. 354 y ss. Todos estos autores, monografistas sobre las posiciones de garantía, consideran principalmente, con razón, que la institución supone una figura excesivamente difusa y falta de contornos claros que, en consecuencia, no puede fundamentar un juicio de desvalor. Sangenstedt, p. 365, sin embargo, concluye su exposición afirmando que «puede ser que existan deberes de garante que surjan de una incumbencia institucional», aunque su fundamentación no se haya presentado todavía de forma satisfactoria. Una definición de lo que hay que entender por institución a efectos de «imputación objetiva del comportamiento» en JAKOBS (nota 42, PG), 29/ nota 114; LESCH, *Beihilfe*, p. 268. El fundamento de la imputación se encuentra en que se trata de supuestos en los que la existencia de una relación institucional básica para la vida social obliga a asumir ciertas cargas para un correcto mantenimiento de la misma. Con la asunción de una determinada posición social o jurídica va vinculada la asunción de deberes de control de riesgos y protección. La denominación de Jakobs no es completamente feliz ni sirve como criterio común denominador de los diversos supuestos que engloba dentro de la imputación en virtud de una institución. Ni toda institución genera responsabilidades penalmente relevantes (por ejemplo, el Derecho es una institución o, como el propio JAKOBS reconoce -*Tun und Unterlassen*, p. 32, nota 68-, la incumbencia en virtud de una organización también es una institución), ni todos los supuestos que denomina como institucionales se pueden explicar a partir de la existencia de una institución básica para la vida social (por ejemplo, los que denomina como «confianza especial» en (nota 42, PG), 29/67 y ss. o *Tun und Unterlassen*, pp. 34 y ss.). Se trata de supuestos en los que, de acuerdo con el art. 11 del Código Penal existe «una específica obligación legal o contractual de actuar» que no tienen otros ciudadanos. VOGEL, pp. 358 y ss., a pesar de haber asumido la clasificación de JAKOBS, se ha dado también cuenta de que la institución no puede ser el denominador común de todas las posiciones de garantía agrupadas con este nombre (pp. 366 y ss.). En mi opinión, ciertas posiciones de garante no tienen su fundamento en una «confianza especial», sino que precisamente existe dicha confianza por existir una posición de garantía. La confianza no es más que una consecuencia de la existencia de ciertos deberes especiales, no es su origen (cfr. LASCURAIN, *Deber de garantía del empresario*, p. 213, nota 14, con más referencias).

Las críticas a la «concepción del "deber del cargo" como bien jurídico en los "delitos de funcionarios"» que tienen su origen principalmente en OCTAVIO DE TOLEDO (nota 1), pp. 239 y ss. y que han sido asumidas por un sector dominante de la doctrina no afectan a la posición mantenida en el texto. En este trabajo no se pretende defender el deber como bien jurídico, sino que se intenta describir el tipo de injusto con más elementos que la simple referencia al bien jurídico. Y para proteger un mismo bien jurídico existen dos modalidades de injusto completamente diferentes.

Como señala OCTAVIO DE TOLEDO (nota 1), p. 261, «el "deber del cargo" nunca puede considerarse como bien jurídico, sino, muy distintamente, como concepto que existe en función de la protección de un bien jurídico». Así, por ejemplo, el patrimonio se puede proteger frente a intromisiones externas (hurto) o frente a incumplimientos de ciertos deberes (apropiación indebida). O la vida se protege prohibiendo crear riesgos para otras personas u obligando a preservar la vida de determinadas personas (hijos menores de edad). La referencia a un especial deber nos permite explicar ciertos injustos que van más allá del *neminem laedere*.

- a) Sólo pueden ser autores, coautores o autores mediatos de dichos delitos las personas especialmente obligadas siempre que se den, evidentemente, el resto de los requisitos típicos. Por ello se constituyen como delitos especiales. Sólo pueden ser autores las personas a las que se refiere el art. 24 del Código Penal, a no ser que exista una cláusula especial de extensión de la autoría. Ni siquiera realizan un injusto los funcionarios públicos o autoridades que han perdido tal condición (por renuncia expresa, jubilación, etc.) aunque realicen la conducta descrita en algunos de los tipos. Esto puede tener importancia para delitos como la revelación de secretos o las negociaciones y actividades prohibidas. Si se considera que la revelación de secretos o las negociaciones y actividades prohibidas realizadas por ex-funcionarios son injustos merecedores de pena por ser tan lesivas o perturbadoras como las realizadas por funcionarios o autoridades en activo, la cuestión debe resolverse *de lege ferenda* mediante una tipificación especial o una regla general especial de extensión de la autoría⁽⁴⁶⁾.

Un buen ejemplo para entender las ventajas que ofrece la interpretación del texto son los problemas que tradicionalmente venía presentando el delito de malversación. Un sector de la doctrina española ha venido haciendo referencia al doble objeto de protección o la doble naturaleza de este delito. Este sector entendía que la realización de un delito de malversación lesiona el deber de fidelidad o probidad del funcionario y el patrimonio público (sobre las diversas interpretaciones del objeto de tutela en el delito de malversación, en profundidad, DE LA MATA y ETXEBARRIA (nota 39), pp. 55 y ss., que en su monografía plantean, entre otras cuestiones, importantes objeciones a este idea tradicional). Sin embargo, el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un «delito de deber». Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial.

Por poner otro ejemplo, los delitos de negociaciones y actividades prohibidas (arts. 439 y ss. del Código Penal) a los funcionarios protegen el principio de imparcialidad. Pero ello se lleva a cabo tipificando infracciones especialmente graves de deberes de abstención o incompatibilidad. Sin referencia a estos deberes es imposible entender estos tipos [cfr. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1265 y ss.].

- ⁽⁴⁶⁾ En algunos casos se podrá acudir a tipos comunes si se ven afectados bienes jurídicos individuales (patrimonio, intimidad, etc.). Esta problemática no tiene nada que ver con los funcionarios públicos que no se encuentran en activo pero mantienen su condición de funcionarios (servicios especiales, excedencia, etc.). Los arts. 10 y 11 del Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, establecen una serie de criterios que pueden resultar válidos también para el ámbito punitivo: 1) «Los funcionarios que se encuentren en situación distinta de la de servicio activo, podrán incurrir en responsabilidad»; 2) «no podrá exigirse responsabilidad disciplinaria por actos posteriores a la pérdida de la condición de funcionario», y 3) «la pérdida de la condición de funcionario no libera de la

Los *extranei* sólo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices, inductores)⁽⁴⁷⁾. En los supuestos de autoría mediata, si el «autor mediato» no reúne los requisitos especiales de autoría, habrá que acudir a otros tipos penales (coacciones o amenazas, por ejemplo). Esta posibilidad es más sencilla cuando concurre violencia o intimidación. Los supuestos de engaño, por ejemplo, se han de considerar impunes a no ser que se puedan calificar, por ejemplo, como estafa⁽⁴⁸⁾.

- b) Lo decisivo en estos delitos es la infracción de un deber especial que se tiene como funcionario o autoridad. Por ello se tipifican varios supuestos de omisión (por ejemplo, omisión del deber de perseguir delitos) o se equiparan en el tipo la modalidad activa y la omisiva (arts. 414.1, 415 y 432 del Código Penal). Ello no significa, sin embargo, que todas las modalidades de delitos contra la Administración pública tipifiquen la realización del delito por omisión⁽⁴⁹⁾.

Más importante desde un punto de vista práctico es otra idea. No basta para realizar el tipo la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto sólo existe si el funcionario o la autoridad infringen los deberes propios del cargo. El tipo de injusto se basa en la infracción de un deber específico por razón del cargo y no en un hecho realizado «con ocasión» del ejercicio del cargo. Si el funcionario no actúa en el marco de sus competencias, desde un punto de vista valorativo no existen diferencias con un particular y el com-

responsabilidad civil o penal contraída por faltas cometidas durante el tiempo en que se ostentó aquélla».

(47) Sobre la participación de particulares en los delitos de funcionarios, cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994 (Ponente Ruiz Vadillo); 16 de febrero de 1995 (Ponente Delgado García). Como señala la primera sentencia, el Derecho penal ofrece soluciones insatisfactorias frente a las conductas delictivas de los *extranei* cuando el delito correspondiente sólo contempla una pena de inhabilitación para empleo o cargo público.

(48) La estafa es un supuesto de autoría mediata por engaño especialmente tipificada en el Código Penal [Cfr. Frisch (nota 42), pp. 216 y ss.; Jakobs (nota 42, PG), 21/80; Kratzsch (nota 42), pp. 73 y ss.].

(49) GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 297 y ss.: «Hasta tal punto es esencial en los delitos de funcionarios la infracción de un deber, que no existe ninguna otra clase de delitos en nuestro Código en la que, con tanta frecuencia, aparezcan delitos de omisión propios (cuya esencia consiste, precisa y únicamente, en que el autor se limita a no hacer lo que un deber le ordena que haga). Pero Roxin va demasiado lejos. El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente».

portamiento, por tanto, será valorativamente equivalente al de una persona ajena a la Administración pública. Con base en esta idea se puede diferenciar, por ejemplo, entre el delito de malversación (delito especial) y el delito de hurto (delito común) aunque la persona que realice la sustracción sea un funcionario que se encuentra en horas de trabajo.

Evidentemente, el Derecho penal, debido a su carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Sólo se reacciona frente a los «ataques» más intolerables contra la función que la Administración pública desempeña en nuestra sociedad. La selección de las conductas más perturbadoras socialmente es una cuestión político-criminal. Por ello resulta interesante realizar un estudio especial de las novedades que presenta el Código Penal de 1995.

III. NOVEDADES QUE PRESENTA EL CÓDIGO PENAL CON RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. En el delito de prevaricación (art. 404 del Código Penal) se ha sustituido la referencia a «resolución injusta» por la de «resolución arbitraria». En mi opinión, este cambio terminológico no afecta esencialmente a la interpretación tradicional del delito de prevaricación⁽⁵⁰⁾. La sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981⁽⁵¹⁾ argumenta cómo «el juicio de arbitrariedad suele remitirse a la actuación del Ejecutivo; más concretamente a la actuación de la Administración Pública. En este sentido, “arbitrario” equivale a no adecuado a la legalidad y ello, tanto si se trata de actividad reglada -infracción de la norma- como de actividad discrecional -desviación de poder-, etc.». Esta idea ya se encontraba presente en la interpretación que se venía realizando de la prevaricación administrativa. Se prevarica tanto infringiendo un precepto concreto como infringiendo los principios generales de nuestro ordenamiento (por ejemplo, el principio de igualdad)⁽⁵²⁾. La no alteración esencial del concepto tradicional de

⁽⁵⁰⁾ En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, 1994, p. 139; Martín Canivell, *LA LEY*, 1996-1, D-42; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1131 y 1133; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.^a ed., Valencia, 1996, p. 837.

⁽⁵¹⁾ Fundamento jurídico 10.

⁽⁵²⁾ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1996 (Ponente Puerta Luis) en un supuesto de prevaricación argumenta que «la justicia y la igualdad constituyen valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Los poderes públicos,

prevaricación se ve apoyada por otra consideración de índole sistemática: el art. 446 del Código Penal que se refiere a la prevaricación judicial no ha sufrido variaciones. Sería absurdo y contrario a una interpretación sistemática entender que el sentido del término prevaricación va variando a lo largo del Código Penal. La diferencia terminológica tiene cierto sentido si pensamos que en la actuación de los órganos judiciales no existen los márgenes de discrecionalidad de la Administración pública a la hora de desempeñar sus funciones. La actual referencia a la arbitrariedad está justificada por la preocupación del legislador de evitar la «injusticia» (contrariedad a la ley o al Derecho) en supuestos en los que existe discrecionalidad o no existen unas reglas fijas que determinen el proceso de resolución o los criterios que ha de seguir la misma (actividad reglada)⁽⁵³⁾. No se puede olvidar el importante incremento que ha sufrido la actividad discrecional o la actividad no reglada de la Administración en los últimos años. Con la nueva terminología queda más claro que, aunque no exista una infracción formal de la ley, la resolución es arbitraria e injusta por infringir principios generales del Derecho. Además, no nos podemos olvidar que la resolución tiene que ser necesariamente injusta para que el autor pueda actuar «a sabiendas de su injusticia». Al igual que anteriormente el elemento «resolución injusta» era un elemento del tipo objetivo, en la actualidad el elemento típico «resolución arbitraria» también es un elemento objetivo del tipo de injusto. La arbitrariedad ha de determinarse con independencia de la relación subjetiva del autor con la resolución. Una vez determinada objetivamente una resolución

al igual que los ciudadanos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución garantiza el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

(53) De otra opinión, Octavio DE TOLEDO, *LA LEY*, Diario 4139 de 8 de octubre de 1996, pp. 7 y ss., crítico con la nueva regulación, que considera que con la nueva expresión se intenta restringir el alcance del tipo con la insistencia en que la resolución no sólo sea injusta, sino «manifiestamente injusta», término utilizado anteriormente en la modalidad imprudente.

En el mismo sentido del texto, Morales Prats y Rodríguez Puerta (nota 13), p. 1134: «Conviene precisar que pueden merecer el calificativo de arbitrarias tanto las resoluciones de naturaleza reglada, como las de carácter discrecional (Octavio DE TOLEDO, GARCÍA ARÁN y GONZÁLEZ CUSSAC). Pese a que la inclusión de estos últimos supuestos en el art. 358.1 ACP no planteaba problemas, tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994 (RJ 1994, 5031), la incorporación en la descripción típica del vocablo arbitraria va a permitir corroborar definitivamente esta solución, por cuanto la acotación conceptual de la resolución arbitraria se acuña en el Derecho administrativo precisamente con relación a las técnicas de control sobre las decisiones administrativas discrecionales».

como arbitraria, esa conducta sólo será típica si el autor actúa sabiendo que está dictando una resolución contraria a Derecho⁽⁵⁴⁾.

La opinión doctrinal y la posición jurisprudencial mayoritaria, que considera que sólo los órganos decisorios o las resoluciones con contenido decisorio tienen relevancia típica⁽⁵⁵⁾, es más evidente en la actualidad. Ello es debido a la aparición de nuevos tipos penales como los arts. 320, 322 ó 329 del Código Penal. En estos preceptos se castiga el hecho de

⁽⁵⁴⁾ En un sentido similar, GONZÁLEZ CUSSAC (nota 49), p. 139; MUÑOZ CONDE (nota 49), p. 837. En sentido contrario, OCTAVIO DE TOLEDO (nota 52) considera que «la novedad que parece suponer la reforma operada por el art. 404 del Código Penal en relación con el primer párrafo del art. 358 del Código derogado, se resume en el implícito elemento subjetivo de lo injusto que contiene el elemento típico "arbitraria": la "resolución arbitraria" es una "resolución injusta" guiada por la voluntad de quien la dicta». Sin embargo, este autor se da cuenta de que su conclusión conduce a una interpretación absurda: «Por dos veces, pues, la ley exige el dolo: con el elemento típico subjetivo, significativo de la voluntad, que se muestra implícito en el término "arbitraria" y con el también elemento típico subjetivo, significativo ahora del conocimiento, que hace explícito la expresión "a sabiendas"». Ello sin contar con que en el Código Penal toda conducta es dolosa mientras no se señale otra cosa. La conclusión de OCTAVIO DE TOLEDO no puede satisfacer desde un punto de vista dogmático: «¿Hacia falta tanta insistencia? Yo creo que no. Y creo, por lo tanto, que huelga la palabra "arbitraria" y que la, ahora más complicada, estructura del tipo es tautológica: porque lo "arbitrario" es lo dolosamente injusto o, lo que es igual, la "injusticia a sabiendas"». En mi opinión, sólo es tautológica la interpretación de este autor y no es inevitable llegar a dicha conclusión. No se producen estos problemas lógicos si se considera que el elemento «resolución arbitraria» forma parte del tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa.

En el marco de la regulación anterior, GONZÁLEZ CUSSAC, «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, p. 68, había argumentado desde otra perspectiva que «quizás, como resumen general de todos los delitos relativos al ejercicio de la función pública, cabría decir que su esencia se encuentra en la idea de arbitrariedad. Y precisamente esta idea constituye el eje para el entendimiento del término "injusticia" que se contiene en el delito de prevaricación. Pues en realidad, para la intervención del Derecho penal no basta con dictar una resolución contraria a Derecho, pues ello toparía con la misma concepción del sistema de recursos. Por tanto se requiere algo más, para que exista la "injusticia" requerida por el tipo, y ese algo más lo aporta la idea de arbitrariedad, como equivalente a "torcer el Derecho", a "forzarlo", en el sentido de tomar una decisión que se sitúa completamente fuera del ordenamiento jurídico, y que jamás podría tener cabida en el mismo; que nunca podría convalidarse. Se trata en consecuencia de un parámetro interpretativo puramente objetivo, y muy cercano a la noción de abuso de poder».

⁽⁵⁵⁾ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1973 (Ponente Díaz Palos), 10 de noviembre de 1989 (Ponente García Pérez), 17 de septiembre de 1990 (Ponente Ruiz Vadillo), 16 de mayo de 1992 (Ponente Martín Pallín), 27 de mayo de 1992 (Ponente Díaz Palos), 21 de febrero de 1994 (Ponente Soto Nieto), 25 de febrero de 1994 (Ponente Hernández Hernández), 24 de junio de 1994 (Ponente Ruiz Vadillo), 17 de febrero de 1995 (Ponente Carrero Ramos) y 14 de julio de 1995 (Ponente Hernández Hernández).

informar a favor de una resolución a sabiendas de su injusticia. Debido a que los supuestos en los que se informa, asesora o hacen propuestas, pero no se decide, se venían calificando como participación en un delito de prevaricación si se daban los requisitos para ello, en la actualidad se presenta un problema concursal cuando la conducta de participación es, a su vez, subsumible en los arts. 320, 322 ó 329 del Código Penal. En estos casos serán de aplicación preferente estos preceptos que se remiten en su penalidad a la pena de la prevaricación, aunque añadiéndole una pena privativa de libertad o una pena de multa.

El art. 405 del Código Penal, que se corresponde con el anterior art. 382, ha cambiado su ubicación en el código, lo cual afecta, sin duda, a la interpretación del mismo. De todas maneras, la doctrina ya lo venía entendiendo como un supuesto especial de prevaricación⁽⁵⁶⁾. Hay que felicitarse por la mejor ubicación que disfruta el tipo de nombramientos ilegales, ya que el fin de la norma es el mismo, sólo que dirigida en estos casos al nombramiento de un cargo público⁽⁵⁷⁾. Las modalidades de conducta se ven ampliadas a tres en relación a la regulación anterior. No sólo se tipifica la proposición o el nombramiento para cargo público, sino también el dar posesión. En los nombramientos ilegales, pues, no se tipifican sólo resoluciones con poder decisorio.

En mi opinión, la nueva ubicación del art. 405 posibilita transferir aquí ciertas ideas ya admitidas en el ámbito de la prevaricación. En este sentido, la jurisprudencia tendrá que tener en cuenta que sólo puede ser típica «una contradicción con el ordenamiento jurídico tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando pues, vuelve a decirse, la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible “como tantas veces acontece en Derecho”»⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ De otra opinión, MIR PUIG, *NEJ Seix* XVII, p. 345.

⁽⁵⁷⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1138.

⁽⁵⁸⁾ Jurisprudencia constante en el ámbito de la prevaricación: sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1993 (Ponente García Miguel), 25 de marzo de 1995 (Ponente Martín Pallín), 5 de abril de 1995 (Ponente Moner Muñoz), 20 de abril de 1995 (Ponente Conde-Pumpido Tourón), 2 de febrero de 1995 (Ponente Moner Muñoz), 10 de julio de 1995 (Ponente De Vega Ruiz), 14 de julio de 1995 (Ponente Hernández Hernández), con más referencias, 24 de julio de 1995 (Ponente Conde-Pumpido Tourón), 16 de febrero de 1996 (Ponente García-Calvo y Montiel), 14 de marzo de 1996 (Ponente Puerta Luis) y 1 de abril de 1996 (Ponente Conde-Pumpido Tourón), con más referencias.

Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1996 (Ponente García-Calvo y Montiel), en referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992 y 26 de febrero de 1992, ha recordado que «la doctrina de la Sala destaca

Ya Mir Puig⁽⁵⁹⁾, en el marco de la regulación anterior, había llegado a la conclusión de que sería aconsejable «una interpretación restrictiva que, distinguiendo entre los distintos requisitos legales según su importancia funcional en orden al cargo, exigiese para el delito la falta de alguno fundamental». Creo que la nueva ubicación de este tipo de nombramientos ilegales en el marco de los delitos contra la Administración pública, que han de interpretarse en el sentido ya argumentado en las consideraciones generales, ayuda a esta interpretación restrictiva que, por lo demás, tiene ya una gran tradición en nuestra práctica jurídica. En relación con esto, no hay que olvidarse de que al art. 103.3 de la Constitución le preocupa principalmente «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad». Este debe ser, pues, un criterio orientador para determinar el umbral de lo penalmente relevante si no se quieren punir sólo infracciones formales que carezcan de un contenido mínimo de injusto que se merezca una reacción penal.

El art. 406 del Código Penal supone una novedad en nuestro Derecho positivo, aunque existía una tipificación de este tenor en diversos proyectos. El principal problema que plantea este art. 406 es su referencia a «la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior». No está claro si se tipifica una conducta de participación criminal como autoría, o se puede realizar esta conducta aunque la autoridad o funcionario público que propone, nombra o da posesión para el ejercicio del cargo no realice el injusto contemplado en el art. 405 por ignorar que faltan los requisitos legales. La solución depende del sentido que se le otorgue a la remisión que realiza este art. 406. Es decir, si la remisión se hace globalmente al art. 405 y se incluye como elemento del tipo el hecho de que el funcionario o autoridad conozca la ilegalidad de su actuación o la remisión se reduce al carácter objetivamente ilegal de la propuesta, nombramiento o toma de posesión que el aceptante debe, desde luego, conocer tal y como se exige en el último inciso del art. 406⁽⁶⁰⁾.

siempre que la injusticia de la resolución dictada en asunto administrativo ha de ser clara y manifiesta, pues si existiera alguna duda razonable en tal extremo, desaparecería el aspecto penal de la implicación para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos».

⁽⁵⁹⁾ NEJ Seix XVII, p. 348. Se muestran de acuerdo, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1142.

⁽⁶⁰⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1144, consideran que este nuevo art. 406 «permite colmar una laguna legal, que no podía ser solucionada por la vía de la participación. Se permite así dar cumplido tratamiento a aquellas hipótesis en las que el particular acepta un nombramiento para el que sabe que no cumple los requisitos

2. En el Capítulo II se tipifican una serie de conductas omisivas y de abandono de servicio (arts. 407, 408 y 409 párrafo segundo del Código Penal), así como conductas relacionadas con el abandono de servicio (art. 409 párrafo primero del Código Penal)⁽⁶¹⁾. El art. 409 del Código Penal protagoniza la principal novedad. El abandono colectivo y/o manifiestamente ilegal de un servicio público ha dejado de considerarse un delito de «sedición funcional» para pasar a ubicarse entre los delitos contra la Administración pública. Se trata de un cambio lógico. Parece más propio de visiones del Estado que han pasado a la historia, considerar una huelga funcional como un delito de sedición⁽⁶²⁾. La doctrina venía señalando que estas conductas relacionadas con la huelga representaban un cuerpo extraño en el ámbito de los delitos de sedición. El art. 28.2 de la Constitución venía exigiendo desde hace tiempo una nueva regulación penal de este tipo de conductas. En este artículo se sancionan dos modalidades de conducta distintas:

- a) Promover, dirigir u organizar el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público. El tipo sólo se ve consumado cuando el abandono se puede calificar como colectivo y como manifiestamente ilegal. Por ello cobran especial relevancia para determinar el alcance del tipo las normas que regulan el derecho de huelga, los conflictos laborales colectivos y el mantenimiento de los servicios esenciales en la Administración del Estado. No hay que olvidar que el art. 28.2 de la Constitución reconoce «el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», pero añade que «la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». El art. 37.2 de la Constitución también reconoce «el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo», pero también añade que «la ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad». El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de huelga

legales, cuya propuesta por el funcionario vino motivada por el engaño, o por haber actuado el funcionario imprudentemente».

⁽⁶¹⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1148: «El elemento común a los delitos incluidos en este Capítulo es la dejación de funciones públicas, cuanto este abandono genera graves perjuicios a la Administración y, por ende, a la sociedad».

⁽⁶²⁾ El precedente de este precepto, el art. 222, tenía su origen, aunque sufriera modificaciones a lo largo de su existencia, en la Ley de Seguridad del Estado de 1941.

de los funcionarios públicos no está regulado y, por consiguiente, tampoco prohibido. Por ello los funcionarios públicos disfrutan del derecho de huelga como un trabajador normal, sin más restricciones que las que afectan a los cuerpos militares o militarizados y los límites derivados del Real Decreto 1479/1988 de 9 de diciembre, que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales. Dentro de estas coordenadas normativas ha de interpretarse la referencia a la ilegalidad manifiesta.

En mi opinión, si no se llega a producir el abandono colectivo se ha de entender que el tipo no se encuentra consumado y las conductas de promoción, dirección u organización serán sancionables sólo a título de tentativa si se dan los requisitos necesarios⁽⁶³⁾. Si no existe abandono no se está afectando al correcto funcionamiento de la Administración pública, y, por tanto, el contenido del injusto contemplado en este art. 409 no se ve completo. Evidentemente, la interpretación contraria tiene cabida en el texto de este art. 409, pero creo que pecaría de excesivamente formal, castigándose más la falta de fidelidad que la lesión del bien jurídico protegido en este Título XIX. De todos modos, por abandono colectivo no tiene que entenderse que todas las personas que prestan el servicio abandonen el destino⁽⁶⁴⁾. Se podría decir que nos encontramos ante un delito de «consumación difusa» ya que es difícil determinar el momento de la consumación.

- b) Tomar parte en el abandono del servicio. En este caso varían los requisitos del tipo. El abandono tiene que ser colectivo o ser manifiestamente ilegal, no teniendo que darse ambos requisitos a la vez como en el supuesto anterior⁽⁶⁵⁾. Y, además, se añade la exigencia

⁽⁶³⁾ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER (nota 35), p. 1789.

⁽⁶⁴⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1151.

⁽⁶⁵⁾ En sentido contrario, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1152, consideran que «esta interpretación no se compadece con la voluntad que guió al legislador. Por lo que resulta más acorde con el significado de esta infracción delictiva entender que el segundo párrafo del art. 409 CP se refiere también a abandonos colectivos y manifiestamente ilegales, en la medida en que utiliza el plural para aludir a los posibles autores del delito. Esta es la solución interpretativa correcta conforme a criterios teleológicos». Toda interpretación teleológica debe respetar el tenor literal del precepto. Y es evidente que la de estos autores no lo respeta. Estos autores tienen razón al considerar que esta interpretación puede no compadecerse con la voluntad del legislador si se tiene en cuenta el origen de la tipificación durante la tramitación parlamentaria. Sin embargo, no es necesario incidir aquí en que la actividad dogmática consiste en interpretar la norma y no la voluntad del órgano que la promulgó.

de que el servicio público sea esencial y se cause un grave perjuicio al mismo o a la comunidad. Para determinar el elemento típico «servicio público esencial» hay que tener en cuenta no sólo el art. 4 del Real Decreto 1479/1988, sino principalmente la doctrina derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, 51/1986 y 8/1992. Además, hay que señalar con respecto a esta segunda modalidad de conducta que la diferencia entre el injusto administrativo y el penal reside primordialmente en la exigencia típica de que se cause un grave perjuicio. Sin duda, los órganos jurisdiccionales se encontrarán con graves problemas para fijar los límites de este elemento típico tan indeterminado.

La legitimidad de un precepto como el art. 409 del Código Penal se ve respaldada por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 que negó la inconstitucionalidad del antiguo art. 222, que contemplaba una mayor pena y que adolecía de mayores problemas de legitimidad por su dudosa compatibilidad con la Constitución de 1978 que contemplaba la huelga como derecho. Estos problemas de legitimidad fueron superados por el Tribunal Constitucional mediante una interpretación del precepto que exigía un enriquecimiento subjetivo del tipo. De esta manera se incluía el propósito de atentar contra la seguridad interna del Estado como un elemento tácito del tipo. Sin embargo, el aspecto más relevante de cara a este nuevo art. 409 es que en esta sentencia ya se determina que el derecho de huelga no puede amparar ciertas perturbaciones de servicios. Esta idea de las limitaciones del derecho de huelga ha recibido un tratamiento posterior más detallado por parte del mismo Tribunal (sentencias del Tribunal Constitucional 51/1986 y 27/1989).

3. Los delitos de desobediencia y de denegación de auxilio no plantean grandes novedades⁽⁶⁶⁾. Una cuestión peculiar es la relación de ciertas

⁽⁶⁶⁾ De acuerdo con la interpretación de los delitos contra la Administración pública realizados por personas especialmente obligadas, desarrollada al principio del presente trabajo, el art. 410.2 delimita el ámbito de lo típico y no se puede entender como una causa de justificación (en el mismo sentido, Quintero Olivares (nota 13), pp. 1155 y ss.; sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1990 -Ponente Ruiz Vadillo-). En los casos en los que el superior o la autoridad judicial no actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho no existe un deber de cumplimiento, tal y como se establece en el art. 410.2 del Código Penal. En estos casos falta la esencia del injusto en estos delitos especiales propios: la infracción de un deber de obediencia como funcionario o autoridad. El deber de obediencia tipificado en el art. 410 del Código Penal, al igual que todos los deberes, no es ilimitado, sino que sólo se tipifica en la medida que cumple una función en el marco de un Estado de Derecho y en relación a la tarea constitucional de

modalidades de denegación de auxilio (art. 412.3 del Código Penal) con las reglas generales de la comisión por omisión recogidas en el art. 11 del Código Penal. En los supuestos de denegación de auxilio para evitar un delito nos encontramos con un interesante problema concursal teniendo en cuenta que el art. 11 a) del Código Penal considera que se le podrá imputar un resultado a una persona cuando exista una específica obligación legal de actuar⁽⁶⁷⁾. Este aspecto es especialmente significativo

la Administración pública. El art. 410.2 del Código Penal no contempla una causa de justificación, sino que delimita el ámbito de lo típico (del deber de obediencia tipificado). Frente a una resolución, decisión u orden antijurídica no existe una conducta que se pueda calificar como desobediencia en sentido jurídico penal. En definitiva, mediante el apartado segundo del art. 410 del Código Penal se precisa el alcance del tipo.

(67) Este tema ha carecido de discusión en nuestra doctrina.

Por el contrario, en la doctrina alemana ha generado una amplia discusión. La amplitud del tratamiento doctrinal en Alemania se debe a los precedentes jurisprudenciales que han afirmado la responsabilidad de funcionarios por no haber evitado actividades delictivas de particulares: *RG*, *JW* 39, p. 543; *BGHSt* 3, pp. 349 y ss.; *BGHSt* 4, pp. 167 y ss.; *BGHSt* 5, p. 229; *BGHSt* 8, p. 189; *BGH*, *NJW* 58, p. 956; *BGH*, *JA* 87, p. 211; *BGH*, *NJW* 87, p. 199, con comentario de *RUDOLPHI*, *JR* 87, pp. 336 y ss. Más referencias en *OTTO* y *BRAMMSEN*, *Jura* 85, p. 597, nota 187.

Esta posición de la jurisprudencia ha sido ampliamente aplaudida por la doctrina alemana: entre otros, *BRAMMSEN* (nota 44), pp. 190 y ss.; *FREUND* (nota 44), pp. 260, 291 y ss.; *FRISCH* (nota 42), pp. 356 y ss.; *HÜWELS* (nota 42), pp. 136 y ss., 145 y ss. y *passim*; *JAKOBS* (nota 42, *PG*), 29/76 y ss.; *OTTO* y *BRAMMSEN*, *Jura* 85, pp. 596 y ss.; *SCHMIDHÄUSER*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Tubinga, 1975, 16/61; *Stree*, *Schönke/Schröder* (nota 44), 13/52.

En contra, radicalmente, señalando las deficiencias dogmáticas que tiene la fundamentación de esta idea y que resulta indeseable político-criminalmente, *Rudolphi*, *JR* 87, pp. 336 y ss.; el mismo, *SK*, 13/36, 36 a, 54 b; el mismo, *Festschrift für Hanns Dünneberg*, Berlín y Nueva York, 1982, pp. 571 y ss. Crítica a su vez a *RUDOLPHI*, *HÜWELS* (nota 42), pp. 60 y ss., 78 y ss., 131 y ss. y *passim*.

En la doctrina alemana, más que el hecho de que un funcionario tenga una posición de garante en relación a bienes jurídicos individuales, se ha cuestionado que determinados funcionarios tengan una posición de garante con respecto a actividades delictivas de terceras personas. Por ejemplo, la policía o los inspectores de trabajo. Cfr., entre otros, *HERZBERG* (nota 44), p. 356; el mismo, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Berlín y otros, 1984, pp. 242 y ss.; *SCHÜNEMANN*, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1971, pp. 329, 362 y ss.; el mismo, *ZStW* 96, pp. 310 y ss.; el mismo, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en *MIR PUIG*, Santiago (edit.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 62 y ss.; el mismo, «Die strafrechtlichen Probleme des AIDS-Komplexes», en *BUSCH*, Max (edit.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, Bonn, 1991, pp. 131 y ss.; el mismo, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *GIMBERNAT*, E., *SCHÜNEMANN*, B. y *WOLTER*, J. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 18 y ss. En contra de estos autores, recientemente, *FREUND* (nota 44), pp. 293 y ss., con amplias referencias (*vid.* también en contra los autores citados anteriormente con la evidente excepción de *Rudolphi*).

con respecto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El art. 11 de la Ley Orgánica 2/1986 de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, contempla como funciones de éstos «auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa» y «prevenir la comisión de actos delictivos». Por un lado, los delitos de resultado con relación al art. 11 a) del Código Penal protegen bienes jurídicos individuales que no tienen nada que ver con la Administración pública. Por otro lado, el art. 412 del Código Penal no agota la mayoría de las veces el desvalor del hecho si está en juego la vida, la salud o los bienes de un ciudadano. La única conclusión lógica, pues, parece considerar que existe un concurso ideal de delitos (por ejemplo, un concurso ideal de lesiones con el art. 412.3 del Código Penal, si un policía no auxilia a un particular que está sufriendo una agresión y que le pide ayuda). No veo ninguna razón para que el art. 412 del Código Penal impida a su vez el desvalor de las infracciones de deberes que como garantes de protección tienen ciertos funcionarios por razón de su cargo. Por ello, aunque un funcionario realice la conducta tipificada en el art. 412 del Código Penal, se le puede imputar un resultado como garante si se dan todos los requisitos de la comisión por omisión. Lo que sí es importante es ser muy cuidadoso a la hora de fundamentar las posiciones de garantía en este ámbito⁽⁶⁸⁾. Los límites de la posición de garantía de los funcionarios en relación a la vida, la salud y los bienes de los ciudadanos es un tema poco claro por el escaso debate que ha suscitado en la doctrina española y lo que se ha dicho aquí no debe entenderse como una argumentación a favor de una responsabilidad indiscriminada de funcionarios y autoridades. Es preciso analizar caso por caso cuál es la competencia que tiene el Estado en un determinado ámbito y cuál es el papel de cada funcionario en relación a esa competencia de la Administración. La regulación positiva sobre las funciones de los diversos cuerpos y organismos de la Administración, así como de las competencias de cada Administración, desempeña un importante papel para determinar los límites de las posiciones de garantía. El art. 11 del Código Penal carece de efectividad para los delitos de mera actividad. Por tanto, en estos supuestos se puede considerar que existe un concurso ideal entre el art. 412 del Código Penal y la omisión general de impedir determinados

⁽⁶⁸⁾ En tiempos recientes ha mostrado su preocupación sobre esta cuestión GIMBERNAT, *ADP* 94, p. 51.

delitos (art. 450 del Código Penal)⁽⁶⁹⁾. En los supuestos en los que el requerimiento del particular sea para evitar cualquier otro mal no delictivo, la solución es idéntica, aunque si faltan los requisitos de la comisión por omisión habrá que acudir al art. 195 del Código Penal (omisión del deber de socorro) en lugar de acudir al art. 450 del Código Penal⁽⁷⁰⁾.

4. Los delitos que versan sobre la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos han sufrido algunas novedades, aunque se mantienen gran parte de los problemas que ya ofrecían estos delitos con la regulación anterior⁽⁷¹⁾. El primer artículo del Capítulo IV (art. 413 del Código Penal) no ha sufrido grandes alteraciones. Se corresponde en lo esencial con el anterior art. 364. Así, por ejemplo, se mantiene la referencia a la sustracción de documentos cuando la doctrina había señalado de forma reiterada que era más correcto técnicamente referirse a una apropiación. Se añade a la sustracción, destrucción y ocultación, la inutilización por la importancia que han cobrado los soportes informáticos. Esta modalidad de conducta está estrechamente relacionada con la de destrucción, ya que ambas conllevan la desaparición del documento. Sin embargo, si la destrucción implica la desaparición del soporte material del documento (por ejemplo, se queman los papeles), en la

⁽⁶⁹⁾ Reconozco, sin embargo, que la ubicación de la omisión de los deberes de impedir delitos entre los delitos contra la Administración pública dificulta esta conclusión. Sin embargo, considero que con el establecimiento de un deber general de solidaridad en el art. 450 del Código Penal, se está protegiendo mediatamente la vida, la integridad o salud y la libertad (incluyendo la libertad sexual).

⁽⁷⁰⁾ Considera que existe un concurso ideal entre el art. 412.3 del Código Penal y los arts. 195 y 450 del Código Penal, MUÑOZ CONDE (nota 49), p. 856. En sentido contrario, Orts BERENGUER (nota 35), p. 1796; QUINTERO OLIVARES (nota 13), p. 1163, considerando ambos que en estos supuestos sólo existe un concurso aparente de normas.

⁽⁷¹⁾ No existen problemas de yuxtaposición entre los delitos del Capítulo IV y los arts. 197, 198 y 535. Se trata de injustos muy distintos, que pretenden proteger bienes jurídicos de naturaleza distinta. Obviando el dato de que el art. 535 del Código Penal sólo se ocupa de supuestos en los que media causa por delito, los arts. 413 y ss. tienen como finalidad proteger un bien jurídico colectivo o supraindividual y los arts. 197, 198 y 535 proteger un bien jurídico de índole individual. Por tanto, si alguna de las conductas descritas en los arts. 413 y ss. se puede subsumir también en los arts. 197, 198 o 535 existirá un concurso de delitos y no de normas. En sentido contrario, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1165, 1170 y 1178. Curiosamente, estos autores argumentan también (p. 1166) que la *ratio* de los tipos de este Capítulo IV «no radica en la tutela de los secretos de los particulares sino en la tutela de un aspecto concreto e instrumental de la función pública». Si esto es así, los arts. 197, 198 y 535 del Código Penal no desvaloran el hecho en su integridad si la conducta se puede calificar al mismo tiempo como infidelidad en la custodia de documentos o violación de secretos.

inutilización no se afecta a dicho soporte material⁽⁷²⁾. Las conductas de sustraer, destruir, inutilizar u ocultar deben ir referidas necesariamente a documentos. Esta es una importante novedad en este ámbito. Si las conductas no van referidas a un documento (por ejemplo, un funcionario de correos destruye una carta), el comportamiento será atípico desde esta perspectiva, teniendo que acudir a otros delitos como los delitos de descubrimiento y revelación de secretos o los daños y, si ello no es posible, la conducta será impune. El Código Penal ofrece una definición de documento en el art. 26 del Código Penal que, por tanto, delimita el alcance del tipo. El art. 413 del Código Penal plantea también otro problema: hace referencia como objeto de ataque a documentos en plural. Esto plantea dificultades cuando el funcionario sustrae, destruye, inutiliza u oculta un solo documento. Considerar esta conducta como típica puede no ser respetuoso con el tenor literal del precepto. El número de documentos destruidos y su incidencia en el funcionamiento de la Administración pública son datos a tener en cuenta a efectos de determinación de la pena. Como también se puede tener en cuenta desde esta perspectiva la comisión de más de una de las modalidades de conducta contempladas en este art. 413 del Código Penal de forma alternativa. Sigue vigente el problema de si cabe la comisión de este delito por omisión. Aunque no parece dudoso que este delito consiste en la producción de un resultado, al menos en alguna de sus modalidades, por lo que cabría la comisión por omisión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 del Código Penal, los restantes delitos de infidelidad en la custodia de documentos equiparan expresamente la modalidad omisiva a la activa, lo que hace factible negar que la omisión es típica mediante una interpretación *a sensu contrario*.

El art. 414 del Código Penal supone una novedad, aunque el anterior art. 365 se pueda considerar de alguna manera un precedente. En el primer apartado se tipifican una conducta activa y una conducta pasiva de funcionario o autoridad en relación a la destrucción o inutilización de los medios que impiden el acceso a documentos de acceso restringido cuya custodia le ha sido encomendada. En el segundo apartado se tipifica un delito común. Por ello sólo se contempla en este art. 414.2 del Código Penal una conducta activa: destruir o inutilizar los medios puestos para impedir el acceso a documentos. La pena para este delito común es inferior a la del primer apartado. En aquellos casos en los que el particular tiene una especial posición de garantía por estar encargado accidental-

(72) En el mismo sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1168.

mente del despacho o de la custodia de documentos por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido encargados por razón de su cargo, será de aplicación preferente el art. 416 del Código Penal en relación al primer apartado de este art. 414 del Código Penal. Para la consumación del delito no se exige la afectación de los documentos con acceso restringido. Por ello puede existir un concurso ideal entre este art. 414 y otros tipos de este Capítulo que se lleven a cabo como consecuencia de la destrucción o inutilización de los medios de protección de los documentos. El objeto de ataque de la conducta típica no es el documento con acceso restringido, sino los medios puestos para impedir el acceso a dicho documento.

El art. 415 del Código Penal también presenta novedades importantes, aunque se pueda considerar como antecedente el párrafo primero del art. 366 del anterior Código Penal. En este tipo el legislador también equipara expresamente la modalidad activa -acceder a documentos secretos sin la debida autorización- a la modalidad omisiva -permitir acceder a documentos secretos a personas que no gozan de la debida autorización-. Se trata de un delito de infidelidad exclusivamente frente a documentos secretos. El documento no secreto no es objeto material de este delito. Esto es lógico teniendo en cuenta el bien jurídico protegido en general en este Título y en particular en este Capítulo. No se puede olvidar que todos los ciudadanos tienen acceso a los archivos y registros administrativos «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas» (art. 105 de la Constitución). Si el documento secreto se ve afectado mediante sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcialmente, existirá un concurso de delitos con el art. 413 del Código Penal. A diferencia de lo que sucede en el art. 417 del Código Penal (revelación de secretos), el acceder o permitir acceder a informaciones que no deben ser divulgadas es una conducta impune mientras no gocen de protección jurídica como secretos.

El art. 416 del Código Penal tiene su antecedente en el párrafo segundo del art. 366 del anterior Código Penal. Este art. 416 amplía el círculo de autores con respecto a los arts. 413, 414 y 415 del Código Penal. El fundamento de esta extensión de los requisitos para ser autor reside en que la delegación de funciones por parte del Gobierno, de autoridades o

de funcionarios públicos coloca a los particulares en la especial posición jurídica de aquéllos⁽⁷³⁾.

El art. 417 del Código Penal coincide esencialmente en su contenido con el art. 367 del anterior Código Penal manteniéndose los mismos problemas que ya había suscitado la regulación anterior, sobre todo en lo concerniente a la colisión o el conflicto de deberes entre el deber de secreto o sigilo y otros deberes de entidad similar (denuncia y persecución de delitos, colaboración con la Administración de Justicia, etc.)⁽⁷⁴⁾. Este tipo de revelación de secretos e informaciones tiene un subtipo

(73) Los ejemplos más típicos con la regulación anterior venían siendo los del particular al que los servicios de Correos le confían correspondencia para el reparto (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1977 -Ponente Sáez Jiménez-, 27 de febrero de 1985 -Ponente Huerta y Alvarez de Lara-) o el de los abogados o procuradores en relación a documentos procesales (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1996 -Ponente Martínez-Pereda Rodríguez-). Con respecto a este último supuesto hay que recordar que en el art. 465 del Código Penal se tipifica la conducta del abogado o procurador que, con abuso de su función, destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado por su intervención en el proceso, extendiéndose también la responsabilidad penal a los particulares que realicen dicha conducta. Por otro lado, es difícil calificar una carta normal como documento, por lo que ciertas conductas como las de los particulares a los que le confían correspondencia para el reparto pasarían a carecer de relevancia penal desde esta perspectiva. Esto es debido a que la misma conducta realizada por un funcionario tampoco se puede calificar como infidelidad en la custodia de documentos, ya que no existe tal documento.

(74) En profundidad sobre este delito, REBOLLO VARGAS, *La revelación de Secretos e Informaciones por Funcionario Público*, Barcelona, 1996. En este trabajo monográfico que ya hace referencia al Código Penal de 1995 se pueden apreciar perfectamente las similitudes.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la preponderancia del deber de secreto en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 (Ponente De Vega Ruiz, fundamento jurídico 13). En esta sentencia se mantiene una veda absoluta en relación a la publicidad sobre materias reservadas mientras exista la tipificación de la violación de secretos. Esta manifestación radical ha sido rectificada posteriormente en el auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995 que versa sobre el archivo de la querella presentada por el ex-Secretario de Estado para la Seguridad del Ministerio del Interior Rafael VERA contra el Magistrado Sr. GARZÓN por un posible delito de provocación para la comisión de un delito de revelación de secretos.

La doctrina mantiene una posición contraria a la sentencia de marzo de 1992: *vid.*, entre otros, GIMBERNAT,

Estudios de Derecho penal, Madrid, 1990, pp. 36 y ss., ocupándose de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986; MORALES GARCÍA, *AP* 96, pp. 259 y ss.; MORILLAS CUEVA y PORTILLA CONTRERAS (nota 33), pp. 211 y ss., con más referencias; ORTS BERENGUER (nota 35) pp. 1804 y ss.; el mismo, «Revelación y uso indebido de secretos e informaciones», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, pp. 224 y ss.; REBOLLO VARGAS, pp. 225 y ss.

agravado cuando resulta grave daño para la causa pública o para tercero y un subtipo muy agravado cuando se trata de secretos de un particular. A diferencia de lo que se viene manteniendo tradicionalmente, no creo que estos subtipos agravados deban ser entendidos como delitos cualificados por el resultado en los que es suficiente que el grave daño se impute a título de imprudencia. Los delitos cualificados por el resultado han sido desterrados del Código Penal de 1995. Mientras no exista una mención expresa en la parte especial, todos los elementos de un tipo penal deben ser imputados a título de dolo (al menos eventual). De lo contrario, hay que respetar lo dispuesto en el art. 14.2 del Código Penal: «El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Por último, señalar que los arts. 442, 584 y 598 y siguientes del Código Penal y 53 y siguientes del Código Penal Militar son de aplicación preferente en relación a este tipo por ser más especiales⁽⁷⁵⁾.

El art. 418 del Código Penal, que tipifica el hecho de que un particular se aproveche para sí o para un tercero⁽⁷⁶⁾ del secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario, supone una novedad en nuestro Derecho positivo. Ni siquiera aparecía un precepto similar en el Proyecto de 1992 o en el Proyecto presentado por el Gobierno ante las Cortes Generales⁽⁷⁷⁾. Se trata de una especie de delito de «receptación de secretos»⁽⁷⁸⁾. No se entiende muy bien porqué una persona que obtiene un secreto o una información privilegiada de un funcionario tiene

⁽⁷⁵⁾ En profundidad, MORALES GARCÍA (nota 73), pp. 274 y ss.

⁽⁷⁶⁾ El art. 418 del Código Penal sólo exige que el particular se aproveche para sí o para un tercero del secreto o de la información privilegiada. El tipo no exige que el aprovechamiento tenga que ser de carácter económico, aunque se trate del supuesto paradigmático. En sentido contrario, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 181.

⁽⁷⁷⁾ Se recogen preceptos similares en el Proyecto de 1980 o la propuesta de 1983.

⁽⁷⁸⁾ No comparto la opinión de MUÑOZ CONDE (nota 49), pp. 848 y 850, de que este artículo sea aplicable a los particulares que participan en la conducta contemplada en el art. 442 del Código Penal referente al uso por funcionario o autoridad de un secreto o una información privilegiada. La dinámica delictiva es completamente distinta.

La conducta tipificada en el art. 442 no se limita a que el funcionario revele un secreto, sino que hace uso de la información. Por ello el particular es participe en dicho uso. En el art. 418 del Código Penal el particular siempre realiza su conducta típica una vez que el funcionario ha consumado la conducta descrita en el art. 417 del Código Penal. La conducta del particular sería impune como atentado contra la Administración pública si no existiera este tipo especial. La conducta del particular con respecto al art. 442 del Código Penal es penalmente relevante acudiendo a las reglas generales de la participación criminal (arts. 27 y ss. del Código Penal).

el deber de no aprovecharse de dicho secreto o de dicha información. Mucho menos se entiende que al funcionario que infringe sus deberes de secreto o sigilo se le pueda imponer a lo sumo una pena privativa de libertad de tres años si resulta grave daño para la causa pública, mientras al particular se le puede llegar a imponer una de seis⁽⁷⁹⁾.

5. Como ya he señalado, el legislador ha perdido una gran oportunidad para reformar la regulación del cohecho aportándole coherencia y claridad. Por desgracia, las reformas han sido escasas en un ámbito que precisaba una amplia modificación. Bacigalupo⁽⁸⁰⁾ había señalado, por ejemplo, como en Derecho comparado existe una tendencia a unificar en un mismo tipo penal la acción, la omisión y el retardo en el cumplimiento. El Código Penal español sigue siendo una excepción. En cuanto al contenido de los tipos penales y a la interpretación de las diversas figuras de cohecho, sigue abierta también en el Código Penal de 1995 la cuestión sobre si la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa ha de tener o no un carácter patrimonial. En mi opinión, una visión constitucionalizada del bien jurídico protegido favorece una interpretación amplia de estos elementos típicos. Es cierto que en muchos supuestos la pena de multa no se ve determinada por el sistema de días-multa (arts. 425.2 y 426 del Código Penal), sino en relación a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa (arts. 419, 420, 421 y 425.1 del Código Penal). Pero en los supuestos en los que la dádiva, el presente, el ofrecimiento o la promesa carece de carácter patrimonial habrá que prescindir de la pena de multa salvo que se encuentre determinada mediante el sistema de días-multa. Por otro lado, parece absurdo que el elemento típico dádiva, presente, ofrecimiento o promesa varíe su alcance en función de cómo se determine la pena de multa y, por ejemplo, que en el art. 425.2 del Código Penal tenga un contenido distinto que en el art. 419 del mismo. Además, la consecuencia jurídica del delito no debe afectar al alcance del tipo, al presupuesto de la pena, ya que se trata de planos separados dentro de la teoría jurídica del delito. También es cierto que el sentido político-criminal tradicional del cohecho está relacionado con las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas de carácter patrimonial. Pero ésta es una interpretación fenomenológica. Lo decisivo es el bien jurídico protegido (sea éste el principio de imparcialidad o un concepto

⁽⁷⁹⁾ Un sector doctrinal había reivindicado un tipo de estas características para salvar la impunidad de los particulares que hacen uso de la información recibida. En mi opinión, sin embargo, no se han ofrecido razones de peso para considerar esta conducta como injusto. Se echa de menos una reflexión más detenida sobre esta cuestión. *

⁽⁸⁰⁾ Sobre la reforma de los delitos de funcionarios, *Documentación Jurídica*, 37/40, p. 1101.

más abierto como evitar la privatización de la función pública). Y éste se puede ver también afectado por dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas que no tengan un contenido patrimonial. Por último, también hay que reconocer que es cierto que otro tipo de conductas referidas a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas de carácter no patrimonial pueden ser reconducidas a otros tipos como el tráfico de influencias (por ejemplo, promesa de matrimonio) o los arts. 443 y siguientes del Código Penal (solicitudes de tipo sexual). Sin embargo, éste es un problema concursal que, sin duda, debe ser resuelto, pero que no implica una determinada interpretación de los delitos de cohecho. Por otro lado, no todas las conductas relacionadas con prestaciones de carácter no patrimonial tienen cabida en otros delitos de funcionarios (por ejemplo, ofertarse sexualmente para corromper a un funcionario).

De acuerdo con una interpretación en la que se tiene en cuenta la función constitucional de la Administración, se pueden encontrar criterios para resolver el viejo problema de la «naturaleza cuantitativa de la dádiva». El recurso a criterios difusos como la «adecuación social» o el «principio de insignificancia» carecen de utilidad si no se relacionan con la *ratio* de la incriminación del cohecho. En este sentido, la dádiva, el presente, el ofrecimiento o la promesa cobrarán relevancia típica desde el momento en que han afectado a la motivación del funcionario o son idóneos para afectar a su imparcialidad⁽⁸¹⁾. La determinación del bien jurídico llevada a cabo al principio de este trabajo favorece, pues, una interpretación que restringe el alcance desmesurado del Derecho penal.

La tradicional distinción entre «cohecho activo» y «cohecho pasivo» carece ya de sentido, pareciendo más correcto distinguirse a efectos interpretativos, de acuerdo con los criterios sentados al principio de este trabajo, entre cohecho del funcionario y cohecho del particular⁽⁸²⁾.

Los arts. 419 y 420 del Código Penal no han sufrido prácticamente variaciones con respecto a sus antecedentes, los arts. 385 y 386. Como novedad reseñable los nuevos preceptos especifican que se puede realizar el cohecho en beneficio propio o de tercero. Esta novedad implica que la opinión doctrinal que consideraba anteriormente que el cohecho debía redundar siempre en beneficio, aunque fuera indirecto, del fun-

⁽⁸¹⁾ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE (nota 49), p. 864; ORTS BERENGER y VALEIJE ALVAREZ (nota 35), p. 1817.

⁽⁸²⁾ En el mismo sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1194.

cionario ha pasado a ser incompatible con el Derecho positivo⁽⁸³⁾. El legislador también ha mantenido la anterior redacción del art. 387 en el art. 421 del Código Penal, a pesar de las abundantes críticas que había venido cosechando. Sigue sin entenderse porqué el cohecho relativo a una acción injusta se merece una mayor pena que el cohecho relativo a una omisión injusta si lo que desvalora el tipo no es el acto injusto. Sin embargo, el contenido de este precepto ha variado debido a la nueva redacción del art. 419 del Código Penal. La omisión a la que se refiere este art. 421 no puede ser una omisión constitutiva de delito, ya que este supuesto se encuentra tipificado en el art. 419 del Código Penal con una pena mucho mayor. El art. 421 del Código Penal se convierte así, claramente, en la modalidad omisiva del art. 420 del Código Penal.

El art. 423 del Código Penal, que ya no es un supuesto de cohecho del particular sino del funcionario, no varía su contenido con respecto al anterior art. 391. La principal novedad es que se contempla una pena mayor para los supuestos de inducción o tentativa de inducción a la corrupción que para los supuestos en los que el particular atiende a la solicitud del funcionario. Se trata de una diferenciación que venía siendo solicitada por un sector importante de la doctrina. En relación a las conductas contempladas en el art. 423, el art. 424 del Código Penal contempla un supuesto de parcial inexigibilidad (la culpabilidad no se excluye del todo) que viene siendo recogido tradicionalmente en el marco de los delitos de cohecho. Tal y como había señalado la doctrina, el legislador ha equiparado la relación conyugal a toda relación estable con análoga relación de afectividad. Antes sólo se podía exonerar parcialmente de culpabilidad en estos supuestos por vía analógica. Sigue quedando abierta la cuestión de si la bonificación punitiva alcanza al propio reo que lleva a cabo o intenta llevar a cabo el soborno. En mi opinión, si el Código Penal considera atendible el bloqueo de la motivación para respetar la norma por parte de personas cercanas al reo, más asumible parece dicho bloqueo en el propio reo. En los casos, por tanto, en los que el propio reo es el que realiza o intenta realizar el soborno, la pena de multa (añadida a la pena correspondiente al delito cometido) parece bastar para reprochar este hecho.

Los arts. 425 y siguientes del Código Penal se ocupan del denominado «cohecho impropio». No está clara la delimitación entre el alcance del art. 425 y el alcance del art. 426. En realidad, el art. 425 no pretende

⁽⁸³⁾ Aunque autores como MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1199 y ss. continúan manteniendo esta opinión.

más que colmar las lagunas de punición o los problemas interpretativos que ofrecía el anterior art. 390 (actual art. 426 del Código Penal) que había sido reformado mediante la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo. No a todo supuesto en que el cohecho va referido a un «acto no prohibido legalmente» le resulta de aplicación automática el art. 426. Si un determinado hecho, a pesar de no estar prohibido legalmente, es un acto injusto por contrariar principios generales del Derecho, se deberá subsumir en el art. 420 del Código Penal. Por otro lado, hay que distinguir entre actos discrecionales o actos políticos y actos reglados. El art. 425 del Código Penal parece tipificar los primeros y el art. 426 del Código Penal los segundos⁽⁸⁴⁾. Sólo así se puede explicar la diferencia de pena entre ambos supuestos de «cohecho impropio». Sigue abierta la discusión sobre el tratamiento de los particulares que participan en estos delitos de cohecho impropio realizado por funcionario o autoridad. En los últimos tiempos esta cuestión ha tenido relevancia con respecto al pago realizado a parlamentarios por su «transfuguismo político»⁽⁸⁵⁾. En mi opinión, la jurisprudencia más reciente tiene razón al considerar que no existe ningún impedimento para aceptar como punible el «cohecho activo impropio»⁽⁸⁶⁾. Y con la nueva regulación del art. 423 del Código Penal considero que esta conclusión se ha hecho más evidente ya que muchas de las razones ofrecidas por la doctrina relacionadas con la antigua regulación han desaparecido⁽⁸⁷⁾. Evidentemente, es una conclusión que plantea todavía algunos problemas⁽⁸⁸⁾. Pero no creo que el argumento formal de que el art. 423 es anterior dentro del Capítulo a los arts. 425 y 426 tenga una entidad suficiente para llegar a la conclusión contraria. De la redacción del art. 423 no se desprende su exclusiva referencia a los artículos anteriores. Además, se puede contrarrestar este argumento formal con otro similar: si el «cohecho impropio» de particular es impune, no se entendería muy bien porqué el art. 427 queda ubicado al final del Título y no detrás de los arts. 423 y siguientes. Por otro

(84) En el mismo sentido, en profundidad, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1221 y ss.

(85) Sobre los problemas que plantea esta modalidad delictiva, RODRÍGUEZ RAMOS, AP 94-1, pp. 442 y ss.

(86) Sobre la jurisprudencia más reciente, Moner, RGD 95, pp. 125 y ss., con un exhaustivo estudio de la evolución jurisprudencial.

(87) Recoge estas razones que venía utilizando la doctrina, RODRÍGUEZ RAMOS (nota 84), p. 446.

(88) LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN (nota 75), p. 182, manifiestan sus dudas; ORTS BERENGUER y VALEJE ALVAREZ (nota 35), p. 1840, dejan la cuestión abierta al considerar que «cabe preguntarse si no cabe la incriminación del particular por vía del artículo 423.1».

lado, una interpretación teleológica favorece la punición del particular que realiza alguna de las conductas descritas en el art. 423 en relación a los arts. 425 y siguientes del Código Penal. Si la finalidad del cohecho es luchar contra la corrupción en el seno de la Administración, tanto el funcionario como el particular atentan contra la Administración pública como bien jurídico protegido. Si la punición de la conducta del particular presenta dificultades, ello sólo puede ser debido a que los arts. 425 y siguientes plantean problemas de legitimidad. Si se considera legítima la intervención del Derecho penal con respecto a estos hechos, también debe considerarse legítima en relación a los particulares. Sólo se trata de formas distintas de atacar contra el bien jurídico protegido en el tipo. Y, como hemos visto, el tenor literal del tipo no ofrece ningún impedimento para llegar a esta conclusión.

En tiempos recientes, Morales Prats y Rodríguez Puerta⁽⁸⁹⁾ han defendido de forma extensa la conclusión contraria. Estos autores consideran, a diferencia de lo que se ha mantenido aquí, que en el Código Penal de 1995 el «cohecho activo impropio» es atípico. Además del argumento formal ya expuesto, aportan otros argumentos que se deben tomar en consideración. Estos autores consideran que la conducta del particular no se merece el mismo trato cuando el acuerdo entre el funcionario y el particular tiene por objeto un acto propio del cargo o no prohibido. Argumentan que «el particular que entrega la dádiva para obtener un acto conforme a derecho, no actúa motivado por la intención de conseguir una ventaja, pues el acto que pretendía obtener por precio ya era debido. De este modo, la única razón que puede llevar al particular a ofrecer o entregar la dádiva debe cifrarse en el "miedo" a que el funcionario actúe injustamente de no mediar una recompensa, o bien, en un error. En consecuencia, no se constata, en estos últimos supuestos, una simetría entre la conducta del funcionario y la del particular, lo que justifica la decisión legal de sancionar únicamente al funcionario»⁽⁹⁰⁾. Sin embargo, éstos son problemas a resolver mediante criterios generales y que no tienen que ver con la tipificación de la conducta. Si el particular actúa por miedo, su conducta se ha de considerar una conducta injusta pero no culpable (no exigible). El particular será un instrumento en manos del funcionario. Si concurre un error la conducta será atípica por no concurrir dolo. Por otro lado, el particular no siempre adquiere por precio un acto debido. Piénsese en los supuestos de «transfuguismo político».

⁽⁸⁹⁾ (Nota 13), pp. 1216 y ss., 1224 y 1229.

⁽⁹⁰⁾ (Nota 13), p. 1217.

Los propios Morales Prats y Rodríguez Puerta reconocen que su conclusión resulta insatisfactoria cuando el cohecho tiene por objeto un acto de carácter político⁽⁹¹⁾. Estos autores, sin embargo, añaden otro argumento para defender su posición. Consideran que lo que ellos interpretan como «nueva orientación del Código Penal responde mejor a las necesidades político-criminales, pues la atipicidad de la conducta del particular que ofrece o entrega una ventaja para obtener un acto conforme a derecho (modalidades de cohecho de los arts. 425 y 426 del Código Penal) puede llegar a impulsar la denuncia de los hechos ante la Justicia penal, sin temor a que su asunto (sometido a la Administración) se vea perjudicado o injustamente postergado»⁽⁹²⁾. Pero este problema político-criminal se resuelve mediante el novedoso art. 427 del Código Penal por lo que la tesis que defiende la impunidad del particular no oferta una solución político-criminal distinta a la mantenida en este trabajo. De todas maneras, aunque se llegue a compartir la opinión de que el art. 423 del Código Penal carece de relación con los arts. 425 y siguientes del Código Penal, no siempre se ha de concluir que la conducta es impune. Por ejemplo, si un particular ofrece a un funcionario un presente para conseguir un acto no prohibido legalmente y éste lo acepta, el particular podrá ser considerado inductor de una conducta tipificada en el art. 426⁽⁹³⁾.

Es ilegítimo y contrario al principio de presunción de inocencia interpretar el «cohecho subsiguiente» (art. 425.1 del Código Penal) como un supuesto en el que se sospecha que ha habido un pacto previo entre funcionario y particular pero dicha sospecha no se puede probar en el proceso⁽⁹⁴⁾. Los delitos de sospecha no tienen cabida en nuestro Estado de Derecho. Sólo se puede imponer una pena por un injusto, no por la sospecha de que ha existido un injusto. El fundamento del injusto del cohecho consiste en que el funcionario o la autoridad actúa motivado no por los intereses generales, sino por la recompensa que va a recibir. Desde este punto de vista es indiferente si las dádivas o los presentes

⁽⁹¹⁾ (Nota 13), p. 1219.

⁽⁹²⁾ (Nota 13), p. 1217.

⁽⁹³⁾ En sentido contrario, ORTS BERENGUER y VALEIJE ALVAREZ (nota 35), p. 1840, aunque sin ofrecer ninguna razón al respecto.

⁽⁹⁴⁾ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1225, consideran que «una interpretación teleológicamente orientada de la figura delictiva del cohecho subsiguiente, debe conducir necesariamente a limitar su aplicación a aquellos supuestos más graves en los que no pudo probarse el acuerdo previo»; ORTS BERENGUER y VALEIJE ALVAREZ (nota 35), p. 1811, consideran que «la tipificación del cohecho subsiguiente obedece a la sospecha de que toda entrega sucesiva al cumplimiento de un acto tiene su razón de ser en un pacto previo de difícil o imposible prueba».

ya han sido ofrecidos al funcionario o éste sabe que los recibirá aunque todavía no le hayan sido ofrecidos.

El art. 427 del Código Penal protagoniza la principal novedad del Código Penal de 1995 en relación al cohecho. Se trata de una excusa absolutoria basada en razones político-criminales relacionadas con la lucha contra la corrupción que venía siendo reivindicada por un sector importante de la doctrina. Con esta excusa absolutoria se pretende ampliar las posibilidades de denuncia contra funcionarios corruptos. Esta excusa no es válida para los particulares que inducen al funcionario, sino sólo para aquellos que acceden ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por el funcionario. La finalidad perseguida por el legislador ya había sido referida en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992: «La persecución penal del funcionario corrupto resulta difícil pues es fácil que el particular, ante el temor de ver perjudicados sus intereses, acepte la petición del funcionario, y es también seguro que no denunciara lo sucedido, ante el temor de sufrir la misma pena que el funcionario. De esa manera, la primera víctima de la corrupción, que es el particular que recibe la solicitud, resulta transformado en forzado encubridor de la corrupción. Esta constatación práctica ha sido reiteradamente denunciada». En virtud de esta idea, el art. 427 del Código Penal opta por la impunidad cuando se dan tres condiciones:

- a) El comportamiento del particular tiene que ser ocasional. De lo contrario el particular no presenta el carácter de víctima que motiva la aparición de este nuevo precepto⁽⁹⁵⁾. Por ejemplo, no se puede decir que un constructor que se dedica habitualmente a corromper a funcionarios y autoridades para conseguir contratos sea la primera víctima del delito cometido por el funcionario.
- b) No se puede haber incoado el correspondiente procedimiento para averiguar la existencia del cohecho. Como es tradicional en este tipo de excusas o bonificaciones, si ya se ha iniciado un procedimiento de averiguación desaparece la razón político-criminal que justifica la excusa absolutoria. En mi opinión, por «correspondiente procedi-

⁽⁹⁵⁾ Otras razones son ofrecidas por MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), p. 1231: «el motivo principal del límite legal impuesto para la operatividad de la causa de levantamiento de pena, reside en la necesidad de evitar que ésta pueda llegar a erigirse en un instrumento de amenaza o extorsión hacia el funcionario público con el que ya se habían verificado actos de corrupción; sin el analizado límite legal, la causa de levantamiento de pena podía erigirse en un factor criminógeno, que situaría al funcionario en una continuada "huida hacia adelante" al objeto de culminar atentados a la función pública, en aras a evitar la materialización de la delación».

miento» se pueden entender tanto procedimiento judicial como administrativo. Y es suficiente con que existan diligencias preliminares o informativas o una denuncia o querrela aunque no le hayan sido notificadas al particular. Lo decisivo es que éste conozca la apertura de un procedimiento de investigación. A partir de ese conocimiento no se puede decir que la denuncia del particular sea voluntaria desapareciendo las razones político-criminales que justifican la exención de la pena: motivar la denuncia de hechos de corrupción que, de lo contrario, resultan de casi imposible averiguación.

- c) No transcurrir más de diez días desde la fecha de los hechos. El primer problema que plantea esta circunstancia es determinar qué se entiende por hechos a efectos de determinar el plazo de validez de la excusa absolutoria. En mi opinión, por fecha de los hechos hay que entender el momento en el que el particular consuma el delito de cohecho. Esta interpretación se debe a que sólo a partir de ese momento tiene sentido hablar de una excusa absolutoria. Hasta ese momento cabe el desistimiento. El segundo problema que plantea esta tercera circunstancia es que no se entiende muy bien por qué se recoge un límite temporal tan rígido y tan corto. Si lo que se pretende es que el particular no denuncie una vez que ha conseguido lo que quiere, se podría haber establecido una exigencia menos formal y más orientada a evitar el privilegio de la excusa una vez que el funcionario haya realizado, activa o pasivamente, lo que el particular pretende. Las razones político-criminales que justifican la aparición de este art. 427 del Código Penal se pueden dar aunque hayan transcurrido más de diez días desde la consumación del delito. A causa de esta condición se puede llegar a tratar de forma desigual supuestos iguales reproduciéndose parte de los problemas que se han pretendido evitar con este art. 427 del Código Penal. No es extraño que este límite temporal fuera objeto de discusión a lo largo de la tramitación parlamentaria y sus propios defensores parlamentarios manifestaran abiertamente sus dudas sobre la conveniencia del mismo.

En aquellos supuestos en los que el particular denuncia el hecho antes de la apertura del correspondiente procedimiento, pero no se dan los restantes requisitos exigidos por el art. 427 del Código Penal, sólo se podrá tener en consideración la atenuante genérica 4.^a del art. 21 del Código Penal.

6. Los delitos de tráfico de influencias prácticamente no han sufrido modificaciones. No se puede olvidar que su aparición en nuestro Derecho positivo todavía es muy reciente (Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo). Sólo cabe destacar que en los arts. 429 y siguientes del Código Penal ya no hace falta para la consumación conseguir una resolución que genere un beneficio económico, sino que es suficiente influir en el funcionario con la finalidad de conseguir una resolución de ese tipo. Por tanto, el tipo se ve enriquecido subjetivamente. La obtención del beneficio se contempla, consecuentemente, como un subtipo agravado. Los actos preparatorios tipificados en el art. 430 del Código Penal siguen teniendo relevancia penal a pesar de las críticas que venía recibiendo su antecedente, el art. 404 bis c)⁽⁹⁶⁾, y a pesar de su nula relevancia práctica.
7. La regulación de la malversación ha sufrido variaciones importantes con respecto a la situación anterior. Los cambios deben valorarse en general de forma positiva. Sobre todo porque en la actualidad el delito de malversación goza de una unidad sistemática de la que carecía en la regulación anterior⁽⁹⁷⁾. El actual delito de malversación se asemeja a la tradicional idea de peculado. Se ha abandonado la protección de ciertos bienes o intereses de índole formal o administrativa como la buena marcha de la ordenación presupuestaria. En la actualidad se puede definir el delito de malversación como un delito que consiste en dar aplicación

⁽⁹⁶⁾ Con respecto a la regulación anterior: Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE (nota 38), pp. 203 y ss.; MUÑOZ CONDE (nota 38), p. 18; PAZ RUBIO, «El tráfico de influencias y la información privilegiada», *Cuadernos de Derecho judicial* 1993, *La nueva delincuencia II*, pp. 137 y ss.; SUAREZ MONTES, «Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias», en *Política criminal y reforma penal*, Madrid, 1993, pp. 1104 y ss. Con respecto al actual art. 430: MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1241 y ss.; ORTS BERENGUER y VALEIJE ALVAREZ (nota 35), pp. 1848 y ss.

La única modificación que ha sufrido este artículo es consecuencia de la enmienda núm. 809 al proyecto del Grupo Parlamentario IU-IC en el Congreso de los Diputados, que sustituye la antigua redacción que empezaba refiriéndose a «los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos» por otra que comienza diciendo «los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores». La motivación de este cambio por parte del Sr. López Garrido, portavoz del Grupo Parlamentario IU-IC, es la siguiente: «Esta modificación permitirá castigar no solamente al que directamente se ofrece a hacer uso de influencias a autoridades, sino a los que forman parte de una red de influencias, por así decirlo. Por lo tanto, permite ir a la cadena de influencias y amplía las posibilidades sancionadoras de este precepto». Las posibilidades sancionadoras de este precepto siguen siendo nulas, sin embargo, a pesar de la reforma.

⁽⁹⁷⁾ En este sentido señalan MORALES PRATS y MORALES GARCÍA (nota 13), p. 1244, que «queda prácticamente para el recuerdo, la clásica expresión que acuñara SUAREZ MONTES sobre la "polimórfica tipificación del delito de malversación"».

privada a caudales, efectos o bienes destinados a cumplir una función pública, lo que hace que se produzca o se pueda producir una perturbación del correcto funcionamiento de la Administración al no disponer ésta de esos caudales, efectos o bienes. A veces se castiga el hecho de que los bienes salgan del ámbito público (arts. 432 y siguientes del Código Penal) y otras veces la mera utilización de los mismos (art. 434 del Código Penal). La única tipificación extraña a esta idea es la conducta descrita en el art. 435.3 del Código Penal que, como venía señalando la doctrina, debería haber tenido otra ubicación sistemática.

El tipo básico de la malversación, contemplado en el art. 432.1, sigue estando configurado tanto por una conducta activa que consiste en sustraer los caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones o, alternativamente, por una conducta pasiva que consiste en consentir la sustracción por parte de un tercero. El legislador ha hecho caso omiso de las críticas que había recibido la redacción anterior por utilizar inapropiadamente desde 1848 el verbo típico sustraer en lugar de hacer alusión con mejor técnica legislativa a la apropiación⁽⁹⁸⁾. A diferencia de lo establecido en el anterior art. 394, el tipo ya no hace referencia a caudales o efectos públicos que tenga el funcionario no sólo a su cargo, sino además a su disposición por razón de sus funciones, volviendo a una formulación previa a la del Código Penal de 1870⁽⁹⁹⁾. Con este cambio la corriente jurisprudencial que entendía que el simple poder de hecho sobre los caudales o efectos públicos con ocasión del ejercicio de la función pública e, incluso, la desviación de las atribuciones administrativas eran datos suficientes para calificar el hecho, resulta ya claramente insostenible. En la malversación se debe infringir un específico deber de custodia (deber de garante). Si no es así se debe acudir a los delitos patrimoniales⁽¹⁰⁰⁾. No cabe duda de que se debe valorar positivamente la desaparición del casuismo que caracteri-

⁽⁹⁸⁾ Vid. por todos, DE LA MATA y ETXEBARRIA (nota 39), p. 23, con abundantes referencias. La jurisprudencia venía equiparando en este ámbito sustracción y apropiación (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1990 - Ponente Soto Nieto- y de 14 de mayo de 1992 -Ponente Martínez-Pereda Rodríguez-).

⁽⁹⁹⁾ Sobre este elemento típico en la regulación anterior, ZABALEGUI, «La malversación de caudales públicos», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, pp. 170 y ss.

⁽¹⁰⁰⁾ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA (nota 13), pp. 1248 y ss.; ORTS BERENGUER (nota 35), p. 1853. En este sentido se había manifestado ya la doctrina mayoritaria (vid. por todos, C. Mir Puig, *CPC* 91, pp. 81 y ss.). La jurisprudencia más reciente se había adherido a la posición doctrinal (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995 -Ponente De Vega Ruiz-) aunque en algunas ocasiones se desviaba de la misma (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996 -Ponente De Vega Ruiz-).

zaba a la anterior regulación del tipo básico (art. 394). En este sentido el legislador no ha hecho oídos sordos a las críticas doctrinales. En la actualidad sólo se contempla un subtipo agravado (art. 432.2) y un subtipo atenuado (art. 432.3). El Proyecto de 1992, en el que ya se encontraban plasmadas estas reformas, argumenta en su Exposición de Motivos que «la malversación de caudales públicos es prácticamente el único delito del vigente Código que aún conserva el sistema de determinación de la pena en función de la cantidad desviada, hecho que solamente puede explicarse por un olvido del legislador en 1983. Lógicamente se corrige ese defecto. Las variaciones de pena imponible se proponen en función de la importancia cualitativa o cuantitativa del objeto malversado». De acuerdo con esta idea, se establecen con respecto al subtipo agravado unos criterios de determinación que gozan de cierta flexibilidad. La agravación del delito de malversación se caracteriza por la especial gravedad de la malversación atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Es necesario que se den conjuntamente ambas circunstancias para que la pena se vea agravada. Si, por ejemplo, el valor de las cantidades sustraídas es grande pero no afecta al servicio público, sólo se podrá tener en cuenta este dato a efectos de determinación de la pena. Si se dan ambas circunstancias se objetiva o plasma en el caso concreto la finalidad general del delito de malversación: evitar la desaparición de bienes, caudales o efectos públicos que impida que, por falta de medios, la Administración pueda desempeñar sus funciones. Es lógico que se considere un hecho como éste un injusto de mayor entidad. También se ha de tener en cuenta el subtipo agravado del art. 432.2 cuando las cosas malversadas hayan sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. El tipo atenuado establece un límite fijo. La sustracción no debe alcanzar las quinientas mil pesetas. A partir de esa cantidad la conducta es subsumible en el tipo básico. El tipo de malversación se ve enriquecido subjetivamente. Tanto a la modalidad activa (sustracción) como a la pasiva u omisiva (consentimiento de la sustracción) se le añade un especial elemento subjetivo: el ánimo de lucro. Se trata de un elemento típico que no plantea grandes problemas interpretativos, ya que ha sido ampliamente tratado en el ámbito de los delitos patrimoniales. En los supuestos activos, además del dolo, el funcionario debe actuar con tal ánimo. En los supuestos omisivos los datos subjetivos de otra persona son recogidos como elementos del tipo. Pero este requisito subjetivo que no va referido al autor es, en realidad, un elemento del tipo objetivo. El funcionario que tiene caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones debe saber

no sólo que un tercero los sustrae, sino que los sustrae con ánimo de lucro⁽¹⁰¹⁾. Aunque formalmente la referencia típica a un especial *animus* sea novedosa, la jurisprudencia y la doctrina venían haciendo referencia al ánimo de lucro para definir la acción de sustraer y, sobre todo, para diferenciar la conducta tipificada en el art. 432 del Código Penal de la tipificada en la actualidad en el art. 433 del Código Penal (anterior art. 396)⁽¹⁰²⁾. En el art. 432 del Código Penal se precisa un *animus rem sibi habendi* mientras el art. 433 del Código Penal se caracteriza porque el autor actúa con un simple *animus utendi*⁽¹⁰³⁾. Este criterio desarrollado por doctrina y jurisprudencia ha recibido, pues, un reconocimiento legal expreso. La penalidad también ha sufrido importantes modificaciones. Se ha reducido de forma considerable la pena contemplada para este delito. En el marco de la regulación anterior el Tribunal Supremo había hecho uso en multitud de ocasiones del art. 2.2 (actual art. 4.3), lo que era un síntoma de los problemas de penalidad que encerraba la regulación anterior y que habían sido continuamente denunciados a pesar de las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad de la pena.

⁽¹⁰¹⁾ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA (nota 13), pp. 1249 y ss.

⁽¹⁰²⁾ Vid. por todos, DE LA MATA y ETXEBARRIA (nota 39) p. 27, con amplias referencias. En la jurisprudencia, entre otras: sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973 (Ponente Escudero del Corral); 29 de febrero de 1988 (Ponente García de Miguel); 13 de julio de 1990 (Ponente Martín Pallín); 31 de enero de 1991 (Ponente Vivas Marzal); 8 de julio de 1991 (Ponente Delgado García); 6 de mayo de 1992 (Ponente García Miguel); 14 de mayo de 1992 (Ponente Martínez-Pereda Rodríguez); 18 de noviembre de 1992 (Ponente De Vega Ruiz); 19 de febrero de 1993 (Ponente Moyna Ménguez); 12 de julio de 1993 (Ponente García Ancos); 24 de febrero de 1995 (Ponente De Vega Ruiz); 25 de mayo de 1995 (Ponente Moner Muñoz); 31 de enero de 1996 (Ponente de Vega Ruiz) y 15 de marzo de 1996 (Ponente García-Calvo y Montiel).

⁽¹⁰³⁾ En el marco de la regulación anterior: SS. Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1994 (Ponente De Vega Ruiz); 3 de febrero de 1995 (Ponente Conde-Pumpido Ferreiro); 22 de febrero de 1995 (Ponente De Vega Ruiz); 24 de febrero de 1995, con más referencias jurisprudenciales (Ponente De Vega Ruiz); 10 de julio de 1995 (Ponente De Vega Ruiz); 8 de noviembre de 1995 (Ponente Hernández Hernández); 31 de enero de 1996 (Ponente de Vega Ruiz) y 15 de marzo de 1996 (Ponente García-Calvo y Montiel).

De todas maneras, por decisión legal, si a pesar de haber actuado con *animus utendi*, el funcionario no reintegra el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso, se ha de imponer la pena del art. 432 del Código Penal. El reintegro después de este plazo sólo se podrá tener en cuenta como circunstancia atenuante genérica de arrepentimiento espontáneo (art. 21.5.^a). Cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1990 (Ponente Montero Fernández-Cid); 6 de mayo de 1992 (Ponente García Miguel). También se puede tener en cuenta la circunstancia 4.^a del art. 21 si el funcionario confiesa la infracción a las autoridades sin conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él.

El art. 434 del Código Penal representa una importante novedad. No aparecía un precepto de estas características ni siquiera en el Proyecto de 1992 o en el Proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes Generales. Los problemas de corrupción que dominaban la vida política durante la tramitación parlamentaria han motivado la aparición de un precepto de estas características. El objeto del mismo es combatir formas sutiles y modernas de explotar los bienes de la Administración para fines particulares cerrando lagunas de punibilidad en relación a hechos que habían causado y causan una considerable conmoción pública. La «picaresca» había superado las posibilidades de reacción del Derecho penal. Según Muñoz Conde «el precepto viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación»⁽¹⁰⁴⁾. De esta manera la aplicación privada de un despacho o de un coche oficial dejan de ser conductas atípicas. Aunque el legislador, con muy buen criterio, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido exige un grave perjuicio para la causa pública como elemento típico⁽¹⁰⁵⁾. El principal problema que plantea este art. 434 del Código Penal es su deslinde con el art. 433 del Código Penal⁽¹⁰⁶⁾. Parece que el art. 434 del Código Penal está pensado para aquellos supuestos en los que se dedican bienes muebles o inmuebles de forma duradera o exclusiva a satisfacer necesidades o negocios privados, pero sin que los bienes pasen a formar parte del patrimonio particular. El art. 433 del Código Penal, por el contrario, estaría pensado para supuestos más puntuales u ocasionales⁽¹⁰⁷⁾. He de mostrar mi acuerdo con Ots Berenguer⁽¹⁰⁸⁾ cuando afirma que resulta obvio que al legislador no le ha acompañado la fortuna en la configuración y deslinde de estos tipos.

⁽¹⁰⁴⁾ (Nota 49), p. 875.

⁽¹⁰⁵⁾ Si se considerara que el bien jurídico protegido es el deber de probidad o de fidelidad del funcionario, esta exigencia carecería de sentido.

⁽¹⁰⁶⁾ El deslinde con el art. 432 del Código Penal es menos problemático. Depende de la existencia de un ánimo apropiatorio.

⁽¹⁰⁷⁾ En un sentido similar, ORTS BERENGUER (nota 35), pp. 1859 y ss. MORALES PRATS y MORALES GARCÍA (nota 13), p. 1256, consideran que el criterio de delimitación es el desplazamiento físico del objeto material. Mientras en los supuestos del art. 433 existiría desplazamiento físico, en el art. 434 no existiría tal desplazamiento. Esta tesis, que es perfectamente defendible por su compatibilidad con el Derecho positivo, tiene dos pequeños inconvenientes que, en mi opinión, la posición defendida en el texto logra superar. Por un lado, que en el art. 433 la referencia a destinar caudales o efectos a usos ajenos a la función pública no conlleva necesariamente la necesidad de un desplazamiento físico. Por otro lado, la inexistencia de desplazamiento físico no explicaría la mayor penalidad del art. 434 frente al art. 433. Tiene que existir alguna razón para que el art. 434 sea un injusto de mayor gravedad.

⁽¹⁰⁸⁾ (Nota 35), p. 1860.

En cuanto al contenido del tipo, esta figura delictiva tiene como objeto de referencia exclusivamente bienes muebles o inmuebles que son elementos más determinados que los de caudales o efectos públicos. Por ejemplo, queda fuera de toda duda que la utilización de empleados públicos para actividades privadas no puede ser subsumida en este tipo.

El art. 435 del Código Penal se ocupa de la denominada malversación impropia: amplía el círculo de autores del delito de malversación. Al igual que el anterior art. 399, considera que también son autores personas que no son funcionarios o autoridades. Los dos primeros supuestos no plantean grandes problemas ya que se refieren a situaciones en las que una persona ocupa una posición de garante similar a la de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones. El primer supuesto, hallarse encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, ya estaba contemplado anteriormente en el art. 399. La mención genérica que se hace en la actualidad a las Administraciones públicas cierra lagunas de punibilidad frente a la regulación anterior donde, por ejemplo, no se encontraban protegidos los fondos, rentas o efectos de las Comunidades Autónomas. El segundo supuesto, que se refiere a particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, es una novedad con respecto a la regulación anterior. El tercer supuesto, sin duda el de mayor relevancia práctica, se mantiene prácticamente inalterado. Se ha decidido mantenerlo en el capítulo dedicado a la malversación a pesar de las críticas que su ubicación había recibido por carecer el autor del carácter de autoridad o funcionario y no tratarse, al menos necesariamente, de dinero o bienes públicos. Como ya he señalado, sólo este número tercero del art. 435 rompe la unidad sistemática que ha conseguido este Capítulo VII en relación a la regulación anterior.

8. El art. 436 del Código Penal simplifica la farragosa y reiterativa regulación anterior relativa a los fraudes a la Administración pública realizada por un funcionario público o una autoridad (arts. 400 y siguientes)⁽¹⁰⁹⁾. De esta manera se eliminan las anteriores críticas referidas al excesivo casuismo y prolijidad y se mejora en precisión técnica. Ha desaparecido la referencia a los especuladores, pues como había señalado el Tribunal Supremo esta referencia nada añadía a la referencia a los interesados

⁽¹⁰⁹⁾ Para comprender la regulación anterior es básica la sentencia de Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995, con abundantes referencias (Ponente Delgado García), que en lo básico sigue siendo válida en la actualidad para interpretar este tipo.

porque parece evidente que el especulador es interesado⁽¹¹⁰⁾. La nueva referencia genérica a la defraudación de cualquier ente público permite incluir como sujetos pasivos de la defraudación a las Comunidades Autónomas y a la Unión Europea⁽¹¹¹⁾. Con la regulación anterior eran típicas exclusivamente las conductas que se realizaban con la intención de defraudar al Estado, provincia o municipio.

La principal novedad que presenta el art. 437 del Código Penal con respecto a la regulación anterior (art. 402) consiste en que la conducta típica no va referida sólo a un cobro por encima de lo debido, sino también a supuestos en los que se cobra un derecho, una tarifa o una minuta no debida. Ya no es, por ello, válida la jurisprudencia anterior y la posición de la doctrina mayoritaria que consideraban que lo que caracterizaba al delito de exacciones ilegales era que el funcionario tenía que exigir cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar, pero era preciso siempre que existiera el derecho. Ya no se puede seguir afirmando que la carencia absoluta de base jurídica para exigir derechos, tarifas por aranceles o minutas obliga a acudir a otro tipo penal⁽¹¹²⁾. Este precepto plantea interesantes problemas concursales que la nueva redacción ha hecho más evidentes⁽¹¹³⁾. Estos problemas concursales van referidos a la relación de este artículo por un lado con el delito de cohecho en sus múltiples modalidades y, por otro lado, con el art. 438 del Código Penal. El art. 437 del Código Penal recoge un supuesto de fraude que materialmente no tiene nada que ver con el delito de cohecho. En el supuesto de cohecho el particular paga algo que sabe que no debe a la Administración. La exigencia del funcionario tiene que ver con un «favor» personal. En el delito de exacciones no existe esa relación. En cuanto al delito de estafa en relación al art. 438, éste es siempre de aplicación preferente por contemplar una pena más grave (art. 8.4 del Código Penal)⁽¹¹⁴⁾. Por

⁽¹¹⁰⁾ *Vid.* sentencia nota anterior.

⁽¹¹¹⁾ *Vid.* sentencia notas anteriores.

⁽¹¹²⁾ *Vid.* por todos, VALEIJE ALVAREZ, *RGD* 94, p. 6536 y sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 (Ponente Díaz Palos). Aunque alguna sentencia antigua había entendido que podía existir este delito aunque el funcionario exigiera algo sin estar autorizado a ello (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1957 –Ponente de la Rosa y de la Vega–), la jurisprudencia más moderna, en consonancia con la doctrina, había rechazado esta idea.

⁽¹¹³⁾ Expone en profundidad los diversos criterios doctrinales para resolver el aparente concurso de normas, VALEIJE ALVAREZ (nota 111), pp. 6524 y ss.

⁽¹¹⁴⁾ En los casos de falta de estafa hay que llegar, en consecuencia, a la conclusión contraria. El Tribunal Supremo ha utilizado este criterio de alternatividad siempre que el delito de exacciones planteaba problemas concursales para evitar que el funcionario

último, resaltar que la pena de multa ya no se determina en relación a la cantidad exigida, sino mediante el sistema de días-multa.

El art. 438 del Código Penal contempla una agravación de los delitos de estafa o apropiación indebida que antes se encontraba en el art. 403⁽¹¹⁵⁾. Su aplicación desplaza a la circunstancia agravante 7.^a del art. 22 del Código Penal en relación a los delitos de estafa y apropiación indebida. En mi opinión, este art. 438 no afecta a los supuestos de faltas. Si un funcionario realiza una falta de estafa o apropiación indebida prevaleciendo de su carácter público sí se podrá tener en cuenta, por consiguiente, la circunstancia agravante 7.^a del art. 22 a efectos de determinación de la pena.

9. Con respecto al Capítulo IX, hay que destacar, en primer lugar, que los delitos relativos a las negociaciones y actividades prohibidas de los funcionarios han sufrido una transformación digna de elogio. El legislador tampoco ha hecho caso omiso en este lugar de las reivindicaciones doctrinales y ha amoldado unos tipos vetustos a los nuevos tiempos. A pesar de esta valoración general positiva, no se entiende muy bien la inclusión de las conductas tipificadas en el art. 440 del Código Penal en este ámbito. En este precepto se prohíbe a personas con deberes jurídicos o posiciones jurídicas especiales que no son funcionarios o autoridades realizar determinadas actividades. No se protegería así el correcto funcionamiento de la Administración pública, sino de otras instituciones. Se protege, pues, más bien el patrimonio particular frente a comportamientos contrarios al deber de tutores, curadores o albaceas o frente a tasaciones realizadas por peritos, particiones hechas por árbitros o adjudicaciones llevadas a cabo por contadores. Este precepto supone un cuerpo extraño dentro de los delitos contra la Administración pública por no tener nada que ver con ésta como bien jurídico. La descripción de la conducta típica, además, no es muy feliz por la remisión al artículo anterior. En el art. 439 del Código Penal un funcionario o autori-

recibiera un tratamiento punitivo privilegiado (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1986 -Ponente García Miguel-, 12 de diciembre de 1986 -Ponente Jiménez Villarejo-, 27 de junio de 1989 - Ponente Díaz Palos-, 3 de julio de 1991 -Ponente Huet García-). Ello explica la escasa virtualidad práctica de este precepto. Sin embargo, es preciso diferenciar el distinto contenido de injusto del delito de exacciones y el delito de cohecho. En este sentido, Morales Prats y Rodríguez Puerta (nota 13), p. 1263, también han buscado criterios materiales de delimitación entre las exacciones ilegales y el cohecho.

⁽¹¹⁵⁾ La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995 (Ponente De Vega Ruiz) resalta el carácter extraño e infrecuente de este tipo penal.

dad se aprovecha de su deber de informar. Parece que esta modalidad de conducta no se puede predicar, por ejemplo, de un árbitro. Hay que entender, por tanto, que la conducta descrita en el art. 440 del Código Penal consiste en aprovecharse de los deberes que se tienen como tutor, curador, albacea, perito, árbitro o contador para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en los negocios o actuaciones relacionados con el cumplimiento de sus deberes.

Los arts. 443 y siguientes del Código Penal tipifican supuestos en los que un funcionario abusa de su posición para satisfacer sus instintos sexuales. El tipo de relación sexual solicitada por el funcionario puede ser de lo más variado (desde el coito hasta una mera exhibición en ropa interior). Este aspecto carece de relevancia en el marco de este tipo penal, ya que lo decisivo es el abuso en el ejercicio del cargo⁽¹¹⁶⁾. No creo que sea casualidad que estos delitos ya no se califiquen como limitaciones de la libertad sexual, sino como abusos en el ejercicio de la función pública. Ello es debido a que no protegen la libertad sexual, al igual que el delito de cohecho no protege el patrimonio de los particulares⁽¹¹⁷⁾. Al menos ésa no es la finalidad primordial de protección. El art. 445 del Código Penal, que es la novedad más importante en este ámbito, no deja lugar a dudas. La libertad sexual se protege a través de los arts. 181 y siguientes del Código Penal. Si con la solicitud sexual se atenta, al mismo tiempo, de forma típica contra la libertad sexual, no existirá un concurso de normas sino de delitos. La única explicación posible para la existencia de un precepto como el art. 445 es que los arts. 181 y siguientes desvaloran una cosa (atentados contra la libertad sexual) y los arts. 443 y siguiente otra (atentados contra el correcto ejercicio de la función pública).

⁽¹¹⁶⁾ Ni siquiera puede tener relevancia el tipo de relación solicitada a efectos de determinación de la pena. Si el injusto no tiene que ver con la libertad sexual, la intensidad del ataque contra la libertad sexual no puede graduar la gravedad del injusto. En sentido contrario, ORTS BERENGUER (nota 35), p. 1875.

⁽¹¹⁷⁾ En sentido contrario, sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992 (Ponente Hernández Hernández). MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA (nota 13), pp. 1274 y ss., consideran que «los delitos tipificados en los arts. 443 y 444 se enderezan fundamentalmente a la tutela del correcto funcionamiento de la Administración pública, siendo meramente accidental o secundaria la protección que otorgan a la libertad sexual» (p. 1277).

EL BIEN JURÍDICO COMO PIEDRA ANGULAR DE LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL DERECHO PENAL. APUNTES DE UN JUEZ PENAL*

Josué Pariona Pastrana

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
Perú

I.

La función que define la esencia del Derecho penal radica en que *el Derecho penal protege bienes jurídicos*. El propio Código penal en artículo IV del Título Preliminar reconoce como un principio idóneo y pilar básico para limitar el poder del Derecho penal, que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Esta función ejerce su potencia en dos escenarios cruciales del sistema penal. En **primer lugar**, en la gestación de las normas penales, impone al legislador que la criminalización de una conducta con relevancia penal deba reunir el sentido de excluir de la protección a la moral, a la ideología, a los sentimientos, y, en general, a toda subjetividad que en la interacción social no haya alcanzado el nivel de una expectativa normativa socialmente legitimada que merezca una protección penal. En este campo, gracias a la función protectora del bien jurídico, ya no es posible, como en otros tiempos se pudo apreciar en nuestra legislación y otras legislaciones, que el Derecho penal

* Este artículo fue expuesta el 7 de noviembre de 2013 en el marco de la VII Jornada Internacional de Derecho penal: “Claus Roxin. Una discusión sobre su aporte a la ciencia penal”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Huánuco.

cumpla la función de proteger, por ejemplo, el “honor sexual”, la “honestidad”, la “pureza de una raza”, o que se castigue penalmente algunas prácticas de “homosexualidad” y el “adulterio”. En **segundo lugar**, al momento de la aplicación de la ley penal, la función protectora de los bienes jurídicos exige al Juez Penal a decidir de manera objetiva la solución de los casos penales que se le encomienden, de tal manera que sólo allí donde se haya comprobado la lesión efectiva o puesta en peligro de un bien jurídico está facultado a imponer una pena. En la medida que el Título Preliminar del Código penal al referirse al bien jurídico establece que la pena precisa “necesariamente” de su lesión o de su puesta en peligro, toda condena debe estar fundamentada en una motivación clara y precisa del objeto de la lesión o puesta en peligro según el tipo penal concernido. Esto significa que si no concurre el presupuesto, es decir, si no se comprueba una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, decae la razón de una condena, desaparece el atributo de conducta *típica* que active el poder punitivo del Estado sobre el ciudadano imputado.

Los dos escenarios acabados de reseñar han sido brillantemente estudiados y desarrollados por el Profesor Claus ROXIN a lo largo de su productiva trayectoria científica, lo que constituye una razón justificada para tributarle las presentes consideraciones a modo de un modesto homenaje. En dos conferencias pronunciadas por ROXIN en nuestro país en el 2004, resaltó que la teoría del bien jurídico brinda un arsenal de conceptos con la directriz al Legislador de lo que debe y no debe penalizar de manera legítima, así como al Juez Penal le precisa los lineamientos para comprender el injusto penal como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, de modo que sólo será posible una efectiva protección si la imposición de una pena se basa en que la conducta del imputado reúne el sentido de creación o realización de riesgos no permitidos⁽¹⁾. Conforme a este pensamiento, entonces las acciones típicas son siempre lesiones de bienes jurídicos en la forma de realización de riesgos no permitidos creados por los hombres.

Como quiera que abordar todos estos aspectos demanda tarea que me obligaría a superar en exceso los límites de tiempo que para esta conferencia dispongo, he elegido dos ejemplos vinculados a la función de los

⁽¹⁾ Las dos conferencias a que se hace mención fueron publicadas con la siguiente referencia: ROXIN, Claus, “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática del Derecho penal”, traducción de José Antonio Caro John, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5 (2004), pp. 307 y ss.; y ROXIN, Claus, “¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?”, traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5 (2004), pp. 287 y ss.

bienes jurídicos en la aplicación judicial de la ley penal donde se puede ver perfectamente su enorme capacidad de rendimiento, particularmente en el aspecto limitador del poder punitivo del Estado. A estas dos cuestiones me referiré a continuación.

II.

El primer ejemplo muestra cómo la teoría de los bienes jurídicos define el objeto material de lesión de la norma penal impidiendo la aplicación de una pena a casos donde, si bien formalmente -o en mera apariencia- existe una conducta típica, sin embargo por no existir una lesión efectiva o puesta en peligro de un bien jurídico en sentido material, no se produce una superación del riesgo permitido, permaneciendo la conducta como atípica, por consiguiente, irrelevante desde una perspectiva penal.

Un supuesto de la vida real que ilustra esta función del bien jurídico se vio en el "caso de la hoja membretada", resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el 29 de enero de 2013, en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica.

Un servidor público, abogado de la oficina de Asesoría Legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, había usado cuatro hojas membretadas con sello de agua de la mencionada casa de estudios con la finalidad de redactar un escrito a favor de su defendido, a quien patrocinaba de forma particular, habiéndolo presentado ante el Segundo Juzgado Penal de Huancavelica. En virtud de este hecho, la Fiscalía Superior lo acusó por el delito de peculado doloso. Al inicio del juicio oral, el imputado se acogió a la conclusión anticipada de los debates orales, aceptando los cargos imputados en la acusación fiscal y la reparación civil. La Sala Penal Superior varió la tipicidad hacia peculado de uso y lo condenó por este delito a 1 año de pena privativa de la libertad y 300 nuevos soles por concepto de reparación civil. No estando conforme con la condena, el imputado interpuso recurso de nulidad, llegando así el conocimiento de la causa a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El razonamiento de la Sala Penal Suprema, teniendo como ponente al suscrito, fue el siguiente:

1. **Considerando Cuarto:** "(...) se debe señalar que en el vigente Estado Constitucional de Derecho los jueces de la Corte Suprema desempeñan el rol de jueces de garantías de los derechos de los ciudadanos, de tal manera que, contando de una parte con el respaldo legal de lo dispuesto en el artículo trescientos uno del Código de

Procedimientos penales, que faculta a esta suprema instancia a absolver al condenado cuando no considere fundada la sentencia condenatoria, de otra parte en aplicación del aforismo *iura novit curia*, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado por las partes (STC N° 0569-2003-AC/TC, F.J. 6), estando legitimado a absolver inclusive a quien se acogió a la conformidad procesal cuando, luego de una revisión integral del expediente y de las pruebas obrantes en el mismo, existen fundadas razones basadas en los principios del Derecho Penal para absolver al encausado.

2. **Considerando Quinto:** “Previo a la solución del caso sub examine es necesario mencionar que ‘el Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves -las penas y las medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos -los delitos-. (...) En ese sentido, el Derecho Penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado -su ámbito de aplicación es limitado-, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos”.
3. **Considerando Séptimo:** En virtud del principio de lesividad, “*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley*, sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario”.
4. **Considerando Octavo:** “En un plano estrictamente dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la con-

figuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica sólo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una "perturbación social" en sentido objetivo (...), de lo contrario la intervención del Derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal".

5. **Considerando Noveno:** "En este sentido, el comportamiento del recurrente, de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, para interponer recurso de apelación (...) es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una "perturbación social" que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho penal, y, mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de *ultima ratio*, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado.
6. Una última cuestión a considerar es que la Sala Penal Suprema reconoció que el aquo vulneró el principio acusatorio al condenar de oficio por un tipo penal (peculado de uso) que nunca fue materia de acusación fiscal (que había sido formulada por peculado por apropiación). Sin embargo, como quiera que la función protectora del bien jurídico en el presente caso sirvió de base para decidir que la apropiación o el uso de cuatro hojas membretadas no reúne la idoneidad necesaria para afectar el erario del Estado, la mejor forma de corregir esta irregularidad era mediante la absolución por carecer de sentido la imposición de una pena allí donde no existe bien jurídico alguno lesionado.

Como se puede apreciar, el principio de lesividad guió la solución del caso en mención, poniéndose de relieve que la función de protección de bienes jurídicos es de corte material y no meramente formal. El abogado de la oficina de Asesoría Legal de la Universidad Nacional de Huancavelica incurrió en una conducta ilícita, pero no toda ilicitud tiene directamente una connotación penal. La ilicitud en el presente caso fue de naturaleza adminis-

trativa y correspondía a ese ámbito, particularmente al disciplinario, y no al Derecho penal, la resolución del conflicto.

III.

El segundo ejemplo ilustra cómo la ausencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por mediar una conducta autolesiva o de auto puesta en peligro de la propia víctima aporta una razón para que decaiga el sentido de intervención del Derecho penal, poniendo de relieve que no todo es asunto de lo penal y que la solución efectiva del problema puede darse en otros ámbitos, previos al Derecho penal.

Esto se da sobre todo en supuestos donde han intervenido tanto la víctima como el autor en la producción del resultado. La consecuencia directa es que desaparece el carácter típico de la conducta del autor y la relevancia penal del problema. La función de protección del Derecho penal no puede ser activada en los contextos donde prácticamente -como sostiene con mucho acierto CANCIO MELIÁ- "resulta que no hay ni 'víctima' ni 'autor'" ⁽²⁾, porque el resultado o puesta en peligro acaecidos forma parte de la esfera de competencia de la propia víctima.

Este es el escenario de lo que, acorde con la moderna teoría de la imputación objetiva, en la dogmática jurídico-penal se intitula como *imputación a la víctima*, referido a los contextos donde la propia víctima interactúa de manera riesgosa con el autor, con el efecto excluyente de la tipicidad de la conducta del autor⁽³⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el conocido "caso rock en río", resuelto en el Recurso de Nulidad N° 4288-97-Ancash, el 13 de abril de 1998, donde se imputó homicidio culposo a un sujeto que organizó de un festival de rock en cuya realización murieron algunas personas.

La ejecutoria suprema estableció lo siguiente:

"La conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima,

(2) CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pp. 85.

(3) CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 281 y ss.

la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos 'el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal' (...) por lo que los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado"⁽⁴⁾.

El fundamento dogmático de la categoría dogmática de la imputación a la víctima parte de la autodeterminación personal. Conforme a lo sostenido por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS: "El reconocimiento por parte del Estado de un ámbito de libertad en el ciudadano obliga necesariamente a la garantía de un ámbito de autorresponsabilidad personal. El Estado deja de ser, en esos supuestos, un órgano superior, paternalista y controlador para convertirse en un ente que respeta a los ciudadanos, les permite, reconoce y garantiza una esfera de libertad y confía en que cada uno gestionará su ámbito de organización dentro de los límites de permisibilidad (libertad) y de respeto a los demás ciudadanos. El principio de autorresponsabilidad únicamente es viable si el Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos. Pero, como cabe comprender, la libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias. Por ello, junto a la primera tendencia o vector la imputación (la familiarización con el riesgo) existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor [...]. Desde este punto de vista, dicho principio es un criterio de dignificación del ser humano como persona en Derecho, como ser social titular de derechos y obligaciones: reconociendo su libertad, se le reconoce un ámbito en el que él, en ejercicio de su libertad, puede resultar (auto) lesionado. Y dicha lesión, normativamente irrelevante, se concibe como un producto de la libertad personal"⁽⁵⁾. Con ello se quiere decir que, por ejemplo, en el caso del delito de homicidio o lesiones graves no sería posible imputar al autor de la autopuesta en peligro de la propia víctima cuando ésta es quien administra sus propios bienes de una manera autorresponsable en su propia autolesión. El efecto dogmático es categórico: se produce una exclusión de la tipicidad en virtud de la libertad de autodeterminación lesiva de la propia víctima.

(4) Cfr. PRADO SILDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, pp. 99.

(5) POLAINO NAVARRETE, Miguel-POLAINO-ORTS, Miguel, "Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales", en: JAKOBS, Günther y otros, *Legitimación del Derecho penal*, ARA Editores, Lima, 2012, pp. 104 y 105.

La imputación preferente al ámbito de responsabilidad de la víctima presupone la concurrencia de tres requisitos, desarrollados magistralmente por CANCIO MELIÁ⁽⁶⁾. Se requiere:

- a) **Una actuación conjunta:** es decir, que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el sujeto activo y la víctima.
- b) **Una actuación libre de la víctima:** o sea, que la víctima debe haber actuado en plena manifestación de su voluntad, libre de coacción, engaño, violencia o amenaza por parte del sujeto activo, mejor dicho; la víctima debe obrar en ejercicio libre de su autonomía; y
- c) **Que el sujeto activo no tenga un deber de protección específico sobre los bienes de la víctima:** es decir, que el autor no tenga un deber especial de protección directo sobre la víctima.

Es importante resaltar que todos estos requisitos deben concurrir de manera copulativa para que pueda ser aplicada la institución dogmática de la imputación a la víctima. Con sólo faltar uno de ellos no será de aplicación la institución de la imputación a la víctima.

Como se puede apreciar, la función de protección de bienes jurídicos que emprende el Derecho penal no es aplicable a los casos donde la propia víctima, en pleno uso de sus facultades, decide de manera autorresponsable arriesgar sus propios bienes. En los casos cotidianos de peatones que cruzan de modo intempestivo las avenidas, a pesar de existir un puente peatonal puesto a su disposición por el Estado, estamos ante una clara conducta autorresponsable de la víctima que expresa el sentido de una actuación autónoma quebrantadora del Código de Tránsito y de sus deberes de autoprotección. La conducta arriesgada de la víctima opera como un factor excluyente de la tipicidad de la conducta del sujeto activo, porque es la propia víctima quien consiente su autolesión como titular de su bien jurídico. Una vez más, el Derecho penal pierde su razón de intervención cuando no existe bien jurídico alguno que proteger.

Con esto llego al final de mi ponencia, deseando que contribuya a fomentar la discusión científica sobre los alcances de la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos, tema al cual el Profesor Claus Roxin, nuestro homenajeado, ha brindado las más valiosas aportaciones.

Muchas gracias.

⁽⁶⁾ Véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, ob. cit. pp. 284 ss.

§2.
AUTOR, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

DESARROLLOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Luis Miguel Reyna Alfaro
Universidad de San Martín de Porres
Perú

SUMARIO:

I. El concepto penal de funcionario público. a. El título habilitante. b. El ejercicio de función pública. II. Los alcances del artículo 425° del Código penal. III. Cuestiones controvertidas desde la teoría y la praxis. a. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario "de hecho". b. ¿Existe un concepto anticipado de funcionario público?. c. La distinción entre "funcionario público" y "servidor público".

I. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

En el ámbito de los delitos contra la funcionalidad de la administración pública, los atentados más intensos suelen provenir de aquellos sujetos que poseen una más cercana relación con ella, esto es, de los funcionarios o servidores públicos. La articulación de un sistema penal de protección de la funcionalidad de la administración pública tiene, por esa razón, como piedra de toque el concepto de "*funcionario público*".

La determinación del concepto penal de funcionario público tiene relevantes repercusiones de cara a la configuración del sistema de protección

penal de la administración pública, lo que a su vez trasciende al ámbito del tipo penal objetivo, en la medida que el mismo constituye un elemento normativo⁽¹⁾ cuyo sentido debe ser extraído a partir de valoraciones jurídico-sociales.

El concepto “funcionario público” obtiene carta de naturaleza en el ámbito del Derecho Administrativo, parcela en donde ya se sostiene “que se trata de uno de los conceptos más imprecisos de los que se manejan por la doctrina jurídico-administrativa”⁽²⁾. Similar problema se plantea en el ámbito del Derecho penal.

Pese a la complejidad de la problemática, existe consenso en calificar como funcionario público, en el sentido del Derecho administrativo, a quienes se encuentren incorporados en la carrera administrativa, conforme postular la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento: “*los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública*” (artículo 1° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Dec. Leg. N° 276; artículos 2 y 3 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa)⁽³⁾.

Pues bien, la utilización en sede penal del concepto administrativo de “funcionario público” antes propuesto dejaría serias lagunas de punición, pues el mismo no comprende –por ejemplo– a los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú⁽⁴⁾, lo que impediría al Derecho Penal cumplir con eficiencia la función de protección de bienes jurídicos que le está asignada. Por ésta razón el legislador nacional, en el Código penal de 1991, estableció una cláusula (la del artículo 425° del Código penal) de equiparación a determinados sujetos a la condición de funcionarios o servidores

(1) GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 71; ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*, JM Bosch, Barcelona, 1999, p. 83; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001, pp. 48-49; URQUIZO OLAECHEA, José, “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, p. 231, Lima, Idemsa, 2002.

(2) PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, quinta edición, Dykinson, Madrid, 2000, p. 273.

(3) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, segunda edición, Grijley, Lima, 2000, pp. 33-34; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 21; BENAVENTE CHORRES, Hesbert & CALDERÓN VELARDE, Leonardo. *Delitos de corrupción de funcionarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 81.

(4) Exclusión hecha expresamente por el artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

públicos. Esta cláusula de equiparación –como es lógico– no coincide con el concepto administrativo, por ser más extensa⁽⁵⁾.

El artículo 425º del Código penal contiene así un catálogo de sujetos a los que, sin necesidad de ser funcionarios públicos según el Derecho Administrativo, se les equipara a dicha condición para efectos exclusivamente penales⁽⁶⁾, en virtud a su vinculación material con el ejercicio de la función pública. Sobre esta cuestión, el consenso doctrinal es dominante.

Por ello, era sólo metafórica la antigua (y ya superada) controversia suscitada a nivel jurisprudencial entre los alcances del segundo párrafo del artículo 40º constitucional⁽⁷⁾ y el artículo 425º del Código penal⁽⁸⁾. Así, el precepto penal referido no se opone al precepto constitucional en la medida que no otorga la condición de “funcionario público” a los sujetos allí indicados, sino que se limita a concederles, en clave penal, un *tratamiento de funcionario público*.

- (5) DOMENECH, Ernesto, “Capítulo II: Responsabilidad penal y función pública”, en: Echevesti, Carlos (Director). *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 143; ENTRENA FABRÉ, Rafael, *El delito de malversación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 40; GÓRRIZ ROYO, Elena, “El delito de prevaricación administrativa (El artículo 404 del Código penal español como tipo básico contra la función pública)”, en: Collantes Gonzáles, Jorge (Coordinador). *Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Normas Legales, Trujillo, 2004, 554; ORTS BERENGUER, Enrique, “Artículo 24”, en: Vives Antón, Tomás (Coord.). *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 273; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis & OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 122; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, Op. Cit., p. 166; VALEJE ÁLVAREZ, Inma, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 55; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal. Parte Especial*, p. 744, sexta edición, Dykinson, Madrid, 2001; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 40; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 35; ÍDEM. “A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público”, en: El mismo. *Estudios de Derecho Penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 226; URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 251.
- (6) ROMANO, Mario, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 05; RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen, “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, en: Rodríguez García, Nicolás/ Fabián Caparros, Eduardo/ Contreras Alfaro, Luis (Coords.). *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 281-282; URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 250; ROJAS VARGAS, Fidel, Op. Cit., p. 34; BENAVENTE CHORRES, Hesbert & CALDERÓN VELARDE, Leonardo, Op. Cit., p. 83; CANCINO MORENO, Antonio, *El delito de peculado en el nuevo Código penal (Análisis histórico y dogmático)*, Temis, Bogotá, 1983, p. 22; con matices: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 43.
- (7) “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.
- (8) Sobre esta cuestión, recientemente: URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 258.

De allí la incorrección de la tendencia jurisprudencial por algunos años vigente en nuestro Tribunal Supremo en virtud de la cual los términos del artículo 40° constitucional implicaban la tácita derogación del artículo 425° del Código Penal. Dicha doctrina jurisprudencial se observa, por ejemplo, en las Ejecutorias supremas del 12 de agosto de 1994 (R.N. N° 1888-94, Lima: "que la Constitución vigente en su artículo cuarenta segundo párrafo, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, con lo cual se abroga el inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código penal..."); del 12 de diciembre de 1996 (R.N. N° 710-95B, Ica: "la Constitución del Estado refiere expresamente, en el segundo párrafo del artículo cuarenta que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta...")⁽⁹⁾, sólo por citar algunos precedentes.

A partir de 1997, la Corte Suprema de la República ha reconocido que los alcances del artículo 40° de la Carta Política no colisionan con la vigencia efectiva del artículo 425° del Código Penal, pues el precepto constitucional establece un marco aplicable únicamente en el ámbito laboral y administrativo, mas no en el penal.

Este cambio de doctrina jurisprudencial puede ser observado con claridad ya en el Acuerdo N° 04 del Pleno Jurisdiccional Penal de 1997 (Arequipa), en el que luego de un debate nada pacífico se declaró (por mayoría de 31 contra 23) que "la prohibición contenida en el artículo 40° de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y provisional".

En ese sentido, paradigmáticas resultan las Ejecutorias del 27 de noviembre de 1997 (Sala penal C, R.N. N° 4874-96: "el artículo cuarenta de la Constitución Política del Estado, rige para los efectos de beneficios sociales, mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal, lo que si establece el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal")⁽¹⁰⁾; del 14 de abril de 1998 (Sala penal C, por mayoría, R.N. N° 5522-97, Lima: "el artículo cuarenta de la Constitución política del Perú y según aparece de su texto, rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos"); del 12 de junio de 1998

⁽⁹⁾ Disponibles en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 625 ss.; también en: URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 259.

⁽¹⁰⁾ Disponible en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, tomo I, p. 628.

(Primera Sala penal transitoria, R.N. N° 154-97, Callao)⁽¹¹⁾ y del 03 de agosto de 1998 (Sala penal C, por mayoría, R.N. N° 251-98, Loreto)⁽¹²⁾.

De tal manera que, en la actualidad se reconoce que aunque existan sujetos que –en puridad– no poseen relación laboral o administrativa con la Administración Pública pueden, en virtud a los alcances del artículo 425° del Código penal, ser considerados funcionarios públicos para propósitos penales⁽¹³⁾. Así, la Ejecutoria Suprema del 13 de junio del 2000⁽¹⁴⁾ indica: "si bien el contrato de servicios no acarrea vínculo laboral para los fines de las leyes sociales, sin embargo vincula al acusado para los fines de su función pública, toda vez que el servicio corresponde a la función pública, bajo contraprestación del Estado y con responsabilidades de administración de bienes y fondos públicos".

En consecuencia, tienen la condición de funcionario público, para propósitos jurídico-penales y desde una perspectiva eminentemente funcional, quienes reúnen las siguientes condiciones: a) Poseen título habilitante o de incorporación; y, b) Ejercen función pública⁽¹⁵⁾. Se trata pues de requisitos concurrentes o *coconstitutivos* del concepto de funcionario público que propone el Derecho penal⁽¹⁶⁾.

a. El título habilitante.

El título que permite o faculta el ejercicio de una función pública puede provenir de tres diversas fuentes: La ley (A.1), la elección (A.2) o el nombramiento o delegación de autoridad competente (A.3). Justamente es la existencia del título legitimante la que da origen al ejercicio de la función pública; en otras palabras: "el modo de incorporación resulta constitutivo

(11) Disponibles en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 499-505.

(12) Disponible en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, tomo I, p. 629.

(13) En extenso y haciendo referencia al desarrollo de la doctrina jurisprudencial: URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., pp. 258-260.

(14) Disponible en: SEGURA SALAS, Celinda & VILLALTA INFANTE, Marcos, *Repertorio de Jurisprudencia penal*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2004, pp. 135-136.

(15) OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 143; ÍDEM. "Concepto de funcionario público a efectos penales", en: Asúa Batarrita, Adela (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 79; ORTIZ BERENGUER, Enrique, Op. Cit., p. 274; ROCA AGAPITO, Luis, Op. Cit., p. 90; RODRÍGUEZ PUERTA, María José, Op. Cit., p. 163; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 27; GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, Op. Cit., p. 74.

(16) ROCA AGAPITO, Luis, Op. Cit., p. 96.

de la cualidad de funcionario público y le dará el sentido real de elemento normativo en cuanto ejercicio real de la función pública”⁽¹⁷⁾. A través del título habilitante resulta posible “vincular jurídicamente a un sujeto con la organización estatal”⁽¹⁸⁾.

a.1. La Ley.

Esta referencia a la ley como fuente de procedencia del título habilitante para el ejercicio de la función pública tiene su origen en el *principio de legalidad* que ilumina el Derecho Administrativo.

Con relación a la ley como *fuentes* del título habilitante, existen dos posiciones encontradas en doctrina. La primera, de carácter restrictivo, considera que el término “ley” debe ser utilizado en sentido estricto, mientras que la segunda posición entiende por “ley” a todas aquellas disposiciones de carácter general, lo que permite incluir a los decretos y los reglamentos⁽¹⁹⁾. En nuestro país, dada la profusión del uso de disposiciones de menor jerarquía, se reconoce mayoritariamente la segunda posición⁽²⁰⁾.

Coincido con aquellos autores que reconocen que la referencia a la ley como fuente de procedencia del título habilitante del funcionario público comprende en sí misma las restantes fuentes (elección y el nombramiento o delegación), pues aquellas proceden ulteriormente de la ley⁽²¹⁾.

a.2. La Elección.

Otra de las fuentes de adquisición de la condición de funcionario público viene dada por la elección, directa como indirecta⁽²²⁾, que ubica a la persona en relación con el manejo de la cosa pública.

La elección directa es la elección popular que en nuestro sistema de orden democrático es de carácter universal⁽²³⁾. La elección indirecta es aquella que se confía a ciertos poderes del Estado; en este ámbito se comprende,

(17) URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 269.

(18) RODRÍGUEZ PUERTA, María José, Op. Cit., p. 165.

(19) Detenidamente en: OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, pp. 149-153.

(20) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 36.

(21) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, Lima, 2001, p. 19; GÓRRIZ ROYO, Elena, Op. Cit., p. 555; ORTOS BERENGUER, Enrique, Op. Cit., p. 274.

(22) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 37.

(23) ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 35.

por ejemplo, la elección de los integrantes del Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, entre otros.

Un punto especialmente problemático es el de determinación del momento desde el cual se considera al sujeto como funcionario público. En efecto, queda claro que desde la perspectiva del Derecho Administrativo el ejercicio de la función pública se produce recién cuando el funcionario electo asume oficialmente el cargo; sin embargo, la cuestión a determinar es si dicha lógica es también aplicable en el ámbito del Derecho penal⁽²⁴⁾.

Dentro del halo de posibilidades existen algunas que muy claramente resultan indefendibles: El momento de la votación o la promulgación extraoficial de los resultados. Es que mientras no exista la posibilidad, al menos potencial, de ejercer indebidamente la función pública y ello solo se produce a través de la proclamación oficial por parte de la autoridad competente es la que permite sostener la existencia de una "elección"⁽²⁵⁾.

a.3. El nombramiento o delegación de autoridad competente.

En doctrina se suele admitir la posibilidad de que las competencias funcionariales puedan ser delegadas⁽²⁶⁾, la cual –como destaca ROJAS VARGAS– resulta la "fuente más numerosa y extendida que informa la existencia del funcionariado"⁽²⁷⁾; sin embargo, el consenso desaparece al momento de establecer los supuestos en los cuáles se puede admitir la delegación de competencias funcionariales.

Refiere CREUS, en relación al delito de peculado, que la titularidad de las funciones públicas relacionadas al patrimonio del Estado debe ser determinada por la ley, reglamento o la orden legalmente formulada por autoridad competente⁽²⁸⁾. En la misma línea, VALEIJE ÁLVAREZ refiere: "Esta designación ha de ser realizada por una autoridad competente, esto es, un sujeto que, aparte de ser autoridad (o sea, aparte de gozar de mando y jurisdicción), tiene competencia o atribución legítima para adscribir un sujeto al empleo público y crear una relación jurídica válida"⁽²⁹⁾.

(24) Así: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 21.

(25) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 22; implícitamente: REATEGUI SÁNCHEZ, James, *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, Jurista, Lima, 2009, p. 474.

(26) Al respecto: GORDILLO, Agustín, Op. Cit., p. 14 XII ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, Op. Cit., p. 66.

(27) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 37; de la misma opinión: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 24.

(28) CREUS, Carlos. Op. Cit., p. 327.

(29) VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, Op. Cit., p. 66.

Con esto se quiere decir —correctamente— que toda delegación de competencias debe encontrar sus orígenes en la legalidad, que se erige como uno de los principios limitadores de la actuación de la Administración Pública. En virtud al Principio de Legalidad de la Administración, ésta no puede actuar a partir de su propia autoridad, sino que debe de hacerlo bajo el amparo de la ley⁽³⁰⁾.

La referencia a la estricta vinculación de la Administración Pública a la legalidad tiene que ver con el hecho de que sólo ésta (la ley) atribuye potestades a la Administración Pública. Es la Ley la que establece los ámbitos de actuación de la Administración Pública y sólo es ella la que fija sus límites⁽³¹⁾.

Si tenemos que los ámbitos de actuación o competencias dentro de la Administración Pública se determinan legalmente, pues su origen —como adecuadamente sostienen GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ— es “legal y no negocial”⁽³²⁾, entonces estas potestades administrativas son “inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. *El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio*”⁽³³⁾.

Lo antes precisado supone la posibilidad de admitir la delegación de potestades o competencias dentro del ejercicio de la función pública, pero siempre bajo el límite que impone la propia ley. La delegación del ejercicio de potestades o competencias es admisible en la medida que la misma resulte permitida por ley.

Esta permisibilidad del acto de delegación de competencia funcionales se encuentra —como ya mencionamos— íntimamente vinculada al principio de legalidad administrativa, de modo tal que se excluye cualquier posible acto de delegación cuando esta se encuentra prohibida por ley o cuando el órgano o funcionario delegante carece de las respectivas competencias para ello. Quien excede los ámbitos de su competencia funcional es absolutamente incompetente desde la perspectiva del Derecho Administrativo⁽³⁴⁾.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 435, décima edición, Civitas, Madrid, 2001.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón, Op. Cit., p. 441.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón, Op. Cit., p. 443.

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón, Op. Cit., p. 443 (*Cursiva nuestra*).

(34) GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar & Herminio Losada, volumen I, decimotercera edición, pp. 593-594,

Delimitado el ámbito de la delegación de competencias, debe mencionarse que el funcionario público delegante mantiene un ámbito de responsabilidad penal residual. El funcionario público delegante mantiene un poder jerárquico sumamente amplio que incluye no solo la capacidad de dar indicaciones o instrucciones al funcionario público delegado respecto al modo en que aquel ejercerá la competencia delegada, sino que comprende la posibilidad de dar órdenes concretas dado que la competencia delegada es una competencia propia del funcionario público delegante⁽³⁵⁾. Esto es importante pues permite sostener la responsabilidad penal del funcionario público delegante no solo a título comisivo sino también a título omisivo.

b. El ejercicio de función pública.

Esta segunda exigencia deriva del concepto funcional adoptado en virtud del cual, además de la existencia de un título habilitante, es indispensable que el autor –de hecho– ejerza funciones en la Administración Pública, aunque aquél ejercicio sea temporal, fragmentario o poco relevante. Esto es fundamental dada la articulación funcional que se da a los delitos contra la Administración Pública⁽³⁶⁾.

En efecto, la exigencia del efectivo ejercicio de la función pública como condición para la calificación del agente como funcionario público para efectos penales se sustenta necesariamente en el imperio del principio de ofensividad: Sólo quien participa en el ejercicio de la función pública tiene la capacidad de afectar el bien jurídico protegido⁽³⁷⁾. Esta condición nos lleva a examinar más adelante algunas problemáticas específicas.

II. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 425º DEL CÓDIGO PENAL.

Justamente por su condición de “elemento normativo” es que se ha tratado –a través del artículo 425º del Código penal– de establecer una definición (por llamarlo de algún modo) también normativa de tipo funcional en sede penal de los sujetos que pueden ser calificados como *funcionarios* o *servidores públicos*.

Tecnos, Madrid, 2002. Aunque conviene reconocer que Garrido Falla habla en este punto únicamente de anulabilidad.

(35) GORDILLO, Agustín. Op. Cit., p. 17-XII.

(36) ROJAS VARGAS, Fidel, “A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público”, p. 227.

(37) RODRÍGUEZ COLLAO, Luis & OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Op. Cit., p. 125.

Ahora, no creo que sea adecuado considerar —como hace CANCINO MORENO⁽³⁸⁾— que una cláusula de este tipo puede abonar a favor de la función de garantía implícita en los tipos penales pues la utilización de elementos normativos no pone necesariamente en entredicho dicha función; no obstante, debe reconocerse que cumple una función en el proceso de interpretación del precepto penal que necesariamente incide en la seguridad jurídica que es el plano al que se encuentra necesariamente vinculada la función de garantía de los tipos penales⁽³⁹⁾.

El artículo 425º del Código Penal contiene una disposición común al título “Delitos contra la Administración pública”, lo que evidencia un grave error de técnica legislativa en la medida que se limita los alcances del concepto penal de funcionario público propuesto por el mencionado dispositivo a la tipología de los delitos contra la administración pública⁽⁴⁰⁾. Preferible hubiera sido —como bien destaca CARO CORIA⁽⁴¹⁾— recurrir a una cláusula de aplicación general contenida en la Parte General que solucione los problemas de interpretación del elemento normativo “funcionario o servidor público” de modo global.

El artículo 425º del Código penal no proporciona una definición de funcionario o servidor público, limitándose a establecer un listado de niveles funcionariales que permiten la imputación a título de funcionario o servidor público⁽⁴²⁾. Esta cláusula de limitación de sujetos que responden como funcionarios o servidores públicos debe necesariamente ser complementada con las limitaciones que se puedan extraer de cada tipo penal. Así, algunos tipos penales además de establecer una punición limitada a los funcionarios o servidores públicos restringen más la punición al indicar qué funcionarios o servidores públicos pueden ser castigados. Por ejemplo, el artículo 376º del Código penal establece el castigo del funcionario público que “ordena” un acto arbitrario en perjuicio de alguien; autor de este delito no es cualquier funcionario público, sino sólo aquél que puede “ordenar”. Un ejemplo similar se plantea con el delito de peculado del artículo 387º del Código penal que fija una limitación en razón del cargo fundada en la atribución de funciones específicas de administración del patrimonio estatal al funcionario público⁽⁴³⁾.

(38) CANCINO MORENO, Antonio, Op. Cit., p. 21.

(39) Similar: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 29.

(40) En tono crítico: CARO CORIA, Dino Carlos, “Capítulo segundo: El delito de enriquecimiento ilícito”, en: SAN MARTÍN, César/ CARO CORIA, Dino Carlos/ REAÑO PESCHIERA, José, Op. Cit., p. 160.

(41) CARO CORIA, Dino Carlos, Op. Cit., p. 161.

(42) CARO CORIA, Dino Carlos, Op. Cit., p. 166.

(43) URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 270.

El recurso a una enumeración de orden taxativo tiene que ver con razones de tipo pragmático: Dado que no existen criterios vinculantes y unificadores en el ámbito del Derecho público, se recurre a una identificación ejemplificativa de aquellos que pueden ser calificados como funcionarios públicos⁽⁴⁴⁾.

Conforme se desprende de su redacción, todos los sujetos calificados o tratados como funcionarios o servidores públicos para efectos penales tienen títulos de legitimación o habilitación en el ejercicio de la función pública⁽⁴⁵⁾. Precisamente por esa circunstancia es que hubiese resultado más acertada una formulación general, como la propuesta por el artículo 24 del Código Penal español que califica como funcionario público a "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"⁽⁴⁶⁾.

Párrafo 1º: Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

El ámbito de sujetos comprendidos como funcionarios públicos a efectos penales por el párrafo 1º del artículo 425º del Código penal es precisamente el correspondiente al Derecho Administrativo⁽⁴⁷⁾. En efecto, el mencionado párrafo cumple, en primer lugar, con incorporar dentro del concepto penal de funcionario público a quienes lo son para el Derecho administrativo.

Al aludir el precepto al término "carrera administrativa" se recurre también a un concepto de orden normativo que debe ser interpretado a partir de los alcances del Decreto Legislativo N° 276, del 24 de marzo de 1984, el mismo que vendría concordado con el artículo 2º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que es su reglamento⁽⁴⁸⁾.

Párrafo 2º: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

Se aluden aquí a dos clases distintas de sujetos: Aquellos que desempeñan cargos político (incluso si emanan de elección popular); y, aquellos

(44) URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 252.

(45) URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 269.

(46) ORTIZ DE URBINA Gimeno, Iñigo. "Delitos contra la Administración Pública", en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Director). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 305.

(47) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit., p. 33; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Op. Cit., p. 50.

(48) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, p. 47; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 50; URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit., p. 271.

que desempeñan cargos de confianza. Estos no son funcionarios públicos en el sentido del Derecho administrativo.

La nota más relevante de esta clase de funcionarios público se relaciona con el nivel de discrecionalidad que existe para su nombramiento o designación. Esto no quiere decir que su designación carezca de marcos legales, (por ejemplo, la Ley N° 28175 –Ley Marco del Empleo Público– define en el numeral 2°, de su artículo 4° al empleado de confianza el cual “*se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad.*” Asimismo, los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la misma Ley regulan los requisitos y procedimientos de selección), sino que el funcionario encargado de la designación goza de ciertas permisiones. Por ende, no es correcta, la apreciación realizada por URQUIZO OLAECHEA en el sentido que la referencia al cargo de “confianza” debe ser observada desde una perspectiva legal y no desde una óptica normativa por carecer de dicha base⁽⁴⁹⁾ pues, como se ha determinado, aquella si existe.

Párrafo 3°: Todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

A través de esta cláusula se cataloga como funcionarios o servidores públicos, para efectos penales, a quienes para el Derecho Administrativo no lo son⁽⁵⁰⁾. En efecto, administrativamente son considerados funcionarios públicos quienes se encuentran comprendidos en la carrera administrativa, sin embargo, los regímenes de contratación de personal al servicio de la Administración Pública es mucho más variado pues comprende adicionalmente el régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728) y el régimen de contratación de servicios no personales (Código civil)⁽⁵¹⁾.

La decisión político criminal de incluir a estos sujetos dentro del concepto penal de funcionario público se origina en su efectiva participación en el ejercicio de la función pública⁽⁵²⁾. Sin embargo, como se dijo anteriormente, ni la responsabilidad penal ni la administrativa depende del régimen de con-

⁽⁴⁹⁾ URQUIZO OLAECHEA, José, Op. Cit., p. 272.

⁽⁵⁰⁾ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 49.

⁽⁵¹⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 51; TASSANO VELAOCHAGA, Hebert, “La administración pública en el Perú”, en: A.A.V.V. *Derecho administrativo*, Jurista, Lima, 2004, p. 331.

⁽⁵²⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 51.

tratación⁽⁵³⁾; en ese contexto, se comprenden dentro del ámbito aplicativo de este párrafo, por ejemplo, los asesores, los servidores judiciales, etc.

Lo trascendente para la calificación de la persona como “funcionario público” no es el vínculo contractual con la administración pública sino el efectivo desempeño de una función pública. Por esa razón, aquellas personas contratadas para brindar servicios específicos a la administración pública (por ejemplo, mediante la realización de labores de carpintería) no pueden ser calificados como funcionarios públicos⁽⁵⁴⁾.

Cabe resaltar, finalmente, que lo dispuesto en este párrafo se condice con la concepción de *función pública* y *funcionario público* recogidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el 29 de marzo de 1996, en donde lo relevante es la relación con Administración Pública y no la forma de contratación. Así, en su Artículo I se señala lo siguiente: *Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; “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.* Este concepto es recurrentemente utilizado por los Tribunales de Justicia Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios⁽⁵⁵⁾.

Párrafo 4º: Los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Se plantea aquí una discusión respecto a los límites de este dispositivo, en la medida que puede generar conflictos aplicativos de subsunción legal con el delito de apropiación ilícita. Es evidente que esta fórmula está dirigida

(53) En el plano del derecho administrativo: TIRADO, Richard Martín, “La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio”, en: A.A.V.V. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Ara, Lima, 2001, p. 312.

(54) Así en la Ejecutoria Suprema del 22 de agosto de 2011 (RN 753-2011, Amazonas), disponible en: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 588.

(55) Por ejemplo, Sentencia del 30 de mayo de 2012, emitida por la Sala Penal de Apelaciones (Exp. 00021-2011); Sentencia del 07 de enero de 2010, emitida por la Tercera Sala Penal Especial (Exp. 032-2006, caso “Bomberos”).

a quienes se les haya otorgado una función específica asociada a la custodia de patrimonio ostentando provisionalmente por el Estado.

Este supuesto cobra especial sentido cuando se relaciona con el sentido del artículo 392 del Código Penal, que precisa los alcances de los artículos 387 a 389 del Código Penal a los que “administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como a todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”.

Párrafo 5º: Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Según la Ley de la Carrera Administrativa los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú no son funcionarios públicos en el sentido del Derecho administrativo. Sin embargo, a través de este precepto es posible considerarlos como tales pues, evidentemente, las actividades realizadas por estos sujetos –esto es actuar al servicio del orden público y de la seguridad interna– son claramente funciones de contenido público.

Precisamente el criterio del ejercicio de funciones públicas es el que permite reconocer dicha condición solamente a los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú que se encuentren en actividad, debiéndose dar a los que se encuentren en situación de retiro el trato de particulares⁽⁵⁶⁾.

Párrafo 6º: Los demás indicados en la Constitución Política y la Ley

Una de las principales deficiencias observadas en el texto original del artículo 425º del Código Penal tenía que ver con la calificación de funcionario público para propósitos penales a quienes ejercían función pública pero se encontraban sometidos al régimen de contratación privada del Estado⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, actualmente dicho tema ha quedado esclarecido al concluirse que lo relevante no es la forma de contratación (lo que incluye al sistema privado) sino el contenido público del cargo y su vinculación con los bienes jurídicos que se buscan proteger.

⁽⁵⁶⁾ BENAVENTE CHORRES, Hesbert & CALDERÓN VELARDE, Leonardo, Op. Cit., p. 85.

⁽⁵⁷⁾ Sosteniendo la atipicidad por ausencia de la cualificación especial del autor, la Ejecutoria Suprema del 04 de octubre de 1996 (R.N. N° 3299-94B, Lima); disponible en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, tomo I, pp. 428-429.

Cabe señalar que el numeral 6° del artículo 425° pretende dejar abierto el concepto de funcionario público a cualquier disposición legal que reconozca dicha condición.

Ahora, esta circunstancia no impide que existan una serie de supuestos conflictivos en los que la calificación del sujeto como funcionario público resulta discutible. En ese contexto, se puede mencionar el caso "Bomberos" resuelto en primera instancia por la Tercera Sala Penal Especial de Lima (Exp. 032-2006), en el cual, aplicando la definición de funcionario público contenida en la Convención Interamericana contra la Corrupción, se calificó a los imputados como funcionarios públicos por recibir el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, del que los procesados formaban parte, una partida presupuestal del Estado. La cuestión conflictiva en este caso radica en el hecho de que el Reglamento de su Ley (Decreto Supremo 031-99-PCM) establece expresamente que: "Los Bomberos en su actividad institucional no son considerados funcionarios públicos". Sobre la idoneidad de un recurso automático al concepto de funcionario público propuesto por la Convención Interamericana contra la Corrupción trataremos a continuación.

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DESDE LA TEORÍA Y LA PRAXIS

a. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario "de hecho".

El problema de la imputación penal del funcionario o servidor público "de hecho" reside en la ausencia del título habilitante, siendo, por lo tanto, un supuesto de ejercicio irregular de la función pública⁽⁵⁸⁾. El funcionario de facto cumple con la condición de ejercicio o participación en la función pública, encontrándose afectado el elemento "título habilitante" que permita considerarlo funcionario público en sentido estricto.

Los ámbitos conflictivos en ésta constelación de casos pueden ser separados, como propone ROCA AGAPITO, en dos grupos: En un primer grupo se ubica el caso de los particulares que asumen a iniciativa propia funciones públicas; en tanto que un segundo grupo comprende a quienes han accedido legítimamente al ejercicio de la función pública pero carecen de las condiciones exigidas por ley para el nombramiento⁽⁵⁹⁾. Pues bien, en esa línea la complejidad a la que se ha hecho referencia es sólo aparente.

⁽⁵⁸⁾ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, p. 155.

⁽⁵⁹⁾ ROCA AGAPITO, Luis, Op. Cit., p. 104; seguido –sin referencia de fuente– por: NAKAZAKI SERVIGÓN, César, "Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú", en: Peña Cabrera Freyre, Alonso/ Montes Flores, Efraín/ Sánchez Mercado, Miguel (Coordinadores), *El*

En el primer caso, resulta indudable que, a pesar del ejercicio de función pública por parte del particular, éste carece del respectivo título habilitante que permita considerarlo como funcionario público –siquiera de hecho– para propósitos jurídico-penales. El particular aparece entonces como un auténtico “usurpador de funciones”⁽⁶⁰⁾ y, por lo tanto, la calificación del mismo como funcionario público debe ser recusada.

En el segundo caso, la cuestión se plantea de un modo distinto pues ya no estamos frente a una ausencia del título habilitante sino ante una impropiedad del mismo. Esta impropiedad, sin embargo, se encuentra exclusivamente referida al Derecho Administrativo, de modo tal que la referencia a la condición de “funcionario de hecho” se debe entender únicamente en relación al Derecho Administrativo, en tanto que para el Derecho penal quien ejerce la función pública a partir de un título habilitante impropio para el Derecho administrativo sigue manteniendo la condición de funcionario de derecho a efectos penales⁽⁶¹⁾. Esto es así porque al Derecho Penal no le interesa tanto la relación interna hacia la Administración –verificable únicamente a través del título habilitante– sino la relación externa⁽⁶²⁾ –fundada en el ejercicio de la función pública a partir de un título defectuoso– y el funcionario público de facto es externamente, esto es, para los ojos de los particulares, un funcionario público.

Esta posición ha sido defendida por la jurisprudencia penal y constitucional nacional. La Sala Penal Especial de Lima en la Sentencia del 29 de mayo del 2003 (Exp. 010-2010-SPE/CSJL) califica al acusado Vladimiro Montesinos Torres como *funcionario de hecho*, sosteniendo enfáticamente que “la Sala forma convicción de que el procesado Vladimiro Montesinos Torres ejercía de hecho el cargo de Director General de Administración del SIN, delegando acciones al titular José Abel Villalobos Candela”. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en la STC del 23 de noviembre de 2004 referida al mismo caso “Bedoya de Vivanco” (Exp. 2758-2004-HC/TC) ha

Derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 779.

⁽⁶⁰⁾ Descartando –respecto al delito de Peculado– que el usurpador de funciones pueda considerarse autor del delito: BUOMPADRE, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 255, Mario Viera Editor, Buenos Aires, 2001; CANCINO MORENO, Antonio, Op. Cit., p. 27; GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Op. Cit., p. 89.

⁽⁶¹⁾ De ésta opinión: CANCINO MORENO, Antonio, Op. Cit., pp. 26-27; GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, Op. Cit., p. 89; ROCA AGAPITO, Luis. Op. Cit., pp. 105-106; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 23; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, pp. 40-41.

⁽⁶²⁾ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 23.

puesto énfasis en el ejercicio de la función pública en la calificación jurídico penal del agente como funcionario público al señalar: "Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos".

En la distinción entre el funcionario público de hecho y el usurpador de funciones no entran en consideración elementos subjetivos. Aunque para un sector de la doctrina nacional resulta factor central de la condición de funcionario público de hecho su desconocimiento de la ilegitimidad de su actuación funcional⁽⁶³⁾, este elemento de carácter subjetivo no tiene porque jugar ningún papel en la determinación de la condición de funcionario público de facto ni en su distinción con el usurpador de funciones⁽⁶⁴⁾.

Se ha planteado el debate respecto a la sujeción al principio de legalidad de la incorporación del *funcionario de hecho* como auténtico funcionario público para efectos penales por parte de la doctrina⁽⁶⁵⁾. Lo esencial en este punto, en mi opinión, no es la calificación formal que se le otorga al sujeto activo, sino la posibilidad material que le permite cometer el delito y lesionar el bien jurídico protegido.

b. ¿Existe un concepto anticipado de funcionario público?

La doctrina penal nacional ha discutido vivamente si, en el contexto del párrafo 6º del artículo 425º del Código penal, es sostenible de *lege lata* la admisión del *concepto anticipado de funcionario público* propuesto el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción o si, por el contrario, se trata de una propuesta de *lege ferenda*.

El artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción define como funcionario público a "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". Como se aprecia, conforme a la Convención, la calificación de una persona como funcionario público no depende de que aquella, en efecto, haya asumido el ejercicio

(63) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 24; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 35.

(64) OLAZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, p. 166.

(65) Así, como múltiple doctrina jurisprudencial: NAKAZAKI SERVIGÓN, César, "Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú", p. 789 ss.

del cargo público, sino que exista la posibilidad de que dicho ejercicio tenga lugar.

El sector de la doctrina penal nacional que propone la efectiva vigencia del concepto anticipado de funcionario público en nuestro ordenamiento penal sostiene que al amparo del contenido del artículo 55° constitucional la Convención Interamericana contra la Corrupción forma parte del derecho nacional y, por lo tanto, sus desarrollos pueden complementar la cláusula abierta del párrafo 6° del artículo 425° del Código penal⁽⁶⁶⁾.

Es correcta entonces la distinción hecha por NAKAZAKI SERVIGÓN entre la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al derecho interno peruano y la aplicabilidad de la misma.⁽⁶⁷⁾

La incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al derecho interno nacional se produce a partir de su aprobación (Resolución Legislativa N° 26757, del 13 de marzo de 1997), su ratificación (Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 24 de marzo de 1997) y su entrada en vigor (Oficio RE GAC B° 0-4-A/0316c.a., a partir del 4 de julio de 1997), en tanto que la aplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción requiere, conforme al mandato establecido en el artículo 56 constitucional, de medidas legislativas que instrumentalicen su ejecución⁽⁶⁸⁾.

Trasladando el parecer de SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA queda claro que la eficacia absoluta e inmediata de los contenidos de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su traslado instantáneo al Código Penal no es defendible⁽⁶⁹⁾, pues aunque en vir-

⁽⁶⁶⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 57; ROJAS VARGAS, Fidel, "El concepto penal anticipado de funcionario público en la lucha contra la corrupción funcional: A propósito del adelantamiento de punición", en: El mismo. *Estudios de Derecho penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 239.

⁽⁶⁷⁾ NAKAZAKI SERVIGÓN, César, "La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna", en: *Advocatus*, N° 9, p. 268, Lima, 2003.

⁽⁶⁸⁾ Es justamente esa carencia de *self executing* la que obligó al Congreso de la República ha aprobarla; en ese sentido y con gran detalle: NAKAZAKI SERVIGÓN, César, "La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna", p. 271. En sentido similar, Carlos Manfroni, quien alude a las *consecuencias verdaderamente revolucionarias* del artículo I, las cuales asociada a la obligación de adoptar las medidas legislativas previstas en el artículo VI de la Convención: MANFRONI, Carlos, *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 40.

⁽⁶⁹⁾ Así, comentando el delito de tráfico de influencias: SAN MARTÍN, César/ CARO CORIA, Dino Carlos/ REAÑO PESCHIERA, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 53, Jurista, Lima, 2002.

tud a los términos del artículo 55° constitucional posea rango de ley, dicho dispositivo no ubica a la Convención Interamericana contra la Corrupción en una posición de preferencia normativa respecto al Estatuto Penal. Incluso, la posible utilidad interpretativa de la Convención Interamericana contra la Corrupción que proponen SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA⁽⁷⁰⁾ se encuentra sujeta a los estrictos límites que presupone el principio de legalidad penal⁽⁷¹⁾.

c. La distinción entre “funcionario público” y “servidor público”.

La Ley N° 28175 –Ley Marco del Empleo Público– en sus artículos 4°, numeral 1°; y 4°, numeral 3°, alude respectivamente al concepto de “funcionario público” y “servidor público”, con lo cual parece reconocer una diferencia conceptual entre uno y otro término⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ SAN MARTÍN, César/ CARO CORIA, Dino Carlos/ REAÑO PESCHIERA, José, Op. Cit., p. 54.

⁽⁷¹⁾ Similar: NAKAZAKI SERVIGÓN, César, ¿Existe en la Convención Interamericana contra la Corrupción el concepto anticipado de funcionario público?, en: Reyna Alfaro, Luis (Coord.). *Libro Homenaje por el XXV Aniversario de la Fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Fondo Editorial UIGV, Lima, 2007, p. 361.

⁽⁷²⁾ Artículo 4.- Clasificación: El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción.

3. Servidor público.- Se clasifica en: a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conformar un grupo ocupacional. c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conformar un

Para el Derecho administrativo, la expresión *funcionario público*, en sentido estricto, comprende únicamente a quienes tienen funciones directivas y/o resolutivas, en contraposición al agente estatal que cumple funciones ejecutivas, a quien se le conoce como servidor público⁽⁷³⁾. Sin embargo, la doctrina más actual del derecho administrativo reconoce las deficiencias de dicha distinción.

En efecto, si la distinción entre “funcionario público” y “servidor público” se sustenta en la potestad decisoria de uno y su ausencia en otro; la misma pierde sentido en un contexto en que no existen más agentes públicos que tengan exclusiva capacidad decisoria ni existen quienes tengan exclusivamente funciones ejecutivas; por esa razón destaca la doctrina la carencia de sustento jurídico y material en una distinción de este tipo⁽⁷⁴⁾.

A esto debe agregarse el cambio terminológico producido en sede constitucional. El artículo 39° de la Constitución política de 1993 utiliza el término “trabajador público”, a diferencia de los artículos 58° y 60° de la Constitución Política de 1979, que usaban el término “servidor público” utilizado por el artículo 425 del Código Penal.

Por todas estas razones se entiende la crítica hecha por la doctrina del derecho administrativo y del derecho penal a la desprolija utilización de términos como “funcionario público”, “trabajador público” o “empleado público” que ha producido a nivel legislativo una confusión generalizada de sus contenidos⁽⁷⁵⁾.

grupo ocupacional. d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conformen un grupo ocupacional.

(73) CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho administrativo*, p. 286, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979; PATRÓN FAURA, Pedro & PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*, pp. 159-160, octava edición, Grijley, Lima, 2004; en doctrina penal, similar: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 20; DAYENOFF, David Elbio, *Código penal de la Nación Argentina anotado con Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 157.

(74) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, séptima edición y primera edición peruana, Fundación de Derecho Administrativo-Ara Editores, Lima, 2003, p. 1-XIII.

(75) ARÓSTEGUI HIRANO, José, “Artículo 39”, en: Gutiérrez, Walter (Director), *La Constitución comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 656; MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Artículo 40”, en: Gutiérrez, Walter (Director), *La Constitución comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 664; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, p. 41.

Intentando dar una respuesta a la cuestión no debo sino coincidir con ABANTO VÁSQUEZ⁽⁷⁶⁾ respecto a la inutilidad práctica de la distinción funcionario público –servidor público– trabajador público. Es que aunque la redacción de los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal peruano suelen establecer aparentes diferencias a nivel de autoría al utilizar los términos *funcionario público* o al *servidor público*, lo cual daría cuenta de una diferencia legislativa entre ambos conceptos; lo cierto es que el contenido del artículo 425° del Código penal esclarece cualquier duda al tratarlos como sinónimos.

En ese mismo sentido, el artículo 4° de la Ley N° 27815 –Ley del Código de Ética de la Función Pública– también equipara los términos funcionario público-servidor público al señalar que: *“Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.”* Y, asimismo, en concordancia con el numeral 3° del artículo 425° del Código Penal indica que: *“(…) no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto”*.

⁽⁷⁶⁾ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Op. Cit., pp. 36-37; similar: Parma, Carlos, *Código penal de la Nación Argentina Comentado*, tomo I, Mediterránea, Córdoba, 2005, pp. 305-306; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis & OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Op. Cit., pp. 122-123.

LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS*

Raúl Pariona Arana
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

SUMARIO:

I. Preliminares. II. El problema. III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del Derecho Penal. IV. Los delitos de infracción de deber. Concepción personal. V. La consolidación de un nuevo concepto de autor. VI. Consideraciones finales.

I. PRELIMINARES

§ 1. La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por *Claus Roxin* hace cuarenta y tres años y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.

* Abreviaturas utilizadas: AT: Allgemeiner Teil; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán); BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema de la República Federal Alemana); CP: Código penal peruano; FS: Festschrift; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

En la ciencia penal alemana, el ulterior desarrollo de la teoría se debe, además de las anotaciones puntuales o breves comentarios observados en la literatura penal, básicamente a dos tesis doctorales que han abordado el tema. La primera de ellas pertenece a *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*⁽¹⁾, discípulo de *Günther Jakobs*, quien en un excelente trabajo titulado "*Pflichtdelikt und Beteiligung*" realiza una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber a partir de una perspectiva normativista pura. El segundo trabajo es mi tesis doctoral⁽²⁾ titulada "*Täterschaft und Pflichtverletzung*" realizada bajo la tutoría de mi maestro *Claus Roxin*. Mi objetivo fue realizar una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber desde una perspectiva funcional materialista.

- § 2. En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos.

El presente trabajo no pretende agotar la exposición y discusión de todos los tópicos de la teoría —el espacio asignado resulta insuficiente para esta empresa—. Mi objetivo es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber.

II. EL PROBLEMA

- § 3. La problemática en torno a la teoría de los delitos de infracción de deber está estrictamente vinculada a la *determinación y delimitación* de las formas de intervención en los delitos cuya estructura típica presupone un deber especial en el autor; por ejemplo, el delito de administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo (art. 213-A CP), los delitos cometidos por funcionarios públicos (art. 387 y ss., art. 393 y ss. CP) o los delitos de omisión. La cuestión puede ser planteada del siguiente modo: ¿cómo distinguir entre autores y partícipes en este tipo de delitos? La respuesta supone el hallazgo y la fundamentación de un criterio que

(1) Ver SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung-Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín (Alemania) 1999.

(2) Ver PARIONA, *Täterschaft und Pflichtverletzung-Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs und Unterlassungsdelikten*, Baden-Baden (Alemania) 2010.

permita identificar al autor del suceso delictivo y trazar una línea demarcatoria entre autores y partícipes en los tipos penales que presuponen (normativamente) un deber jurídico especial para el autor (distinto al deber general que compete a todos los ciudadanos).

Abordar este problema es mucho más difícil en aquellos casos donde existe una intervención conjunta de personas especialmente obligadas (*intranei*) y personas no obligadas (*extranei*). En este ámbito, la problemática del agente doloso no cualificado es especialmente relevante, como ya lo observaron Merke⁽³⁾ en 1889 y Nagler⁽⁴⁾ en 1903. Aquí, resulta paradigmática la cuestión referida a la delimitación entre autores y partícipes en los delitos de corrupción de funcionarios públicos.

Por ejemplo, cuando un juez que conoce una causa pide a su amigo (no funcionario) que solicite una dádiva a una de las partes para favorecerlo en la sentencia. Ocurre lo mismo en los delitos que suponen una especial confianza para la gestión de un patrimonio, como el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo (art. 213-A del CP) o la apropiación ilícita (art. 190 del CP). Aquí, puede citarse como ejemplo el caso en el que el administrador del patrimonio solicita a un tercero que se apropie del patrimonio para luego repartirse el botín. En Alemania, actualmente esta discusión se presenta sobre todo en la solución de los problemas de autoría y participación en el delito de administración infiel del § 266 StGB, en el caso del administrador de un patrimonio (*intraneus*) quien instiga a un particular no cualificado (*extraneus*) a la apropiación del patrimonio confiado a él.

- § 4. En estos casos, ha sido siempre problemático distinguir entre autores y partícipes. La autoría del *intraneus* no es evidente, pues éste no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que este no tiene la cualificación exigida para la autoría. En la doctrina, el pensamiento *monista* basado en la *teoría del dominio del hecho* no ha ofrecido hasta ahora una solución convincente. Por el contrario, una aplicación consecuente de sus postulados no solo lleva a la impunidad del “hombre de atrás” *intraneus*, sino también a la del “hombre de adelante” *extraneus*. El *intraneus* no podría ser autor porque en los casos descritos carece de un dominio real del hecho. Así, por ejemplo, en el caso del juez cohechador planteado *supra*, el dominio del evento criminal lo tiene más bien el *extraneus* que solicita la dádiva o,

(3) MERKEL, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, p. 141.

(4) NAGLER, Die Teilnahme am Sonderverbrechen-Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, p. 69 s.

en el caso del delito de administración infiel, el agente no cualificado que sustrae los bienes de la masa patrimonial que el "factor fiduciario" ("administrador") tiene bajo su cuidado. Pero, de la impunidad del *intraneus* no puede derivarse, sin más, la autoría del *extraneus*, pues para esto sería necesaria la especial cualificación exigida por el tipo penal. Incluso un intento menos pretencioso como es el de responsabilizar al *extraneus* a título de cómplice, está destinado al fracaso desde que el principio de accesoriedad impone como condición para la relevancia punible de la participación, la existencia de una autoría, que es precisamente lo que aquí no existe. ¡Los resultados de la teoría del dominio del hecho en el tratamiento de la problemática de la autoría y participación en delitos cuya estructura típica supone deberes especiales para el autor son dogmáticamente inaceptables!

- § 5. Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que esta problemática encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de aquella, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante *extraneus* es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho.

De aquello se puede concluir correctamente que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica "a través de otro" infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el "dominio del hecho", el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo. Este planteamiento, que aquí se señala resumidamente, es la contribución más importante de la teoría de los delitos de infracción de deber a la ciencia del Derecho Penal: haber ofrecido una solución clara para este "eterno" e "irresoluble" problema.

III. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

- § 6. La teoría de los delitos de infracción de deber fue creada por *Claus Roxin*. En 1963, en su libro "Autoría y dominio del hecho", él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963. El trabajo ha alcanzado una octava edición (2006).

Según la concepción de *Roxin*, el autor es la figura central en la realización de la acción típica. El partícipe es, en cambio, solo una figura accesoria que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo. Aquí, el concepto de "figura central" se concretiza en tres criterios diferentes: En primer lugar, en el "dominio del hecho", que es el criterio decisivo para la autoría en la mayoría de los delitos. Autor del delito será aquí quien *domina* el evento que lleva a la realización del delito; si bien el partícipe interviene (e influye) en el suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito (*delitos de dominio*). En segundo lugar, en la "ejecución de propia mano". La legislación penal ha previsto delitos en los que solo puede tenerse como figura central de la realización del delito a quien realiza el tipo penal de propia mano; luego, aquí el elemento decisivo es la intervención directa en la realización material del delito (*delitos de propia mano*). Finalmente —repárese en esto— el concepto superior de "figura central" se concretiza en el criterio de la "infracción del deber". En la ley penal existe un tercer grupo de delitos, cuya autoría solo puede recaer en quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas (*delitos de infracción de deber*)⁽⁶⁾.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin*, la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesiona el deber especial previo al tipo y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado⁽⁷⁾. Así, por ejemplo, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el resultado típico previsto por el § 348, párrafo 1 del StGB, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente un cómplice del autor, pues aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del dominio del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ ROXIN, (nota 5) p. 352 ss.; el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 17; el mismo, AT II § 25, n. m. 14.

⁽⁷⁾ Cfr. ROXIN, AT II § 25, n. m. 268.

⁽⁸⁾ ROXIN, (nota 5) p. 361; el mismo, AT II § 25, n. m. 271 ss.

La característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin* es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial. Según su opinión, lo que fundamenta la autoría *no es el deber general* que surge del tipo penal, cuya "infracción provoca la sanción prevista en el tipo"⁽⁹⁾, sino un *deber especial* que no recae en todas las personas. Para *Roxin*, este es un deber *extrapenal*. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho Público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil). En ese sentido, los "especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central del evento y con ello como autor"⁽¹⁰⁾.

§ 7. En la dogmática del Derecho Penal la teoría de los delitos de infracción de deber se ha posicionado y hoy es objeto de intensa discusión. Un amplio sector de la doctrina la ha asumido y, en parte, ha continuado desarrollándola. Particular es el caso de *Jakobs* quien ha asumido la teoría integrándola a su propio sistema⁽¹¹⁾ bajo una concepción normativa pura del Derecho Penal. En esta misma línea, *Sánchez-Vera*, discípulo de *Jakobs*, ha logrado sistematizar una concepción normativa pura de los delitos de infracción de deber en una obra dedicada al tema. Sin embargo, los postulados dogmáticos y las consecuencias prácticas de esta corriente normativa son muy discutibles. De los aspectos críticos de esta concepción normativa, en el presente trabajo solo pondré de relieve el siguiente: La perspectiva metodológica de considerar la teoría de los delitos de infracción de deber como una teoría de la imputación del injusto y no como una teoría cuyo objetivo es solucionar los problemas de autoría y participación, es criticable. No es posible sostener —como veremos más adelante— que la infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal.

§ 8. En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, en la actualidad aún exis-

⁽⁹⁾ ROXIN, (nota 5) p. 354; LK-Roxin § 25, n. m. 37.

⁽¹⁰⁾ ROXIN, (nota 5) p. 354.

⁽¹¹⁾ Cfr. JAKOBS, AT, 21/116, 119; *El Mismo*, Tun und Unterlassen, p. 31, nota 72. El desarrollo teórico que lleva adelante JAKOBS va en una dirección distinta a la de ROXIN; ello es subrayado por sus discípulos *Lesch*, GA 1994, p. 126; *El Mismo*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, p. 130, 131 y *Sánchez-Vera*, (nota 1) p. 29 ss., 34 ss.

ten algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal⁽¹²⁾. Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal.

IV. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER. CONCEPCIÓN PERSONAL

§ 9. En razón al espacio concedido, en la presente contribución no trataré toda la problemática de la teoría de los delitos de infracción de deber. Esta tarea ya ha sido acometida en un trabajo anterior al cual remito para mayores detalles⁽¹³⁾. El objetivo de la presente contribución es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber, pues recién desde un punto de vista propio se puede valorar correctamente la problemática, premisas y alcances de la teoría y sus consecuencias dogmáticas. Como a continuación se verá, la fundamentación de mi concepción se basa en dos ideas.

1. La infracción del deber especial como criterio de la *autoría*

§ 10. La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: *la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto*. En tal sentido, la infracción del deber constituye el *criterio* dogmático por excelencia para determinar y delimitar la *autoría* en los delitos que suponen la existencia de un deber especial⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, entre los partidarios de la teoría existen algunas voces discrepantes que defienden la tesis de que la infracción del deber no solo fundamenta la autoría, sino también el injusto, esto es, que constituye la razón de la punición del comportamiento⁽¹⁵⁾. Esta es la postura defendida por *Jakobs* y algunos de sus discípulos. Para esta corriente doctrinaria la inobservancia de los deberes especiales (deberes en virtud de competencia institucional) sería el fundamento de la responsabilidad penal.

⁽¹²⁾ LK-SCHÜNEMANN, § 14, n. ma. 17.

⁽¹³⁾ Al respecto, en detalle PARIONA (nota 2) p. 17 ss.

⁽¹⁴⁾ Este postulado se basa en la opinión original de ROXIN, según la cual la infracción del deber sería criterio de autoría, cfr. ROXIN (nota 5) p. 385; p. 739, nota 752.

⁽¹⁵⁾ En este sentido SÁNCHEZ-VERA, (nota 1) p. 180 ss., quien ha hecho de esta conclusión la base de su concepción. Cfr. también JAKOBS, AT 2/2.

Para esta concepción, la razón de la imputación sería la infracción de deber, la que llevaría consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una “*institución*” positiva fundamentaría siempre la punibilidad del autor⁽¹⁶⁾. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal.

§ 11. La concepción de esta corriente doctrinaria no convence porque funde dos planos analíticos distintos lo que trae como consecuencia un resultado nada trivial: la puesta en cuestión del orden sistemático. En efecto, se confunde la teoría de la autoría y la participación, cuyo objetivo es la búsqueda del *criterio* o *criterios* que permitan determinar y delimitar las distintas formas de intervención en el delito, con la teoría del injusto, que tiene por finalidad determinar el *fundamento* general de la imputación jurídico-penal.

En la discusión dogmática, la “infracción del deber” surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como *criterio* para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la “teoría de los delitos de infracción de deber” es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

Pero, incluso en el propio ámbito de la teoría del injusto, la concepción de la infracción del deber como fundamento del injusto no puede ser compartida. La punibilidad no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber porque aquella requiere también un contenido material definido por la afectación del bien jurídico protegido por la norma. Entonces, el fundamento de punición no solo radica en la infracción de un mandato normativo, sino también –y necesariamente– en la realización de un daño social. Por consiguiente, todo injusto penal presupone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, el prevaricato tiene que ser entendido –contrariamente a la concepción de *Jakobs*⁽¹⁷⁾– no como simple infracción del deber, sino también como afectación del bien jurídico administración de justicia⁽¹⁸⁾.

(16) SÁNCHEZ-VERA, (nota 1) p. 199.

(17) JAKOBS FS JAKOBS, 2003 (Bogotá), 43.

(18) ROXIN, AT I § 2, n. m. 113.

2. El deber que fundamenta la autoría es un deber *penal* especial

§ 12. La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: *los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal*. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la "doctrina de la autonomía del Derecho Penal en la formación de conceptos" para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber, el criterio para la determinación y delimitación de las formas de participación es la infracción del deber. Cada delito de esta clase supone en el agente un deber especial cuya infracción precisamente permite atribuirle el delito como autor. Sin embargo, este deber no puede confundirse con el deber general contenido en cada tipo penal, esto es, con el deber de "no cometer delitos" y con el de "no afectar ningún bien jurídico ajeno". No se trata, por consiguiente, de aquel deber cuya infracción constituye el fundamento de la punición (conjuntamente con la afectación del bien jurídico), sino más bien de otro deber; un deber especial contenido en determinados tipos penales y cuya utilidad dogmática es relevante en el ámbito de la autoría y la participación.

Desde el surgimiento de los delitos de infracción de deber, *Roxin* ha considerado que estos deberes son *extrapenales*. Según su concepción, los deberes especiales no son aquellos que surgen de la norma penal (cuya inobservancia provoca la sanción prevista por el tipo), sino más bien deberes extrapenales como los deberes de función de Derecho Público o los de fidelidad del Derecho Civil, que son necesarios para la configuración típica⁽¹⁹⁾. Autor sería quien lesione el deber especial extrapenal que está detrás del tipo.

§ 13. La concepción de los delitos de infracción de deber defendida en el presente artículo, se aparta de la concepción de *Roxin*. En mi opinión, los deberes que fundamentan la autoría son *deberes penales*.

En consecuencia, debe subrayarse en primer lugar, que no se trata de deberes *extrajurídicos*. La autoría no puede fundamentarse en estructu-

⁽¹⁹⁾ ROXIN, (nota 5), p. 354 ss.; LK-ROXIN § 25, n. m. 37.

ras extrajurídicas, ya sean ontológicas, sociales, éticas o filosóficas⁽²⁰⁾. Eso no significa, por cierto, que los deberes no tengan como substrato tales entidades prejurídicas, pues los deberes son también una expresión de valores y representaciones sociales y éticas. Sin embargo, los deberes extrajurídicos carecen de un significado directo para la dogmática del Derecho Penal y solo adquieren relevancia con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico⁽²¹⁾.

Pero, la concepción aquí defendida también postula que los deberes especiales no pueden tener un carácter *extrapenal*. No pretendo negar el significado social de los deberes jurídicos de otros ámbitos jurídicos. Estos regulan (con consecuencias jurídicas) las relaciones entre una persona y un bien, pero de su infracción no se derivan consecuencias penales. Solo cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales es que adquieren relevancia para el Derecho Penal. Esto es así porque el Derecho Penal solo puede trabajar con conceptos penales.

Desde otra perspectiva, esto significa que los deberes especiales tienen como substrato una relación especial entre la persona y el bien jurídico; por ejemplo, la relación entre el administrador y el patrimonio que se le confía o la que existe entre el funcionario público y el Estado. Estas relaciones entre las personas y los bienes jurídicos son aseguradas de diversas maneras por el Derecho teniendo en cuenta el fin particular de cada ámbito jurídico. Así, por ejemplo, la protección del patrimonio se realiza de distintas maneras dependiendo de si es efectuada por el Derecho Civil o el Derecho Público. El primero tiene como objetivo la seguridad del tráfico jurídico; el segundo, la paz social. El aseguramiento de esta relación a través del Derecho Penal hace surgir deberes penales cuyo objetivo y contenido es la protección completa y amplia del bien⁽²²⁾, independientemente de consideraciones extrapenales.

⁽²⁰⁾ Los deberes éticos no fundamentan ningún deber jurídico-penal, cfr. VOGEL, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, p. 125; SK-Rudolphi § 13, n. m. 19; SAX JZ 1975, 139; Stratenwerth/Kuhlen AT I § 13 n. m. 37; Kühl § 18, n. m. 41; Sch/Sch/Stree § 13, n. m. 7; Wessels/Beulke AT § 16, n. m. 717. Según el BGH, los mandatos de buenas costumbres puros (rein sittlichen Gebote) no tienen relevancia jurídica-penal, BGHSt 7, 271; BGHSt 30, 393.

⁽²¹⁾ Cfr. STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 209 y ss.

⁽²²⁾ Los otros tienen solamente el deber de no dañar el bien. Los especialmente obligados, por el contrario, tienen un deber "especial" frente al bien, a saber, no solamente de no dañar el bien, sino también el deber de proteger el bien.

Por lo tanto, aquellos deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico, como por ejemplo la moral; o en un ámbito extrapeenal, como el Derecho Civil), tienen significado para el Derecho Penal únicamente cuando son sometidos a una “adecuación” a un concepto jurídico-penal, es decir, cuando son transformados. Consecuentemente, términos como “ley”, “cosa”, “daño”, “institución” tienen que ser adecuados a la Teoría del

Derecho Penal para que puedan constituirse en elementos del discurso penal, esto es, para que se conviertan en conceptos jurídico-penales⁽²³⁾.

§ 14. La autonomía en la formación de conceptos del Derecho Penal puede observarse claramente en el concepto de causalidad. Como ya se ha constatado, los conceptos de las ciencias naturales solo son obligatorios para el Derecho Penal cuando han experimentado una adaptación. Si bien el Derecho Penal puede servirse de los resultados de las ciencias naturales para la constatación de la causalidad, aquellas no pueden ofrecer soluciones predeterminadas y completas para las cuestiones penales, pues, por ejemplo, en el caso de la causalidad esta se presenta de modo distinto para el penalista y el físico⁽²⁴⁾.

También el concepto de “cosa” grafica claramente la referida autonomía. ¿Debe regir completamente para el Derecho Penal el concepto de “cosa” del Derecho Civil, esto es, con su contenido y significado original? En mi opinión, una solución dogmáticamente correcta debe llevar a la conclusión de que el Derecho Penal debe seguir sus propios conceptos y, consecuentemente, debe elaborar una propia definición de “cosa”: “Lo que se debe entender por cosa y cosa corporal, solo lo puede decidir la interpretación de la ley penal”, y esto ocurre “independientemente de las definiciones de cosa en el ordenamiento jurídico de derecho privado”⁽²⁵⁾. Por ejemplo, la doctrina considera unánimemente la lesión en la integridad corporal de un animal como un delito de daños. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Civil los animales no son cosas (§ 90a BGB). Pero, muy a pesar de esto, el Derecho Penal considera a los animales como “cosas” y, por ello, subsume las lesiones que se les ocasionan en el tipo penal de daños (§ 303 StGB)⁽²⁶⁾.

(23) Cfr. FAHL *Jura* 2005, 274; GRAUL, *JuS* 2000, 215; GROPP, *JuS* 99, 1041; KÜPER, *JZ* 1993, 435; SCHLÜCHTER *JuS* 1993, 19.

(24) PUPPE, *ZStW* 92 (1980), 864 s.

(25) *RGSt* 32, 165 (179).

(26) El tratamiento de los animales como cosas no se apoya en el pensamiento de que aquí existe (excepcionalmente) una analogía (NK-*Kindhäuser* § 242, n. m. 7); también la

Esta ostensible autonomía en la formación de los conceptos penales que había acompañado a la ciencia⁽²⁷⁾ fue reforzada y consolidada por el Tribunal del Imperio alemán en 1899 cuando señaló que los conceptos jurídico-penales “solo pueden ser extraídos de las *leyes penales* vigentes”⁽²⁸⁾. Esta doctrina es actualmente defendida también por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*). En reiterada jurisprudencia, el Tribunal señala expresamente que: “(...) no comparte la opinión, según la cual un deber de fidelidad penal se funda sobre una base de carácter jurídico-civil”, “en la jurisprudencia se reconoce que deberes u obligaciones de carácter civil no fundamentan una relación de fidelidad en el sentido del § 266 StGB”, pues “no es objetivo de esta prescripción normativa sancionar con pena por el *delito de infidelidad* la infracción de deberes u obligaciones de prestaciones o contraprestación que se basan en la buena fe”⁽²⁹⁾.

- § 15. La autonomía de los conceptos jurídicopenales se puede constatar también en el marco de la discusión acerca de la fundamentación de los deberes de garante en el ámbito de los delitos de omisión. Según la concepción aquí defendida, los deberes extrapenales no pueden fundamentar deberes de garante. Los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal. La lesión de deberes extrapenales no genera sin más consecuencias penales⁽³⁰⁾. Así, por ejemplo, no es lógico ni defendible que una niñera que infringe su deber de supervisión y no impide con ello la muerte del niño cuyo cuidado le ha sido confiado, deba permanecer exenta de

prescripción *jurídico-civil* del § 90a BGB es aquí irrelevante (Cfr. LACKNER/KÜHL § 242, n. m. 2), pues el Derecho Penal construye sus propios conceptos, cfr. además FAHL Jura 2005, 274. KÜPER, BT, p. 255, anota además: Según el Código Civil, los animales no son cosas. Sin embargo en el Derecho penal se ha impuesto la concepción según la cual los animales como “objetos corporales” son cosas: Autonomía del concepto de cosa penal; Validez del § 90a BGB solo para el Derecho Civil.

(27) Cfr. solo FAUST, ZUR möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden, 2006, p. 68; STRATENWERTH/KUHLEN, AT I § 13, n. m. 22; FAHL Jura 2005, 274; Dießner Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung, 2008, p. 213; Gropp JuS 99, 1041; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 336; Nikolaus, JA 2005, 609.

(28) RGSt 32, 165 (179).

(29) BGHSt 28, 23. Ferner BGHSt 1, 186 (188); BGHSt 22, 190 (191); BGHSt 5, 187; BGHSt 6, 314 (317).

(30) GRÜNEWALD, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, p. 124 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT I § 13, n. m. 24; NK-Wohlers § 13, n. m. 31; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, 532 ss.; LK-Weigend § 13, n. m. 21; WESSELS/BEULKE, AT § 17, n. marg. 717; Sangenstedt Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, p. 181 y ss.

castigo solamente porque el contrato firmado entre ella y los padres mediante el cual asumió el cuidado del niño fue declarado civilmente nulo por razones formales⁽³¹⁾. Esta solución sería defendible solo si la fundamentación de la autoría considerara también los deberes especiales existentes fuera del Derecho penal.

Sin embargo, para la fundamentación de la autoría en el ámbito del Derecho penal, no son vinculantes los deberes extrapenales. Esto quiere decir que para la determinación de un deber especial que fundamente la autoría es necesario una formación autónoma de conceptos, a saber, una formación de conceptos penales. Así, las contingencias que provengan de otros ámbitos jurídicos, no afectarán las especiales finalidades del Derecho Penal. Esto se puede observar claramente en el ejemplo de la niñera, visto desde la perspectiva aquí planteada, la nulidad del contrato civil mencionado no afectará la responsabilidad penal de la persona que tiene a cargo el cuidado del niño. La niñera tiene un deber especial penal de cuidado, de impedir resultados dañinos para el bien jurídico, en suma, tiene una posición de garante. Los deberes jurídico-civiles se basan en especiales consideraciones de política social o política económica y por ello no pueden ser trasladados automáticamente hacia el Derecho Penal⁽³²⁾.

- § 16. Sobre la base de lo expuesto puede concluirse preliminarmente que el Derecho Penal es autónomo en la elaboración conceptual de los deberes especiales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos (donde se incluyen los deberes) no vinculan directamente al Derecho Penal, cuando no se han adecuado a su contenido y sentido. Los deberes penales (entre los que se encuentran los que fundamentan la autoría) solo pueden ser extraídos de las prescripciones penales. Esto también resulta válido para los delitos de omisión. De esto se sigue que los deberes de evitación del resultado son deberes penales, pues la infracción de deberes u obligaciones de carácter civil no basta para la imposición de consecuencias penales. Para la determinación de deberes jurídico-civiles puede ser relevante la seguridad jurídica civil o el tráfico jurídico; sin embargo, para el Derecho Penal esto permanece fuera

⁽³¹⁾ NK-WOHLERS § 13, n. m. 31; LK-Weigend § 13, n. m. 21. *Ferner Böhm* Garantenpflichten aus familiären Beziehungen – Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, 2006, p. 51 ss.; *Seibert* Die Garantenpflichten beim Betrug, 2007, p. 123 ss.

⁽³²⁾ GRÜNEWALD (nota 30) p. 124 ss.; *DIESSNER* (nota 27) p. 213; v. *COELLN*, Das "echtliche Entstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt – Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen, 2007, p. 90; *FAUST* (nota 27) p. 68.

de su ámbito de consideración⁽³³⁾. Por consiguiente, los deberes jurídicos de otros ámbitos de regulación no se extienden automáticamente al Derecho Penal⁽³⁴⁾. Antes bien, solo los deberes jurídicopenales, es decir, aquellos que emergen de la interpretación de prescripciones penales, poseen relevancia penal. En consecuencia, tanto aquellos deberes que fundamentan la punibilidad (junto con la afectación del bien jurídico), como aquellos que determinan la autoría (más exactamente, aquellos cuya infracción no fundamenta la punibilidad sino la autoría) son de naturaleza penal.

V. LA CONSOLIDACIÓN DE UN NUEVO CONCEPTO DE AUTOR

§ 17. El desarrollo de una teoría de los delitos de infracción de deber sobre la base de estas dos ideas expuestas ayuda a plasmar un modelo teórico coherente y consistente. En adelante, deberá entenderse a *los delitos de infracción de deber como aquellos en los cuales la fi gura central del evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal*. Consecuentemente, el *criterio* para la determinación y delimitación de la autoría y participación en estos delitos será *la infracción del deber especial de carácter penal*. Autor será quien infringe el deber especial penal, participe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Mi concepción de los delitos de infracción de deber trae consigo un nuevo concepto de autor, el cual contribuye decisivamente a la explicación dogmática de la cuestión de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los tipos que presuponen una posición de deber del autor (delitos de infracción de deber). En el caso del juez que encarga a un tercero solicitar una ventaja económica a una de las partes que intervienen en el proceso para favorecerla con su decisión, no es el juez, sino más bien el tercero quien tiene el dominio del hecho del evento delictivo, pues solo este tiene en sus manos la manera en la que realizará el pedido, sea a través de una conversación personal con el litigante, por medio de una carta, por teléfono o de otra manera. Igualmente, también el desplazamiento del patrimonio está solo en sus manos. Sin embargo, pese a ello, el tercero no puede ser autor del delito cometido (corrupción según el art. 393 CP, § 332 StGB), pues a pesar de tener el dominio del hecho, carece del deber especial de carácter penal –deber de garantizar

⁽³³⁾ FAUST, (nota 27), p. 68; Stratenwerth/Kuhlen AT I § 13, n. m. 22.

⁽³⁴⁾ HERZBERG, (nota 27), p. 336. Además Nikolaus JA 2005, 609; Dießner (nota 27) p. 213.

la corrección del ejercicio de las funciones y con eso su protección frente a la venta de la función pública y a la venalidad de los empleados⁽³⁵⁾— y por consiguiente, no lo puede lesionar. Por el contrario, que el juez carezca del dominio del hecho no lo exime de ser la figura central del evento criminal, pues él, poseedor de un deber especial, lo ha infringido.

Por lo tanto, en el ejemplo planteado, el juez es el autor por haber infringido su deber especial de carácter penal y el tercero es solo un cómplice.

1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber

§ 18. El ejemplo planteado *supra* confirma que para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber no se necesita recurrir más al dominio del hecho. La autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial. A pesar de que el juez no tiene el dominio del hecho, solo él es el autor, pues él infringe el deber especial de carácter penal; el tercero, por el contrario, es solo un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial.

Pero los casos de intervención de los especialmente obligados no se limitan únicamente a una intervención sin dominio del hecho. Se observa también grupos de casos en los cuales el especialmente obligado actúa dominando el hecho criminal e infringiendo su deber especial. Basta mencionar como ejemplo el caso del administrador del patrimonio que conjuntamente con un *extraneus* afecta el patrimonio confiado, perpetrando una apropiación conjunta (activa) de este (art. 213-A CP, § 266 StGB). Aquí, el obligado especial no solo tiene el (co)dominio del evento delictivo, sino que al mismo tiempo infringe también el deber legal especial que recae sobre él. Pero, también en este caso la autoría es fundamentada únicamente por la infracción del deber. También aquí, el administrador del patrimonio, como poseedor del deber especial, es autor y el *extraneus*, un simple cómplice. Luego, la consecuencia del nuevo concepto de autor es que para la determinación de la autoría en estos delitos solo es relevante el criterio de la infracción del deber. No es relevante en modo alguno si el obligado especial tiene el dominio del hecho o no.

⁽³⁵⁾ Cfr. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD BT II § 79, n. marg. 9; GÖSSEL/DÖLLING, BT I § 75, n. m. 1 ss., 20 ss.; MKKorte § 332, n. m. 2 ss.; ARZT/WEBER BT § 49, n. m. 1 ss., 16 ss.

2. La irrelevancia de la forma de comisión

§ 19. La consolidación de la "infracción del deber especial de carácter jurídico-penal" como nuevo criterio para la determinación de la autoría, trae como consecuencia que la forma de ejecución del hecho pierda significado. Por ejemplo, el policía competente para el cuidado de un prisionero será siempre el autor, sin importar si es el mismo quien lesiona al prisionero o si solo mira pasivamente cómo lo hace otro. La falta de relevancia en la forma en que se perpetra el delito es reconocida en la literatura como un elemento importante de los delitos de infracción de deber⁽³⁶⁾. Se ha subrayado que si esto fuera llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a la desaparición de la vieja diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión construida sobre criterios ontológicos y daría lugar a una nueva distinción entre delitos de acción y delitos de infracción de deber (*Handlungs und Pflichtdelikten*) que, en sentido amplio, se basaría en criterios normativos⁽³⁷⁾.

3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

§ 20. Asimismo, del nuevo concepto de autor se puede extraer otra conclusión: los "delitos de infracción de deber" son distintos de los "delitos especiales"⁽³⁸⁾. Se trata de dos categorías conceptuales diferentes, que se ubican en planos distintos y que surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos, a saber, "delitos comunes/delitos especiales" y "delitos de dominio/delitos de infracción de deber". Si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes.

Los "delitos de infracción de deber" suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección del bien jurídico. Ejemplos de delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano son los delitos de "Administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo" (art. 213-A CP),

(36) Sch/Sch/Cramer/Heine § 25, n. marg. 5 78; Volk FS Tröndle, 1989, 224; Jakobs AT 7/70; Witteck *Der Betreiber im Umweltstrafrecht—Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten*, 2004, p. 99; Sánchez-Vera (nota 1) p. 150; Lesch (nota 11) p. 131 ss.

(37) Witteck (nota 36) p. 99; Dreher, GA 1971, 218.

(38) La diferencia entre "delitos de infracción de deber" y "delitos especiales" es puesta de relieve en la doctrina, si bien no siempre con el mismo fundamento y no siempre con el mismo ámbito de validez, cfr. Roxin (nota 5) pp. 353, 354; Jakobs AT 23/24, 23/25. En la misma dirección también Witteck (nota 36) pp. 100, 101; Sánchez-Vera (nota 1) pp. 36, 37.

cohecho (art. 393 CP), apropiación ilícita (art. 190 CP). Los delitos de infracción de deber son definidos en función del deber especial del autor y a la función que cumple este deber en la determinación y delimitación de la autoría y la participación. Precisamente, “la infracción del deber especial” constituye el *criterio* que permite determinar la autoría. Así, por ejemplo, la infracción del deber de fidelidad en la administración de patrimonio fideicometido del art. 213-A CP es el *criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe, en caso de intervención de varias personas en este delito. Autor será únicamente quien posea e infrinja este deber especial, todos aquellos que intervengan en el evento delictivo sin poseer este deber especial serán solo cómplices. En el Derecho alemán, ejemplos de delitos de infracción de deber son la infidelidad (§ 266 StGB) y corrupción (§ 332 StGB), pues la autoría en estos tipos penales presupone un deber especial del agente cuya infracción fundamenta la autoría.

En cambio, en los “delitos especiales”, el autor no es necesariamente portador de un deber especial. Ejemplo de un delito especial que no contiene deber especial es el delito de “amotinamiento” previsto en el art. 415 CP. Lo que identifica a los delitos especiales es el *elemento típico especial* que caracteriza a la persona del autor. La función que cumple este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de posibles autores⁽³⁹⁾. Por ejemplo, el elemento “detenido o interno” previsto en el art. 415 CP, determina solo el círculo de posibles autores y, por consiguiente, los destinatarios de la norma; así solo aquellas personas que tengan la calidad de “detenido o interno” podrán entrar en consideración como posibles autores del tipo penal bajo análisis⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, este elemento en sí mismo *no constituye el criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe. Así, por ejemplo, en caso de intervención de varias per-

(39) Esto es reconocido en la doctrina, cfr. solo KRAATZ Die fahrlässige Mittäterschaft—Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, S. 206, quien aclara expresamente: Las exigencias que hacen el carácter de delito especial sirven solo a la delimitación de los posibles autores. Y Kemme Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstrafatbeständen des StGB, 2007, p. 484 f., quien señala que los delitos especiales delimitan el círculo de posibles autores.

(40) En Alemania, parte de la doctrina considera que el elemento “funcionario público” previsto en el § 332 StGB, determina el círculo de posibles autores, cfr. LK-Walter vor § 13, n. m. 58; Otto AT § 4, n. m. 18; Fischer § 331, n. m. 4. Además, señala Munz Haushalt-suntreue—Die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2001, p. 57 s., en relación al § 266 StGB: El tipo se caracteriza porque la cualidad del sujeto de la acción prevista en la ley “delimita el círculo de autores”.

sonas en el hecho delictivo, el elemento "detenido o interno" no permite determinar quién es el autor y quiénes los partícipes. No todos los "detenidos o internos" que intervengan serán considerados automáticamente autores, sino solamente aquellos que realizaron todos los elementos del tipo penal. En caso del 415 CP, solamente los detenidos que se amotinen atacando o ejerciendo violencia contra los custodios serán considerados autores. Aquel "detenido o interno" que intervenga en el hecho sin realizar estos actos contra los custodios será considerado solo un partícipe. ¡Esto confirma que el elemento típico que caracteriza a los delitos especiales *no cumple la función de criterio de determinación de la autoría!*

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico se puede observar que gran parte de los delitos especiales coinciden con los delitos de infracción del deber; esto sucede por ejemplo en el caso de los delitos de peculado (art. 387 CP) y cohecho (art. 393 CP). Estos son delitos especiales en la medida que el elemento "funcionario público" determina el círculo de posibles autores, es decir, solo los funcionarios públicos entrarán en consideración como autores. Pero también se tratan de delitos de infracción de deber, puesto que el tipo penal supone en el funcionario un deber especial (correcto ejercicio de la función pública) cuya infracción lo convierte en autor.

Se debe subrayar que esta coincidencia entre ambas categorías de delito es simplemente formal. Ambas categorías se diferencian materialmente, toda vez que ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los delitos especiales son definidos en función del elemento típico especial. En los delitos especiales, el elemento típico (p. ej. "funcionario público") no determina las formas de intervención. En cambio, los delitos de infracción de deber son definidos en función no del *elemento típico especial*, sino en función del *deber especial* cuya infracción lo convierte en autor. En este caso, la infracción del deber especial sí constituye el criterio que determina la autoría. Finalmente, de lo expuesto se puede concluir que los delitos especiales no son per se delitos de dominio. Dado el caso concreto podría presentarse que un delito especial sea a la vez un delito de dominio, pero no necesariamente, como hemos visto en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Se debe reparar más bien que se tratan de categorías distintas que en algunos casos, dada la especial configuración de cada ordenamiento jurídico, se pueden superponer.

4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial)

§ 21. Resulta oportuno aquí considerar la crítica⁽⁴¹⁾ según la cual no existiría ninguna diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, en tanto ambos grupos de delitos presuponen una infracción de la norma. En esta dirección se orienta la opinión de *Maurach/Gössel/Zipf*: las normas, con su pretensión de deber ser, fundamentan deberes de respeto a los bienes jurídicos, por eso cada infracción normativa sería al mismo tiempo una infracción de deber. Por consiguiente, los delitos, sin excepción, serían acciones contrarias a deber. Sobre la base de esta idea los referidos autores concluyen: “por eso, la diferencia entre delitos de dominio y de infracción de deber (*Roxin*) o entre delitos de organización y de infracción de deber (*Jakobs*) no puede ser aceptada –y menos aún pueden ser aceptadas las consecuencias extraídas de ella para la teoría de la autoría”⁽⁴²⁾—. En similar dirección se orienta también *Stein*⁽⁴³⁾, quien refiere que si el objetivo de las normas de comportamiento radica siempre –y exclusivamente– en la protección del bien jurídico, la “infracción del deber” no sería otra cosa que el ataque a un objeto concreto de dicho bien. Luego, la infracción del deber, que lleva consigo el *intraneus* de un delito especial, no podría distinguirse de la infracción del deber que comete el autor o partícipe de un delito común⁽⁴⁴⁾.

§ 22. La tesis de la “identidad de los deberes” debe ser rechazada, en tanto parte de premisas equivocadas. Si bien todo delito es expresión de infracción de una norma, y por tanto de un deber, sin embargo, no todos los deberes son iguales, ni están dirigidos a los mismos destinatarios. En el ordenamiento jurídico existen tipos penales de los cuales surgen deberes de respeto para los bienes jurídicos que están dirigidos –y por tanto vinculan– a todos los ciudadanos. Estos son los denominados *deberes generales*. Ejemplo de estos tipos penales son los contenidos en el art. 106 CP (homicidio), en el art. 188 CP (robo) y en el art. 196 CP (estafa). Pero en el ordenamiento jurídico también se puede observar tipos penales de los que surgen deberes de protección dirigidos no a todas las personas, sino solamente a determinados destinatarios que tienen una posición es-

⁽⁴¹⁾ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF AT II § 42, n. m. 10 s.; STEIN (nota 21) p. 210 f.; OTTO Jura 1987, 257.

⁽⁴²⁾ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF AT II § 42, n. m. 10 s.

⁽⁴³⁾ STEIN (nota 21) p. 210 s.

⁽⁴⁴⁾ STEIN (nota 21) p. 210, afirma incluso que tampoco se diferencia esta infracción de deber de la infracción de deber del partícipe externo en el delito especial.

pecial frente al bien jurídico, como el juez, el fiscal o el administrador de patrimonios ajenos, previstos en los tipos de los arts. 190, 213-A, 393, 395 CP, §§ 266 y 332 StGB. Estas personas tienen deberes especiales de protección integral de los bienes a los cuales están vinculadas jurídicamente. Son los denominados *deberes especiales*. Precisamente, en el presente trabajo he fundamentado la diferencia sustancial existente entre ambos tipos de deberes. En consecuencia, si los deberes que infringe el autor son de distinta naturaleza, estará legitimada la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

§ 23. El objetivo de la presente contribución fue exponer los fundamentos de mi propia concepción de los delitos de infracción de deber, la cual fue realizada sobre la base de dos ideas: La primera, que la infracción del deber especial *solo fundamenta la autoría* y no el injusto; la segunda, que estos deberes especiales son de carácter *penal*. De la primera idea se extrae que la concepción que deriva de la infracción del deber el fundamento de la imputación jurídico-penal, es decir, la razón de la punición (contenido del injusto), no es convincente. Incluso en el ámbito de la teoría del injusto, la punibilidad no se agota con la infracción de un deber, sino que ella requiere la afectación de un bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de la imputación jurídico-penal —el presupuesto material del injusto—, supone el concurso de ambos elementos. La segunda idea lleva a la conclusión de que los deberes que fundamentan la autoría no son deberes *extrajurídicos*, tampoco *extra-penales*, sino que se trata más bien de *deberes de naturaleza penal*, pues surgen de los tipos penales.

La conjunción de estas ideas se materializa en el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber que he efectuado y, con esto, en la fundación de un nuevo concepto de autor. En adelante, autor será quien infrinja el deber especial penal, en cambio, será partícipe quien intervenga en el hecho punible sin tener ese deber especial. Esta nueva expresión de la teoría de los delitos de infracción de deber contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos que presuponen deberes especiales.

REFLEXIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

M^a Ángeles Rueda Martín
Universidad de Zaragoza
España

SUMARIO:

I. Introducción. II. Los delitos contra la administración pública como delitos especiales. 1. Delitos comunes y delitos especiales. 2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración pública. 2.1. *La infracción de un deber jurídico*. 2.2. *La relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido*. 3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública. 3.1. *El dominio social como accesibilidad al bien jurídico*. 3.2. *La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal*. 3.3. *Las características de la acción típica de dominio social*. III. Sujetos activos que no ostentan el status formal de funcionario público o autoridad. 1. Supuestos de autoría de un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas expresamente tipificados. 2. Supuestos

* Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; AT: Allgemeiner Teil; CP: Código penal; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; EpenCr: Estudios penales y criminológicos; FS: Festschrift; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; LH: Libro Homenaje; LK: Leipziger Kommentar; ob. cit.: obra citada; PG: Parte General; RDPCr: Revista de Derecho Penal y Criminología; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch; Vol.: volumen; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

de autoría de un particular expresamente tipificados. 3. Supuestos de participación expresamente tipificados. IV. El partícipe extraneus en los delitos contra la administración pública cometidos por un intraneus. 1. La diferenciación en el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios 2. La atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial.

I. INTRODUCCIÓN

Una investigación sobre los delitos contra la Administración Pública regulados en el Título XIX⁽¹⁾ en los artículos 404 a 445 del Código penal de 1995 como prototipo de los delitos especiales⁽²⁾, requiere el tratamiento de las dificultades que plantea desde un punto de vista dogmático la participación en tales delitos⁽³⁾, lo cual se ha convertido, con carácter general, en un tema profundamente controvertido⁽⁴⁾. Los problemas fundamentales en torno a los delitos especiales se circunscriben a la teoría de la autoría y de la participación⁽⁵⁾. Por una parte, en el ámbito de la participación la mayor parte de

(1) Véanse en torno a esta rúbrica, a mero título de ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., pp. 921 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, pp. 77 y ss.; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1161 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, pp. 35 y ss.

Crítico OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Derecho penal, poderes públicos y negocios*. (Con especial referencia a los delitos de cohecho), LH-Torío López, 1999, pp. 866 y 867.

(2) Sobre los delitos contra la Administración Pública como delitos especiales, cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*. II, 6ª ed., pp. 118 y 119. También destacan la importancia del bloque de delitos de funcionarios en el estudio de los delitos especiales; cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 29; ALONSO ALAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 281; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., p. 926. En relación a los §§ 331 y ss. del StGB, JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214]; WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, p. 21; ROEDER, ZStW, 69, p. 252; JESCHECK, H. H., LK, 11ª ed., 1997, comentario previo al § 331, nº 10.

(3) MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN señalan que, en la actualidad, los problemas de participación en los delitos especiales se plantean casi exclusivamente con relación a los delitos contra la Administración pública cometidos por Autoridad o funcionario público; cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4ª ed., tirant lo blanch, 2000, p. 516.

(4) Cfr. con carácter general y no sólo circunscrito a los delitos contra la Administración pública, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 303.

(5) Cfr. LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, p. 462; ROXIN considera que la significación práctica de los delitos de infracción de un deber como fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en determinados delitos, reside ante todo

las cuestiones dudosas, como ha señalado Samson, «se pueden reconducir a la problemática de en qué modo se han de repartir los elementos del tipo de delito entre los autores principales y los partícipes, de qué elementos tiene que mostrar el partícipe y cuáles el autor principal»⁽⁶⁾. Por otra parte, se plantea el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial —propio o impropio— cometido por un *intraneus*, y en quien no concurren las condiciones personales exigidas en el autor. En nuestro ordenamiento jurídico penal, a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán⁽⁷⁾, no se resuelve esta cuestión de un modo expreso lo que nos obliga de *lege lata* a deducir la pena a imponer al partícipe *extraneus* del marco correspondiente al autor *intraneus*⁽⁸⁾. La situación que se deriva de una estricta aplicación de la ley penal ha sido calificada de “insatisfactoria”⁽⁹⁾, razón por la cual la doctrina ha propuesto una solución que se evidencia asimismo en una nueva corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, que supone la atenuación de la pena del partícipe no cualificado en un delito especial y la equiparación punitiva del partícipe *extraneus* en un delito especial propio respecto del partícipe en un delito especial impropio⁽¹⁰⁾.

El punto de partida con el que debemos comenzar es la determinación del fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos espe-

en el ámbito de la autoría y participación; cfr. ROXIN, C.: *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 414.

(6) Cfr. SAMSON, H. J., SK, 5ª ed., comentario previo al § 26, nº 3, p. 36; de acuerdo PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 336. MIR PUIG señala igualmente que “un importante problema particular que plantea la accesoriedad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las *condiciones personales* del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren”; cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/40.

(7) Sobre la regulación positiva en Alemania del partícipe *extraneus* en el delito especial véase, STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, AT, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, § 12, nº 191 y 192.

(8) Véase, en este sentido GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, II, Ed. Pressas Universitarias de Zaragoza, p. 115, nota 64.

(9) Cfr., por ejemplo, CHOCLAN MONTALVO, J. A., *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, nº 8, 1995, p. 95.

(10) Sobre esta corriente jurisprudencial, véanse, CHOCLAN MONTALVO, J. A., *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, nº 8, 1995, pp. 95 y ss.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales*. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995), AP, nº 8, 1996, pp. 19 y ss.; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 72 y ss., en relación con el delito de prevaricación de los funcionarios públicos.

ciales a determinadas categorías de sujetos, ya que ello condicionará tanto el tratamiento de la participación del *extraneus* en esta clase de delitos, como la cuestión de si le corresponde al partícipe *extraneus* una pena atenuada por no concurrir en él la cualidad de funcionario público, atendiendo según un sector doctrinal a una mejor individualización de la pena⁽¹¹⁾.

II. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES

1. Delitos comunes y delitos especiales

En la doctrina se maneja la distinción entre delitos comunes y delitos especiales en la clasificación de los delitos según la estructura del tipo desde el punto de vista de las características del sujeto activo⁽¹²⁾. Cuando los tipos delictivos protegen los bienes jurídicos frente a todos podemos considerar, de acuerdo con un amplio sector de la doctrina al que me adscribo, que estos tipos son "delitos de dominio"⁽¹³⁾, porque el criterio de imputación penal es el "dominio del hecho"⁽¹⁴⁾ en la medida en que se prohíbe a *todos* los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación, tendentes a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁽¹⁵⁾. En estos supuestos nos encontramos con los llamados delitos comunes que pueden ser realizados por cualquier persona⁽¹⁶⁾. Los tipos del delito común

(11) Véase, por ejemplo, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995)*, AP, nº. 8, 1996, p. 21.

(12) Véanse, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Curso, PG, pp. 304 y 305; CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español*, 2ª ed., p. 401; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4ª ed., tirant lo blanch, 2000, pp. 293 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/45 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 11 y ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., pp. 260 y ss., 266; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214].

(13) No toda la doctrina acepta el criterio del dominio del hecho como, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, pp. 135 y ss., 141 y ss.

(14) SILVINA BACIGALUPO considera, sin embargo, que el criterio de imputación en los delitos de dominio es la creación del peligro jurídicamente no permitido; cfr. SILVINA BACIGALUPO, *Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal*, RDPCr, nº. 1 extraordinario, 2000, p. 355.

(15) Cfr. GRACIA MARTIN, L.; *El actuar en lugar de otro*, I, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, pp. 350 y ss.; el mismo, AP, nº16, 1993, pp. 229 y 230; HERNANDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 303.

(16) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., p. 118; BACIGALUPO, E., *Principios*, 4ª ed. p. 160; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/45; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 11.

describen al autor mediante el anónimo "el que"⁽¹⁷⁾, aunque no siempre es así⁽¹⁸⁾. En cambio, los delitos especiales se caracterizan porque la acción típica sólo puede ser realizada por aquella persona que reúne determinadas cualidades⁽¹⁹⁾ que precisan más al sujeto de la norma, al autor del acto normado⁽²⁰⁾. *Quintero Olivares*, siguiendo a *Piotet*, ha señalado que siempre que una condición personal se exija por el sentido del tipo, estaremos en presencia de un delito especial⁽²¹⁾. Los delitos especiales se dividen, a su vez, en propios e impropios. Los delitos especiales propios no tienen una figura delictiva común paralela mientras que los delitos impropios sí tienen una correspondencia con un delito común⁽²²⁾. Sin embargo, la distinción entre delito común/delito especial no es una distinción meramente formalista sino que tiene un fundamento material, en virtud del cual se explica la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos. Si bien es cierto que, como señalara *Quintero Olivares*, definir lo

(17) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., p. 118; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, p. 356; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/45.

(18) Un precepto en el que el legislador utiliza el anónimo "el que" sin que se trate de un delito común sino especial, es el artículo 257 del Código penal de 1995, donde se recoge en su primer apartado que "Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1º El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores". Al analizar la acción típica observamos que no cualquier persona puede ser este "el que", sino sólo aquellos que por tener facultades de disposición de un patrimonio pueden atacar de forma penalmente relevante el bien jurídico protegido. Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, p. 383. O, por ejemplo, también el artículo 217 del CP: "el que contrajere segundo o ulterior matrimonio", exige la condición de cónyuge en un primer matrimonio.

(19) Véanse PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 344 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 302 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 88 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 14 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., p. 119; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, PG, p. 304; ROXIN, C., *Strafrecht*, AT, 3ª ed., 10/128, p. 283. DIEZ RIPOLLES ha señalado que el fundamento del acceso restringido de la cualidad personal del sujeto activo en los delitos especiales radica en "la especial significación para el injusto específico del precepto de tales elementos, que llega al punto de que se cierre el acceso al injusto típico a todo aquel que no acceda a esos elementos de modo inmediato y completo"; cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L.: *Una interpretación provisional del concepto de autor*, RDPCr, nº. 1, 1998, p. 51.

(20) Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 134.

(21) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 15.

(22) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., p. 119; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/46 y 48; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, PG, pp. 304 y 305; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 31; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, II, p. 95; JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214]. En torno a esta clasificación y otras, véase LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, pp. 61 y ss.

que significa el concepto de delito especial en la doctrinal es excepcional⁽²³⁾, hay que mencionar los esfuerzos de Langer⁽²⁴⁾, Stratenwerth⁽²⁵⁾, Jakobs⁽²⁶⁾, Sánchez-Vera⁽²⁷⁾ y Gracia Martín⁽²⁸⁾. Se plantea así la cuestión de explicar la naturaleza y el fundamento material por el que algunos tipos limitan la esfera de posibles autores.

2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración pública

En un gran número de los delitos contra la Administración pública se exige una determinada condición para ser autor que constituye un elemento del tipo objetivo: la de ser funcionario público o Autoridad⁽²⁹⁾. En general, en la mayoría de los delitos especiales y, en concreto, en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, se han indicado dos vías que fundamentan la limitación de la esfera de posibles autores a los funcionarios públicos o Autoridades. Para la primera vía, si bien es cierto que el dominio del hecho es un criterio que se utiliza para determinar el concepto de autor en la mayor parte de los delitos, no es un principio universal que pueda ser aplicado por

(23) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 17.

(24) Cfr. LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, pp. 390 y ss.

(25) Cfr. STRATENWERTH, G., *Bruns-Festschrift*, 1978, pp. 59 y ss.; el mismo, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., § 8, nº 4 y 5, § 12, nº 22 y ss.

(26) JAKOBS diferencia entre deber negativo y deber positivo que le conduce a la distinción entre delito común y delito de infracción de deber. Mientras que los deberes negativos provienen del status general de la Persona, los deberes positivos surgen de una relación especial como, por ejemplo, la que existe entre el empleado público y el ciudadano. El titular del deber positivo desempeña un rol especial que constituye una característica personal especial. Véase JAKOBS, G., *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, pp. 142 y ss.

(27) Cfr. SÁNCHEZ-VERA, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 67 y ss., 76 y ss.

(28) Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 349 y ss.

(29) Véase, por todos, CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., p. 118.

Es necesario advertir, no obstante, que el CP proporciona un concepto penal específico de funcionario público o autoridad en el artículo 24 según el cual:

- "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".

igual a toda clase de delitos, sino que respecto a algunos de ellos, la autoría se debe determinar con arreglo a otros criterios como la infracción de un deber⁽³⁰⁾. Para la segunda vía, el fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos especiales a determinadas categorías de sujetos, se basa en la existencia de una determinada relación entre el autor idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido que constituye un presupuesto del tipo⁽³¹⁾. Vamos a ocuparnos de sendas aportaciones incidiendo en los argumentos que emplean para limitar la esfera de posibles autores.

2. 1. La infracción de un deber jurídico

En la dogmática actual se puede considerar opinión dominante que desde un punto de vista material y en relación con el contenido de lo injusto, la conducta del autor de los delitos especiales lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico⁽³²⁾ que constituye lo injusto jurídico-penalmente relevante⁽³³⁾. En palabras de *Stratenwerth* «sólo es decisivo el deber especial y no la posición del autor»⁽³⁴⁾. De esta concepción se han extraído unas consecuencias para la teoría de la autoría y de la participación, sobre todo

⁽³⁰⁾ Véase, principalmente, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 385 a 434, 742 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht, AT*, 2ª ed., pp. 655 y ss. [trad. pp. 791 y ss.]; el mismo, *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, pp. 142 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 22 y ss., 51 y ss.; 126 y ss.; 137 y ss. Véanse también los autores citados por QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 36, 37 y 38.

⁽³¹⁾ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 14; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 338 y ss. con referencias bibliográficas. ZUÑIGA RODRÍGUEZ explica la relación del funcionario con el sujeto activo a través de la posición especial del funcionario que ostenta una serie de facultades en relación al bien jurídico; cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad personal y seguridad ciudadana*, PPU, Barcelona, 1993, p. 169. MENDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. CASABÓ RUIZ, Valencia, 1997, pp. 363 y ss., determina la posición instrumental respecto al bien jurídico protegido único en su opinión que es común tanto a particulares como a funcionarios públicos.

⁽³²⁾ Véase CEREZO MIR, J., *Curso*, II, 6ª ed., pp. 119 y 154; DIEZ RIPOLLES, J. L., *Una interpretación provisional del concepto de autor*, RDPCr, nº 1, 1998, p. 51. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, p. 296, pone de manifiesto la esencial importancia de la infracción de un deber en los delitos especiales, sobre todo en los delitos de funcionarios. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1681.

⁽³³⁾ Cfr. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, AT*, 4ª ed., § 8, nº 4.

⁽³⁴⁾ Cfr. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, AT*, 4ª ed., § 8, nº 4.

por Roxin⁽³⁵⁾ con las elaboraciones posteriores de Jakobs⁽³⁶⁾. En opinión de Roxin debe distinguirse entre delitos en que la autoría y participación se delimitan con base en el criterio del dominio del hecho⁽³⁷⁾ y delitos que consisten en la infracción de un deber⁽³⁸⁾. Para Roxin en los delitos de funcionarios se pone de manifiesto que no es la condición de funcionario lo que convierte a un sujeto en autor, sino que más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría⁽³⁹⁾. En todos estos casos el criterio determinante para la autoría se basa en la *infracción de un deber* que, en opinión de Roxin, tiene un carácter *extrapenal* y que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas, como sucede con los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y por que el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación⁽⁴⁰⁾. En

(35) Cfr. sobre los delitos de infracción de deber, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 385 y ss. En España aceptan esta construcción, BACIGALUPO, E., *Principios*, 4ª ed. pp. 160 y ss., pp. 372 y ss.; CHOCUAN MONTALVO, J. A., *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, pp. 96 y ss.; GOMEZ BENITEZ, ADPCP, 1984, pp. 114 a 118; QUERALT I JIMENEZ, *Derecho penal español*, PE, 2ª ed., p. 568.

(36) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 655 y ss. [trad. pp. 791 y ss.]. El propio ROXIN ha considerado que la concepción de delitos de infracción de un deber ha sido "asumida y mejorada por JAKOBS"; cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 743.

(37) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 367 y ss.

(38) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 385 y ss.

Para ROXIN, "la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente teleológica, relativa en concreto a la interpretación de los tipos individuales"; cfr. el mismo, ob. cit., pp. 420 y 421. "Los conceptos de 'dominio' y de 'deber', que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones, pero que, una vez realizada la elección, caracterizan la regulación de todas las cuestiones de participación"; el mismo, ob. cit., p. 421.

(39) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 386.

(40) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 387 y 388; el mismo, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*, Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, pp. 414 y ss.

estos delitos el partícipe se caracteriza por una "participación sin infracción de deber especial"⁽⁴¹⁾ y la cuestión del dolo del hecho principal que decide sobre el dominio del hecho, a juicio de *Roxin* es irrelevante en esta clase de delitos⁽⁴²⁾. A juicio de *Jakobs* existen delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo. En los delitos de infracción de un deber los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela *institucionalmente* asegurada de un bien⁽⁴³⁾, de modo que para el tipo del delito de infracción de un deber un dominio del obligado es irrelevante: el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho⁽⁴⁴⁾.

Esta opinión doctrinal ha generado una serie de críticas que se pueden resumir en las siguientes tesis. En primer lugar, esta concepción vulnera el principio de legalidad como señaló *Gimbernat*, para quien aunque en los delitos especiales la infracción del deber juega un papel muy destacado, *Roxin* va demasiado lejos porque el principio de legalidad prohíbe que se considere

WAGNER en Alemania ya planteó que no quedaba claro porqué el deber es un deber extrapenal; cfr. WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, p. 72. En la sexta edición de su libro ROXIN se ha cuestionado que todos los deberes especiales sean de índole extrapenal; cfr. el mismo, ob. cit., p. 744.

(41) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 401; SANCHEZ-VERA, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 211.

(42) Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 401.

(43) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 655 [trad. p. 791]. Sobre los deberes en virtud de responsabilidad institucional, cfr. el mismo, ob. cit., p. [pp. 994 y 995]; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, 1996, pp. 145 y 146. Véase también LESCH, H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP, 1995, pp. 943 y ss. Cfr. sobre la exposición de JAKOBS, SANCHEZ-VERA, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 29 y ss. Sobre los fundamentos en la distinción entre delitos de dominio y delitos consistentes en la infracción de un deber, cfr. el mismo, ob. cit., pp. 67 y ss.

A juicio de LESCH, en los delitos de infracción de un deber "no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor"; cfr. LESCH, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP, 1995, p. 944. En su opinión puede haber una intervención accesorio entre el *extraneus* y el obligado especialmente "per organización y no, qua lesión del deber" [cfr. el mismo, ob. cit., pp. 944 y 945]. Así los delitos de funcionarios públicos son, en su opinión, interpretables como delitos de organización, a cuyo tipo sólo puede acceder un *extraneus* con ayuda de un *intraneus* y como compensación al *extraneus* se le otorga el privilegio previsto en el parágrafo 28 del StGB; cfr. el mismo, ob. cit., p. 945.

(44) Cfr. SANCHEZ-VERA, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 168, 126 y ss., 137 y ss.

a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente⁽⁴⁵⁾. En segundo lugar, un cualificado sector doctrinal ha considerado que el criterio de la infracción del deber no es el adecuado para una correcta interpretación de los delitos especiales⁽⁴⁶⁾, y ha negado que la infracción de un deber extrapenal sea la *ratio essendi* de tales delitos⁽⁴⁷⁾ pues, en los delitos contra la Administración pública tiene lugar efectivamente la infracción de un deber⁽⁴⁸⁾ que se pone de relieve claramente cuando en muchos tipos penales incluidos en el Título XIX, se alude expresamente al quebrantamiento de una función encomendada al funcionario público o a la autoridad "por razón de su cargo" (arts. 413, 414, 415, 416, 417, 419, 420, 421, 425, 428, 432, 433, 436, 438, 439, 441, 442, 445 bis), pero fundamentar en estos casos la tipicidad del delito especial en la infracción de un deber específico de naturaleza extrapenal

⁽⁴⁵⁾ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 296 y 298. Aluden igualmente al principio de legalidad para rechazar la opinión de ROXIN, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, pp. 926 y 927; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso*, PG, pp. 305 y 306; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, p. 229. BOLDOVA PASAMAR considera que esta construcción puede transgredir "el significado que tiene la participación dentro de un sistema restrictivo de autor como el nuestro, infringiendo abiertamente el principio de legalidad, por hacer autores a quienes la ley, en virtud de la indole de sus aportaciones no ha previsto como tales"; cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 280 y 281.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 334 y 336 cuando analiza el tipo de la apropiación indebida del artículo 535 del anterior CP; SCHÜNEMANN puso también de manifiesto que en la mayor parte de los delitos especiales no se puede afirmar que los tipos incorporen la infracción de deberes extrapenales; véase SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, pp. 92 y 94 cuando analiza diversos tipos del Código penal alemán.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 335 y ss. GRACIA MARTÍN denuncia que la estructura de los delitos consistentes en la infracción de un deber lleva a consecuencias dogmática y político-criminales discutibles y que estos delitos no sólo consisten en la infracción de un deber, pues afirmar lo contrario nos llevaría a deducir que lo injusto de estos delitos se agota en el desvalor de la acción; véase, el mismo, ob. cit., pp. 333 y 334. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, p. 93; el mismo, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 416; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso*, PG, p. 305.

⁽⁴⁸⁾ En los delitos contra la Administración Pública se recogen una serie de deberes extrapenales en cuanto vienen impuestos no por la ley penal, sino por la correspondiente norma administrativa de organización. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, pp. 245. GRACIA MARTÍN alude al "deber de fidelidad", "deber de obediencia", "deber de subordinación", etc. Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, p. 335. Con carácter general, véase, MENDEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. CASABÓ RUIZ, Valencia, 1997, pp. 357 y ss.

supone una tautología⁽⁴⁹⁾. Y, además, nos conduce a la afirmación de *Muñoz Conde*, según el cual es poco indicativo de la naturaleza de estos delitos la constatación de un vago quebrantamiento de deberes profesionales⁽⁵⁰⁾.

La infracción de un deber jurídico extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública parte de un presupuesto equivocado: identifica el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal que, sin embargo, deben distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes. Un primer ámbito es el del deber de acción penal, un deber "personalísimo" de realizar u omitir una acción determinada⁽⁵¹⁾, y cuya infracción constituye un elemento materialmente relevante para la construcción de los tipos penales⁽⁵²⁾. El deber "personalísimo" de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma penal a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar⁽⁵³⁾. Un segundo ámbito es el de los deberes extrapenales que tienen como fundamento a una persona en cuanto es centro de imputación de derechos y deberes⁽⁵⁴⁾, y aunque sobre la infracción de estos deberes recae un juicio de valor negativo, esto no es lo decisivo para la tipicidad. En virtud de las críticas vertidas a este criterio de la infracción de un deber algunos autores han elaborado un criterio material que fundamenta la limitación de la autoría basado en la idea rectora del dominio. Así, por ejemplo, *Schünemann*⁽⁵⁵⁾, desmarcándose de los planteamientos de *Roxin*, construye un principio normativo que sirve como principio fundamentador de cualquier forma de autoría en los delitos "especiales de garante", en los delitos de omisión y en los delitos de comisión activa y que se denomina "el dominio sobre el

(49) Véase GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 337, 366, nota 223.

(50) Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 922.

(51) Así ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 128; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 325, nota 132. La existencia de este primer ámbito se pone de manifiesto, por ejemplo, en las siguientes palabras de BOLDOVA PASAMAR, para quien "es cierto que sobre los extraños no pesan los deberes específicos que obligan a los autores de estos delitos, pero al fin y al cabo también los primeros aparecen sujetos al *deber general de no fomentar hechos que presentan esos caracteres delictivos*"; cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 253. Cursiva añadida.

(52) Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 128.

(53) Sobre la concreción del deber personalísimo de acción en las normas generales y especiales, véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, pp. 138 y ss., 141 y ss. Véase también sobre el deber de actuar del sujeto cualificado formalmente por el elemento de la autoría de dominio social GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 408 y ss.

(54) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 325, nota 132.

(55) Véase SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, pp. 92 y 93.

fundamento del resultado"⁽⁵⁶⁾. *Bottke* también se refiere a un "dominio de configuración"⁽⁵⁷⁾. Entre nosotros, *Gracia Martín* ha fundamentado el sustrato material de un gran grupo de delitos con especiales elementos de la autoría a través del "dominio social del bien jurídico por el sujeto cualificado"⁽⁵⁸⁾. El fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública debe tener en cuenta la exigencia de un dominio que se basa en que el sujeto tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Este debe ser, necesariamente, el sustrato en virtud del cual el legislador ha establecido un deber "personalísimo" de acción penal para el supuesto de que un sujeto se encuentre en la situación típica de un delito especial.

2.2. La relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido

En la doctrina se ha reconocido que en los delitos especiales existen unas relaciones especiales entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido⁽⁵⁹⁾, que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador para restringir la autoría en los delitos especiales. Esta vía ha sido trabajada por *Armin Kaufmann*, quien ha considerado con carácter general para todos los delitos especiales, que en ellos el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y la materia de la norma o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular⁽⁶⁰⁾. En concreto, en los delitos de funcionarios apunta *Armin Kaufmann* que la caracterización de la función pública, como cualidad de la autoría, aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Véase SCHÜNEMANN, B.: GA, 1986, pp. 331, 332 y 333.

⁽⁵⁷⁾ Véase BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 17, 44 y ss., 60 y ss., 88 y ss., 100 y ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 354 y ss.

⁽⁵⁹⁾ Véase al respecto GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 338 y ss. JAKOBS considera que el grupo de los delitos especiales alcanza perfiles más precisos si se le reduce a la alternativa de si el autor del delito en cuestión sólo puede ser una persona que, con independencia de la comisión del delito, se encuentra en una relación (estatus) con el bien jurídico (delito especial en sentido estricto), o de si la relación con el bien sólo la proporciona el comportamiento delictivo; cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214].

⁽⁶⁰⁾ Véase ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 15.

⁽⁶¹⁾ Véase ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12

Esta tesis ha sido también sostenida entre nosotros por *Gracia Martín*⁽⁶²⁾, para quien el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función, y que *Gracia Martín* denomina *relación de dominio social*⁽⁶³⁾. En suma, para esta postura los delitos especiales se caracterizan por la valoración del comportamiento con base en el ejercicio de una función⁽⁶⁴⁾. En el siguiente epígrafe indagaremos sobre la relación concreta de dominio social en el ámbito de los delitos contra la Administración pública.

3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública

Si nos centramos en la formación de los tipos delictivos especiales se constata la existencia de dos grandes grupos⁽⁶⁵⁾. Por un lado, destacan los delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades perso-

(62) Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; el mismo, *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, pp. 230 y 231. ASÚA BATARRITA ha señalado también específicamente en los delitos contra la Administración del Título XIX que el «elemento común en la mayor parte de las figuras del grupo es el ejercicio de las funciones del cargo como situación desde la que se realiza la conducta ilícita. El menoscabo de las funciones de la Administración tiene lugar "desde dentro" y "durante" o con motivo del ejercicio de las propias competencias»; cfr. ASÚA BATARRITA, A.: *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*. IVAP, 1997, p. 30. Recientemente también ha apuntado esta cuestión CUELLO CONTRERAS quien señala que sólo puede ser autor de los delitos de funcionarios «quien desempeñe una función pública en cuyo seno se realice la actividad delictiva»; cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *Derecho penal español*, 2ª ed., p. 401.

(63) Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, pp. 230 y 231; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 354 y ss.; el mismo, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 78 y ss.

(64) Véanse ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12; GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; el mismo, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 79.

(65) Véase también la clasificación de ROEDER, H.: ZStW, 1957, pp. 242 y ss. Alonso ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 282, señala asimismo que entre los delitos especiales por excelencia, es decir, los delitos de funcionario público, y el parricidio, existen, por lo demás, diferencias sustanciales. A su juicio «la distinción entre figuras de delito en que el sujeto se encuentra en una especial posición jurídica, y figuras de delito en que el sujeto se encuentra en una especial posición social puede ser traída aquí a efectos

nales inseparables de un sujeto determinado, de tal forma que son irremplazables dichos elementos⁽⁶⁶⁾. Por otro lado, destaca otro grupo de delitos en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado, y que pone de manifiesto la posición de dominio del ámbito de protección de la norma que ostentan ciertas clases de sujetos frente al resto⁽⁶⁷⁾. Esta posición que *Gracia Martín* denomina "dominio social", se erige en el fundamento material de los elementos especiales de autoría⁽⁶⁸⁾. El "dominio social" es una característica objetiva del tipo de lo injusto de un gran número de delitos especiales⁽⁶⁹⁾, y es definido como la posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho⁽⁷⁰⁾. El dominio social penalmente relevante tal y como lo ha desarrollado *Gracia Martín*, constituye un criterio rector de interpretación⁽⁷¹⁾ de los delitos contra la Administración pública y se concreta mediante los siguientes criterios normativos en el ámbito de tales delitos⁽⁷²⁾:

3. 1. *El dominio social como accesibilidad al bien jurídico.*

Si se analizan los tipos de los delitos contra la Administración pública, se pone de relieve que los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales "cerradas" a las que no tienen acceso legítimo todos los individuos⁽⁷³⁾. En efecto, algunos bienes jurídicos sólo son accesibles de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social o institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que

de distinguir entre los delitos de los funcionarios públicos, por ejemplo, de un lado, y el parricidio, de otro»; cfr. la misma, ob. cit., pp. 282 y 283.

(66) Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 403 y ss.

Así, por ejemplo, la condición de cónyuge en un primer matrimonio que se exige en el artículo 217 del CP.

(67) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 356 y ss.

(68) Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 231; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 357 y ss.

(69) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 78.

(70) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 357.

(71) Cfr. con carácter general, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 357.

(72) Cfr. con carácter general, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 359 y ss.

(73) Véase con carácter general GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 230.

aqué debe desarrollar y cumplir una función social específica⁽⁷⁴⁾. Esta característica se puede apreciar tanto en los delitos especiales propios como en los impropios⁽⁷⁵⁾. Por ello, como ha señalado *Gracia Martín*, cuando el legislador construye los tipos delictivos especiales se guía por la idea del "dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico"⁽⁷⁶⁾, que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y determina la posibilidad de actualización del dominio del hecho *típico*⁽⁷⁷⁾. La doctrina no desconoce la existencia de esta concreta estructura jurídico-pública en la que se encuentran algunos bienes jurídicos, cuando considera que la nueva rúbrica de los delitos contra la Administración Pública, contenida en el Título XIX del Código penal, «permite identificar como interés común a todos los tipos comprendidos en este título el correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa»⁽⁷⁸⁾, y «no constituye más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican»⁽⁷⁹⁾. Entonces, se enmarca el dominio en la protección de la gestión correcta de los intereses públicos que, sin embargo, no constituye en sí mismo un bien jurídico a proteger⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁴⁾ GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 231; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss.

⁽⁷⁵⁾ En los tipos *especiales propios* se manifiesta que algunos bienes jurídicos existen únicamente en el seno de determinadas estructuras sociales o institucionales en las que o bien cumplen su función social, o bien es la función que desempeñan en la propia estructura social o institucional la que tiene como misión su desarrollo y su fomento para alcanzar determinados fines sociales o individuales. Estos bienes jurídicos sólo pueden ser lesionados por aquel individuo que ejerce las funciones propias de un rol social, que entraña la realización de una actividad a la que es inherente la posibilidad de realizar las acciones u omisiones que atenten contra dichos bienes jurídicos de la forma recogida en tales tipos. En los delitos *especiales impropios* el legislador considera que el bien jurídico que se encuentra protegido frente a todos en un tipo común paralelo, es susceptible de una mayor vulnerabilidad frente a los sujetos que realizan una determinada función en el seno de ciertas estructuras. Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 351, 352, 361 y ss., 364 y ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 356.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 78.

⁽⁷⁸⁾ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1162.

⁽⁷⁹⁾ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 922.

⁽⁸⁰⁾ Sin embargo, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. concluyen que «el bien jurídico común a los delitos incluidos en el Título IXI, no es otro que el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de la Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios constitucionales que ordenan su funcionamiento»; cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1163. OLAIZOLA NOGALES considera

3. 2. La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal

Dentro de estas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar a un bien jurídico (función con dominio social)⁽⁸¹⁾. En esta estructura jurídico-pública se encuentran involucrados una serie de bienes jurídicos en el ejercicio de la función pública, de modo que este ejercicio está afectando permanentemente al bien jurídico involucrado en la realización de la función. Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado, mientras que un ejercicio desviado de los fines a los que sirve conduce a una frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, en consecuencia, a la lesión o peligro de éste⁽⁸²⁾. La implicación de los bienes jurídicos puede ser esencial u ocasional⁽⁸³⁾. Será *esencial* la implicación cuando el bien jurídico protegido sea la esencia misma de la función que ejerce el sujeto y, como señala *Gracia Martín*, en tales casos la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función⁽⁸⁴⁾. A modo de ejemplificación tomemos el artículo 404 del Código Penal de 1995 que tipifica la prevaricación de la autoridad o del funcionario

también que «el bien jurídico general protegido den los delitos del título XIX del CP es el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa» cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 87. GONZALEZ CUSSAC señala que «el bien jurídico común o categorial, común a todos los tipos comprendidos dentro de los delitos contra la Administración Pública, estará constituido por la "función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad". Naturalmente, esta idea genérica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos»; cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación*, 1996, p. 17. FEIJOO SÁNCHEZ apunta que la Administración pública es el bien jurídico protegido con carácter general que debe concretarse en cada tipo en particular; cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, pp. 1678 y ss. CARLOS MIR PUIG considera que «el bien jurídico protegido con carácter general..., 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..., aunque en algunos delitos... se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno»; cfr. MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 19.

(81) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 231; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 364 y ss.

(82) GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 230.

(83) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 364 y ss.

(84) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 369.

público⁽⁸⁵⁾. El bien jurídico protegido, según la opinión doctrinal mayoritaria, es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e imparcialidad⁽⁸⁶⁾, que constituye la esencia misma de cualquier actuación administrativa. La acción típica dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo "a sabiendas de su injusticia"⁽⁸⁷⁾ no se puede realizar si al mismo tiempo no se lleva a cabo el ejercicio de la función que compete al sujeto cualificado⁽⁸⁸⁾. Este sujeto cualificado no puede ser un funcionario público o una autoridad cualquiera, sino que debe tratarse de un funcionario público que conozca un asunto en un procedimiento administrativo determinado según el ámbito de sus competencias⁽⁸⁹⁾. Como el funcionario público tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, el dominio sobre esta esfera de la función pública, estamos en presencia de un delito especial de dominio social que, además, es propio⁽⁹⁰⁾ porque el bien jurídico protegido

(85) Este precepto establece que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

(86) Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación*, 1996, p. 37; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1166; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Comentarios al Código penal*, Dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, Coord. Jorge BARREIRO, Civitas, 1997, pp. 1086 y ss.; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 42.

(87) Véanse MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, pp. 929 y ss.; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1166 y ss.; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 46 y ss., 48 y ss., 54 y ss.

(88) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 369.

(89) Señalan esta cuestión MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1169 y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 930.

Una resolución administrativa sólo puede ser válida si se dicta por la autoridad competente en un procedimiento determinado. En caso contrario será nula de pleno derecho, según el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero. El artículo 62.1.b) establece que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) Los dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio».

(90) Consideran que este delito es un delito especial propio, GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., 1997, pp. 98 y 99; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1167; GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp.

sólo es accesible a esa determinada clase de sujetos⁽⁹¹⁾. Este mismo razonamiento se puede apreciar en los artículos 432 y siguientes del CP donde se tipifica el delito de malversación de caudales o efectos públicos que el funcionario “tenga a su cargo por razón de sus funciones”. La acción típica en estos delitos pone de manifiesto el ejercicio de unas funciones específicas que sólo pueden ser realizadas por determinados sujetos que dominan el ámbito social o institucional en el que se encuentra involucrado el bien jurídico. Como afirma *Roca Agapito*, la especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la Administración pública. El que el ataque al patrimonio provenga del funcionario que específicamente tiene la competencia para el ejercicio de funciones de gestión —que conlleva la custodia— de los caudales públicos, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión del patrimonio público, y no meramente dicho patrimonio⁽⁹²⁾. Como el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta el dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionar o poner en peligro al bien jurídico de un modo típico⁽⁹³⁾. A su vez el bien jurídico protegido en este ámbito sólo es accesible típicamente a estos sujetos en virtud del ejercicio de esta función, con lo cual se convierten en garantes del bien jurídico protegido pero en el sentido de no realizar determinadas acciones cuando se desempeñe una función pública⁽⁹⁴⁾. En el delito de nombramientos ilegales, tipificado en el artículo 405 del Código penal, se pone de relieve cómo la función llevada a cabo por el funcionario público condiciona, como ha apuntado *Mir Puig*, directamente el correcto funcionamiento de la organización administrativa e indirectamente

369 y 370; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 72.

(91) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 364.

(92) Cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, p. 162. Afirma este autor que «esta conducta deviene relevante para el Derecho penal no sólo por su ataque al patrimonio, sino también por el quebrantamiento de las obligaciones de custodia, conservación y gestión que sobre él recaen»; cfr. el mismo, ob. cit., p. 161.

(93) En relación al delito de malversación de caudales públicos, ROCA AGAPITO considera que la exigencia de que los caudales están “a su cargo” supone una disponibilidad o poder del funcionario sobre el destino de dichos caudales; cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, p. 152. E interpreta correctamente la tenencia por razón de sus funciones con arreglo a un criterio estricto; cfr. el mismo, ob. cit., pp. 156 y ss.

(94) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 372.

el servicio público que debe prestar a los ciudadanos⁽⁹⁵⁾, de modo que presupuesto objetivo es que el nombramiento (ilegal) se practique en el ejercicio de la competencia del funcionario o autoridad, lo que significa un abuso de esa competencia que es lo que constituye el núcleo del delito⁽⁹⁶⁾.

Sin embargo, será *ocasional* la implicación cuando el bien jurídico queda involucrado por el conjunto de posibilidades de acción que la competencia para el ejercicio de esa función otorga al sujeto⁽⁹⁷⁾. Por ejemplo, en los artículos 443 y 444 del CP se pone de relieve que el funcionario público ostenta un dominio social típico en un determinado ámbito en el que ejerce sus competencias dentro de las funciones que le han sido encomendadas. Ahora bien, en estos supuestos el bien jurídico libertad sexual no es un contenido “específico” del ejercicio de ninguna función social o institucional, pero ha ingresado de una forma ocasional en el ámbito del dominio social en el que el funcionario público ejerce sus competencias dentro de la actividad que le es inherente, de modo que el funcionario público accede más fácilmente al bien jurídico libertad sexual, que queda, por ello, frente a él en una situación de especial vulnerabilidad⁽⁹⁸⁾. Estos tipos se configuran dogmáticamente como delitos de dominio social por dos motivos. En primer lugar, porque se pone de relieve la existencia de un dominio social por parte de la autoridad o funcionario público en el que se encuentra involucrado ocasionalmente el bien jurídico libertad sexual, al hacerse referencia expresa en el artículo 443 a la solicitud sexual a una persona que “tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior”. O el artículo 444 se refiere a la solicitud sexual del funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores; “a una persona sujeta a su guardia”. En segundo lugar, porque las conductas típicas se refieren sólo a la “solicitud sexual a una persona”, lo que supone una tentativa de ataque a la libertad sexual pero no una forma consumada de éste⁽⁹⁹⁾. Así, como apuntan Muñoz Conde y Feijóo Sánchez, no es casualidad que estos delitos ya no se califiquen como limitaciones de la libertad sexual, sino como abusos en el ejer-

(95) Cfr. MIR PUIG, S.: *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ, 1996, pp. 310.

(96) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 932; MIR PUIG, S.: *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ, 1996, pp. 312 y 313.

(97) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 368.

(98) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 368.

(99) Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 953.

cicio de la función pública⁽¹⁰⁰⁾. Entonces, si un funcionario, además de tener el dominio social típico, se prevale de su posición y dentro de la actividad que le es inherente para conseguir sexualmente a una persona, realiza el tipo del 443 o el del 444 en concurso de delitos con el delito contra la libertad sexual que corresponda, según el artículo 445 del Código penal⁽¹⁰¹⁾.

3. 3. Las características de la acción típica de dominio social

La autoría de los delitos especiales que hemos analizado debe limitarse a aquellos sujetos que tienen competencia para el ejercicio de la función que se tiene en cuenta para la protección del bien jurídico, y ello es así porque la lesión penalmente relevante del bien jurídico sólo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función⁽¹⁰²⁾. El dominio sobre el ámbito de la función pública en el que el autor cualificado ejerce sus competencias, caracteriza la relación especial entre la cualidad del autor y su actuar. En efecto, las propias acciones típicas realizadas por un funcionario público o autoridad se derivan de una función que es monopolio de una cierta clase de sujetos⁽¹⁰³⁾, de manera que, como indica *Gracia Martín*, la cualidad *específica* de la acción típica es *esencial* al ejercicio de la función tal y como se pone de relieve en los verbos típicos⁽¹⁰⁴⁾: "dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo" (art. 404 del Cp); "destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones" (art. 433 del Cp). Como se puede apreciar, en

⁽¹⁰⁰⁾ Véanse MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 952 y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1688.

⁽¹⁰¹⁾ Teniendo en cuenta lo dicho en el texto, se puede criticar el artículo 438 del CP, que establece que «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años». En este supuesto el funcionario público o autoridad no vulnera un bien jurídico que está involucrado esencialmente u ocasionalmente en el ejercicio de sus funciones de dominio social. El funcionario público no ostenta ningún dominio social típico porque no actúa en el ejercicio de sus competencias. Entonces, no era necesario haber construido este tipo penal pues era suficiente haber apreciado el delito de estafa o apropiación indebida y la agravante genérica del artículo 21.7º del Código. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1687, quien señala también que su aplicación desplaza a la circunstancia agravante 7ª del artículo 22 del CP, en relación a los delitos de estafa y de apropiación indebida.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 230; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 351 y ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 371.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 369.

estos delitos sólo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de ésta, es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social)⁽¹⁰⁵⁾. En otros delitos la acción típica supone también el ejercicio de una función que compete al sujeto, pero este ejercicio es *ocasión* de la realización de la acción típica que ejecutada en otras circunstancias perdería su sentido⁽¹⁰⁶⁾: "exigir directa o indirectamente derechos, tarifas, por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la señalada" (art. 437 del Cp). En otras ocasiones es la situación del bien jurídico o del objeto material lo que pone de manifiesto que la cualidad específica de la acción es su incardinación en el ejercicio de una función⁽¹⁰⁷⁾: "destrucción de documentos cuya custodia les está encomendada por razón de su cargo" (art. 413 del Cp).

El criterio del "dominio social" sirve para averiguar las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica, pues quien lo ostente va a tener un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. El sujeto que ejerce el dominio social asume, entonces, una posición de garante del bien jurídico protegido⁽¹⁰⁸⁾, ya que estos sujetos tienen que garantizar la protección del bien jurídico y, para llevar a cabo esta protección tienen un deber de acción que surge de las normas que imponen la consecución de una situación ideal en la que debe encontrarse el bien jurídico⁽¹⁰⁹⁾. A través del criterio del "dominio social" se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales⁽¹¹⁰⁾. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intraneus* —funcionario público o autoridad— que ostenta el

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 231; el mismo, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 370.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 370.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 372 y ss. Efectivamente, el bien jurídico se encuentra en un relación de dependencia respecto del sujeto cualificado, porque éste desempeña unas funciones en las cuales está inserto dicho bien jurídico. El sujeto que ostenta el dominio social debe protegerlo frente a situaciones que lo lesionen o lo pongan en peligro ya que sólo él tiene una (mayor) disponibilidad sobre el bien jurídico.

Igualmente ha defendido la tesis de que los delitos especiales son delitos de garante regulados por el legislador SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, p. 138; el mismo, GA, 1986, pp. 293, 331 y ss.; el mismo, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 416; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 122 y ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 412.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 428.

dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos⁽¹¹¹⁾.

III. SUJETOS ACTIVOS QUE NO OSTENTAN EL *STATUS* FORMAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD

En una serie de preceptos dentro de los delitos contra la Administración pública, el legislador ha configurado de un modo expreso y directo una autoría mediante la descripción como posibles autores del hecho a una clase de sujetos que no ostentan el *status* formal de funcionario público o autoridad. Es necesario, entonces, indagar las razones por las que el legislador ha equiparado a los sujetos que ostentan el *status* formal de funcionario público o autoridad, a determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos de algunos tipos delictivos, al margen del concepto penal de funcionario público o autoridad del artículo 24 del CP.

1. Supuestos de autoría de un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas expresamente tipificados

El Código penal ha considerado en determinados tipos como sujeto activo de un delito contra la Administración pública a un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas. Para poder explicar la naturaleza y el fundamento material de la limitación de la esfera de autores en estos tipos a esta categoría de sujetos es imprescindible, según los planteamientos desarrollados, distinguir el concepto formal (*status*) de funcionario público y el concepto material (contenido de las funciones que tiene atribuidas y que le otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio), que aunque a veces coinciden no siempre es así. El concepto formal de funcionario público se recoge en el artículo 24.2 del Código Penal de 1995⁽¹¹²⁾, y hace referencia a la titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud de la cual participa en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente. Sin embargo, el concepto material

⁽¹¹¹⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12.

⁽¹¹²⁾ Según el artículo 24.2 del Código Penal de 1995 «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». Sobre el concepto de funcionario público véanse, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, pp. 923 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, pp. 162 y ss.; OLAIZOLA, I.: *Concepto de funcionario público a efectos penales*. IVAP, 1997, pp. 77 y ss.

de funcionario público alude al ejercicio de unas competencias que pueden asumirse de derecho, con lo que aquí coincide originariamente el concepto material con el *status* de funcionario público; o bien de *facto*, es decir, que se refiere al contenido de las funciones atribuidas y que otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio, si bien es cierto que la asunción fáctica no siempre es posible⁽¹¹³⁾. El desvalor del resultado está representado por la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido⁽¹¹⁴⁾, que no se produce por el hecho de que un sujeto tenga la titularidad de una posición jurídica en virtud de la cual pueda realizar una actividad específica, sino que la lesión se produce por el ejercicio de facultades, medios y posibilidades de acción derivadas de una función que le corresponde y que le otorga un dominio sobre una determinada esfera social⁽¹¹⁵⁾. De este modo se incorpora al tipo una especial característica de la autoría porque sólo una determinada clase de sujetos son capaces de llevar a cabo las acciones adecuadas de lesión o peligro de un bien jurídico y, por esta razón, el bien jurídico se protege frente a las agresiones de determinadas personas⁽¹¹⁶⁾. El reconocimiento del concepto material de funcionario público, es decir, el que se refiere al contenido de las funciones atribuidas y que otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio aparece expresamente recogido en el Código penal en los artículos 422, 416, 435 y 440 que, según un sector doctrinal, son cláusulas de extensión de la responsabilidad⁽¹¹⁷⁾. En el artículo 422 se advierte con más claridad que el legislador incluye como posibles autores del delito de cohecho a determinados sujetos que, sin ser funcionarios públicos, por no cumplir el primer requisito establecido en el artículo 24, 2 del CP, sí que cumplen

(113) Véase sobre las funciones de dominio social inherentes a un *status* que pueden ser delegables, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 383 y ss.

(114) Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 154.

(115) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 365.

(116) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 351.

(117) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 925; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 167. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA han señalado, por ejemplo, en relación al artículo 435 —donde se tipifica el delito de malversación impropia— que se amplía el círculo de sujetos activos, porque se persigue la comprensión de supuestos de otro modo impunes o únicamente reconducibles hacia figuras comunes. Cfr. los mismos, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1294 y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1687. Véanse la interpretación de este precepto llevada a cabo por MORALES GARCIA, O.: *Los delitos de malversación*, pp. 158 y ss. Asimismo MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA opinan que el artículo 440 extiende la responsabilidad penal a sujetos que debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes del artículo 440 del CP, aprovecharan tal intervención para obtener una ventaja personal. Cfr. los mismos, ob. cit., p. 1304.

el segundo, la participación en el ejercicio de las funciones públicas, como han destacado *Olaizola Nogales*⁽¹¹⁸⁾ y *Rodríguez Puerta*⁽¹¹⁹⁾.

En mi opinión, si bien es cierto que a todos los sujetos mencionados en estos preceptos no se les puede atribuir la cualidad formal (*status*) de funcionario público, *materialmente* sí que disponen de las mismas funciones que éstos y éste es el fundamento que ha servido al legislador para incorporarlos a la esfera de los sujetos activos. En estos tipos se puede apreciar, entonces, un dominio social que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos. Por tanto los que no ostenten el *status* formal de funcionario público o Autoridad pueden realizar también estos tipos delictivos, si ejercitan el contenido de las funciones que les han atribuido y que les otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio sobre la esfera del bien jurídico. Desde un punto de vista valorativo, los sujetos mencionados en el tipo objetivo de tales tipos, desde un *status* diferente al del funcionario público o Autoridad, están en *idéntica relación material con el bien jurídico* que aquéllos⁽¹²⁰⁾. El legislador

(118) Cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 141, nota 59.

(119) Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 167.

(120) Cfr. con carácter general sobre estas cuestiones, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 383 y ss.; el mismo, AP, nº 16, 1993, p. 227.

MENDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, 1997, p. 366, concluye que tanto particulares y funcionarios ostentan una posición particular respecto al bien jurídico que, en su opinión, es similar; la misma, ob. cit., p. 372. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1216 y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 168, señalan en relación con el artículo 422 del CP que «el particular se sitúa en una posición muy próxima a la del funcionario a cuya custodia está encomendado el documento», aunque en su opinión no es idéntica. En relación al artículo 416 del CP, FEIJÓO SÁNCHEZ considera «que la delegación de funciones por parte del Gobierno, de autoridades o de funcionarios públicos coloca a los particulares en la especial posición jurídica de aquéllos». Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Comentarios al Código penal*, Dir. Rodríguez Mourullo, Coord. Jorge Barreiro, Civitas, 1997, p. 1119. ROCA AGAPITO considera que los títulos por los que una persona se encuentra encargada de fondos públicos no confieren al autor la cualidad de funcionario público, sino que se indica que participa en el ejercicio de funciones públicas y que el legislador acude a una ficción (considerar a dicho sujeto como funcionario) para equiparar estas conductas a las cometidas por un funcionario que tenga a su cargo por razón de sus funciones caudales públicos; cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, pp. 285 y 286.

MUÑOZ CONDE apunta también que para atribuir la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, se tiene que dar «esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales o efectos públicos, o de los documentos en cuestión)», en relación con los artículos 416

también parece considerarlo así en los artículos 422 y 435 del CP, porque establece el mismo *quantum* de pena al particular que al funcionario público o Autoridad que realiza esas conductas. Incluso en el artículo 440 el *quantum* de pena a imponer a los sujetos activos es superior a la pena impuesta en el artículo 339, en lo referente a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela⁽¹²¹⁾. Ahora bien, el artículo 416 conmina a los particulares encargados de la custodia y despacho de documentos con una pena inferior a la que corresponde al funcionario que comete esta misma conducta, lo que ha sido valorado por algún sector doctrinal de forma positiva⁽¹²²⁾. En este punto debemos poner de manifiesto que el legislador no ha sido coherente al prever, en algunos casos, la misma pena al particular que al funcionario que realiza la misma conducta, mientras que en el supuesto del artículo 416, no ha mantenido la misma valoración en cuanto al *quantum* de la pena a imponer.

2. Supuestos de autoría de un particular expresamente tipificados

También existen otros tipos como el artículo 414. 2º, que tipifica la conducta llevada a cabo por un particular consistente en destruir o inutilizar los medios puestos por la Autoridad competente para impedir o restringir el acceso a un documento, con una pena inferior a la del funcionario público

y 435, 2º del CP; cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 924. Además, esta interpretación está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 del CP. Cuando este precepto se refiere a la titularidad de la posición jurídica del sujeto, se ha distinguido entre el concepto formal (*status*) y el concepto material (contenido de las funciones que tiene atribuidas y que le otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio) de administrador, que a veces coinciden aunque no siempre, lo cual nos lleva a afirmar con Muñoz Conde/García Arán que se ha puesto el acento más que en el cargo (*status*) que se ostenta, en las funciones efectivamente desempeñadas; cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4ª ed., tirant lo blanch, 2000, p. 524. El motivo por el que es necesaria la regulación expresa de las actuaciones en lugar de otro se fundamenta en que sujetos que no poseen el elemento formal de la autoría del delito, entran en la misma relación que el sujeto idóneo desde un punto de vista material, como ha señalado GRACIA MARTÍN. Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: AP, nº 16, 1993, p. 225.

(121) FEIJÓO SÁNCHEZ considera en relación al artículo 440 del Código penal que en este precepto se prohíbe a personas con deberes jurídicos o posiciones jurídicas especiales que no son funcionarios o autoridades, realizar determinadas actividades y concluye afirmando que no se protege el correcto funcionamiento de la Administración pública, sino de otras instituciones; cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1688.

(122) Cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1216. No estoy de acuerdo con lo que mantienen estos autores al concluir que el reproche jurídico debe ser distinto según la concreta vinculación de los sujetos activos con el objeto tutelado; cfr. los mismo, ob. cit., p. 1216.

o Autoridad que realiza la misma conducta descrita en el artículo 414. 1º. Conviene señalar que esta conducta del particular complementa al artículo 414. 1º que castiga al funcionario público o Autoridad que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso y que consiente su destrucción o inutilización. *Morales Prats* y *Rodríguez Puerta* estiman que la circunstancia de que el ataque provenga de un particular es tomada por el legislador para atenuar la pena, ya que el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración vincula de distinta forma a los funcionarios y a los particulares⁽¹²³⁾. En mi opinión el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración del que hablan estos autores no es suficiente para explicar el contenido de lo injusto de este tipo delictivo. Por el contrario, el contenido de injusto se explica por el hecho de que el particular accede de un modo puramente fáctico al dominio social para lesionar el bien jurídico protegido, pero es el funcionario público quien ostenta la función de dominio social inherente a su *status*. En virtud de este acceso se realiza la conducta por el particular que fundamenta un desvalor diferente del que se recoge en el delito de daños⁽¹²⁴⁾. Este acceso del particular al dominio social en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido, comporta una diferente valoración jurídico-penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta el dominio social típico, y en virtud del cual realiza la conducta delictiva del artículo 414. 1º. Este es el motivo que fundamenta la atenuación de la pena en el artículo 414. 2º del CP.

3. Supuestos de participación expresamente tipificados

A continuación vamos a estudiar el fundamento en virtud del cual unos tipos penales han recogido expresamente la responsabilidad del partícipe (*extraneus*) junto a la del funcionario público o Autoridad (*intraneus*)⁽¹²⁵⁾, como

⁽¹²³⁾ De modo que, a juicio de estos autores, el distinto *status* de unos y otros comporta una diversa valoración jurídico-penal de sus conductas; véase *MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1209 y 1216.

⁽¹²⁴⁾ *MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1210, consideran que si no existiese esta cláusula, la conducta del particular sería atípica o, a lo sumo, estaría integrada en el delito de daños, incapaz de expresar el completo desvalor de la conducta.

⁽¹²⁵⁾ De La Mata Barranco señala que estas previsiones «tratan de solucionar por expresa regulación positiva cuestiones que afectan a la teoría de la participación criminal, bien elevando a la categoría de autor otras formas de colaboración, bien contemplando expresamente la posibilidad de participación del particular en un delito de funcionario

sucede en los artículos 418 y 423. 2º con una pena inferior a la impuesta para los funcionarios públicos y en los artículos 406, 423. 1º y 429, donde se establece la misma pena⁽¹²⁶⁾. La característica común en todos estos supuestos es que el funcionario público ostenta el dominio social típico en la estructura social en la que se encuentran los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la Administración Pública, y en la que son competentes para ejercitar la función social a la que está destinado el bien jurídico involucrado en la misma. El acceso al dominio social típico por parte del particular está efectivamente determinado por el funcionario público. El problema que se plantea es precisar la relación que existe entre la acción de los particulares y el ejercicio de la función pública que, como hemos visto, constituye el punto de referencia del tipo. Así, como afirma Feijóo Sánchez el particular que realiza la conducta tipificada en el artículo 418 del CP⁽¹²⁷⁾, necesita previamente que el funcionario haya consumado la conducta descrita en el art. 417 del CP. La conducta del particular sería impune como atentado contra la Administración pública si no existiera este tipo delictivo⁽¹²⁸⁾. En este caso concreto el acceso al dominio social típico tiene lugar en la fase de agotamiento del delito, como también sucede en el

o, por el contrario, distinguiendo ambas responsabilidades, tratando de ofrecer vías alternativas a una complicada discusión doctrinal que no atiende en muchas ocasiones, como se indicaba, la diversidad de opciones que han de proponerse en razón del delito al que dicha teoría pretende aplicarse»; cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales*, IVAP, 1997, p. 112; Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, p. 187.

(126) En relación a la equiparación de las penas entre el funcionario que comete cohecho pasivo y el particular que comete cohecho activo, cfr. Olaizola Nogales, I.: *El delito de cohecho*, pp. 190 y ss.

(127) En este precepto se establece que «el particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años».

(128) Cfr. Feijóo Sánchez, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1693, nota 77. Ahora bien, si quien hace uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, es una autoridad o un funcionario público con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, habrá que aplicar el artículo 442. Sobre las relaciones entre los arts. 418 y 442 del CP, véase MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1223.

Si se tienen en cuenta estas consideraciones se llega a la conclusión de que la pena del artículo 418 es inferior a la del 442: la pena del artículo 418 es de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resulta grave daño para la causa pública o para un tercero, la pena será de prisión de uno a seis años. La pena del 442 es de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si se obtiene el beneficio perseguido se impondrá la pena en su mitad superior. Si resulta grave daño para la causa pública o

artículo 405 del CP, donde se tipifica, como una modalidad comisiva del delito de nombramientos ilegales, la simple propuesta de la Autoridad o funcionario público, aunque no se haya llegado al nombramiento o a la toma de posesión que, como apunta *Muñoz Conde*, constituyen actos posteriores impunes ya castigados con la propuesta⁽¹²⁹⁾. Como la intervención del particular que acepta el nombramiento, propuesta o toma de posesión tiene lugar en la fase de agotamiento del delito⁽¹³⁰⁾ recogido en el artículo 405⁽¹³¹⁾, su castigo no podía haberse efectuado a través de las reglas generales de la participación delictiva, porque no se acepta la codelincuencia entre la consumación formal y la terminación o agotamiento del delito⁽¹³²⁾. En suma, en los dos supuestos contemplados se tipifican conductas de participación en el agotamiento del delito porque son difíciles de reconducir a las reglas generales de participación. El fundamento en virtud del cual la conducta del particular está expresamente regulada y castigada junto a la actuación del funcionario público, es que mientras el funcionario público ostenta el dominio social típico, el *extraneus* accede al mismo en el que se desarrolla la función pública⁽¹³³⁾, y tanto uno como otro tienen un poder de decisión acerca de la situación del bien jurídico.

En otros casos nos hallamos ante los “tipos de participación necesaria”, de modo que además de requerirse una conducta activa por parte del autor del delito, es necesario que otro sujeto lleve a cabo una “acción positiva” para su apreciación, como sucede con el delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429)⁽¹³⁴⁾, o en el cohecho donde se tipifica en el artículo 423 la conducta del particular que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompie-

para un tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

(129) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 932.

(130) La consumación del artículo 405 no precisa la terminación o el agotamiento material de la lesión del bien jurídico. La consumación se produce con la realización formal de los elementos del tipo y antes del eventual agotamiento material del hecho; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, PG*, 5ª ed., L 13/79; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 708 y 709 [trad. p. 859].

(131) La conducta del particular que se tipifica en el artículo 406 y que consiste en aceptar la propuesta, tiene lugar una vez que el funcionario público ha realizado el comportamiento recogido en el artículo 405.

(132) Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 708 y 709 [trad. p. 859]; BITZILEKIS, N.: *Vollendung und Beendigung der Straftat*, ZStW, 1987, p. 733.

(133) Por su parte han apuntado MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, que también la función pública puede resultar lesionada o puesta en peligro a través de conductas de particulares; cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1179.

(134) Véase RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *La responsabilidad de particular en el delito de cohecho*, Revista de Derecho y proceso penal, nº. 1, 1999, p. 188.

ren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos con las mismas penas de prisión y multa que éstos⁽¹³⁵⁾. Gimbernat Ordeig puso de manifiesto que «mientras que en la prevaricación... el *intraneus* puede realizar el delito completamente solo, no es este el caso del cohecho»; «la tendencia —aunque tal vez sea inconsciente— tiene mucho mayor vigor cuando el legislador siente, al tipificar la conducta del partícipe, que está tipificando un comportamiento que acompañará siempre —y necesariamente— al delito en cuestión»⁽¹³⁶⁾. Los motivos que fundamentan la tipificación de la conducta del particular en estos delitos se pueden explicar asimismo desde el punto de vista de la teoría del dominio social. En efecto, como el funcionario público o Autoridad ejerce una función de dominio social en la estructura social en la que está involucrado el bien jurídico protegido en estos delitos, la acción del particular tiene un efecto lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico porque accede al dominio social que ostenta el sujeto cualificado. El bien jurídico protegido en tales delitos resulta afectado no sólo por el funcionario sino también por el particular⁽¹³⁷⁾, ya que en esta clase de delitos la intervención del particu-

(135) La doctrina suele señalar, por ejemplo, que el cohecho es un delito de convergencia en el que se necesita la concurrencia de dos personas: un particular y un funcionario público o autoridad [cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 188], o de participación necesaria [cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1229; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 285 y ss.], ya que no se exige que el sujeto activo sea sólo un funcionario público sino que se tipifica la participación en el delito de cohecho expresamente. Sobre este artículo 423 MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *ComNCP*, pp. 1836 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 185 y ss.

(136) Véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 294 y 295. Para VELEJE ALVAREZ «el particular que con dinero logra hacer nacer en el funcionario la voluntad de cometer un delito en el ejercicio de su cargo no hace más que inducirlo o instigarlo a cometer el referido delito, y ése es el fundamento dogmático de la incriminación del corruptor. Quiere ello decir que en la tipificación del intento de corromper al funcionario estamos ante un caso normal de instigación a cohecho elevado a categoría de delito autónomo»; cfr. VELEJE ALVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, p. 247. OLAIZOLA NOGALES recientemente ha considerado que «se regulan expresamente estas conductas porque *normalmente* en el delito de cohecho intervienen dos personas, el funcionario corrupto y el particular corruptor, y el legislador ha indicado expresamente la responsabilidad de cada uno de ellos, en vez de dejarlo conforme a las reglas generales de participación. Pero al hacerlo, se refuerza el argumento de la unilateralidad del delito de cohecho, porque resalta que lo importante es la conducta de cada sujeto por su lado»; véase OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 189 y 190.

(137) Sin embargo, en relación al delito de cohecho OLAIZOLA NOGALES considera que «el bien jurídico protegido en el delito de cohecho sólo puede afectarse directamente por el funcionario, ya que el particular no tiene la capacidad funcional de lesionar el correcto funcionamiento de la Administración, es el funcionario el que “desde dentro” puede actuar con criterios ajenos a la imparcialidad, objetividad y legalidad»; cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 190.

lar es una condición que posibilita un determinado ejercicio del dominio social típico que ostenta el funcionario público⁽¹³⁸⁾.

En los restantes delitos especiales contra la Administración pública en los que el legislador no haya previsto expresamente la participación de un *extraneus*, nos plantearemos si puede sostenerse el mismo fundamento material para que el *extraneus* responda por el delito especial⁽¹³⁹⁾.

IV. EL PARTÍCIPE *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR UN *INTRANEUS*

En este apartado vamos a efectuar un análisis del tratamiento de la problemática que plantea la participación de un *extraneus* en un delito especial cometido por un autor *intraneus*. En primer lugar hay que señalar que en este ámbito de cuestiones, la opinión dominante distingue entre la participación en un delito especial propio y un delito especial impropio, lo que supone que el castigo de los partícipes *extranei* en un delito especial se fundamente de distinta forma según se trate de una u otra clase de delitos⁽¹⁴⁰⁾. En segundo lugar, la doctrina mayoritaria considera injusta la equiparación punitiva del *intraneus* y del *extraneus* a pesar de que el segundo no infringe los deberes especiales, y aunque al respecto existen diversos razonamientos, la doctrina converge en un fin último reconocido de forma expresa por casi todos los autores: la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales para tener en cuenta el distinto (menor) contenido de injusto que hay en el *extraneus* en quien no concurre la cualidad personal.

1. La diferenciación en el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios

En los delitos especiales propios la especial cualidad del sujeto activo fundamenta la existencia del delito, de modo que sólo se incluyen en el tipo,

⁽¹³⁸⁾ Véanse más argumentos en RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *La responsabilidad de particular en el delito de cohecho*, Revista de Derecho y proceso penal, nº. 1, 1999, pp. 195 y ss.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 294. Este autor concluye precisamente que la regla del cohecho no es excepcional, sino que rige para los restantes delitos especiales.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. por todos, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 51 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4ª ed., tirant lo blanch, 2000, pp. 515; CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, nº. 8, 1995, p. 99; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 181.

como autores, algunas personas especialmente caracterizadas (por ejemplo, en los delitos que ahora nos interesan el funcionario público o autoridad)⁽¹⁴¹⁾. Los delitos especiales impropios se caracterizan porque pueden ser cometidos por cualquiera, pero las propiedades del autor exigidas por el tipo suponen una agravación de la pena⁽¹⁴²⁾. Precisamente, es en el ámbito de los delitos especiales impropios donde se ha planteado la conveniencia o no de romper el título de la imputación y al respecto han surgido las siguientes posturas y argumentos.

Una primera postura aboga por la ruptura del título de imputación en virtud de la aplicación, ya sea directa, ya sea por analogía *in bonam partem* del artículo 65. 1 del Código penal —el artículo 60. 1 del Código penal anterior—, que determina que las circunstancias personales únicamente pueden ser aplicadas a los partícipes en quienes concurren⁽¹⁴³⁾,⁽¹⁴⁴⁾. En mi opinión esta doctrina

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 252 y 253; CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 207; ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 283; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 31; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214].

⁽¹⁴²⁾ Cfr. JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., p. 266; LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen*, p. 456; CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 207; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 252 y 253; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214].

⁽¹⁴³⁾ La aplicación directa del art. 60. 1 del CP anterior fue defendida para los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo por CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, volumen I, 14ª ed., Ed. Bosch, 1975, revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, p. 456, y PACHECO, J. F.: *Código Penal*, Tomo II, 5ª ed., Madrid, 1881, p. 510, quien considera que «conjuntamente con los empleados que cometen este delito, pueden concurrir particulares que sean co-autores, cómplices o encubridores en él. El presente capítulo no dice sobre ellos nada; pero claro está que no es aquí donde debe buscarse su pena. Tales delitos, en tales delincuentes, son sólo privados, y corresponden a títulos que hallaremos después». Modernamente aplica directamente el art. 65. 1 a los delitos especiales impropios CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 207.

⁽¹⁴⁴⁾ La postura que aboga por la ruptura del título de imputación pero considera que el artículo 65.1 es aplicable sólo por analogía *in bonam partem*, es sostenida por autores como ESCRIVA GREGORI, pp. 232 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 349 y ss., 354.; BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4ª ed. pp. 381 y ss.: «la Jurisprudencia ha entendido (con razón) que el precepto del art. 65 se refiere tanto a las circunstancias genéricas (arts. 21 y 22 CP.) como a las contenidas en los delitos particulares». En los delitos especiales propios considera que «el partícipe no cualificado es punible con una pena atenuada por la vía del art. 21. 6»; BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 359 y ss.; 297 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, pp. 97 y ss.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995)*, AP, n.º 8, 1996, pp.

que parece ser la dominante incurre en graves contradicciones y conduce a resultados injustos. En efecto, la aplicación del art. 65. 1 a la participación en delitos especiales determinará que cuando éstos sean impropios se castigue al *extraneus* con la pena atenuada prevista en el delito común paralelo, pero debería determinar también consecuentemente la total impunidad de este *extraneus* cuando el delito especial en el que ha participado es uno propio, ya que en estos casos no existe ninguna figura de delito común paralela. Para evitar estas inconvenientes lagunas de punibilidad la doctrina a la que ahora hacemos referencias opta —y aquí radica su incoherencia— por la inaplicación del art. 65. 1 a los delitos especiales propios, pero entonces se incurre en una nueva contradicción, en este caso de índole valorativa, pues carece de explicación que se atenúe la pena del extraño en relación con delitos en que la cualidad especial de la que carece simplemente modifica la gravedad del hecho, y que no se atenúe dicha pena en aquellos delitos en los que dicha cualidad fundamenta lo injusto específico del hecho⁽¹⁴⁵⁾.

Junto a estas posiciones doctrinales existe otra que mantiene la unidad del título de imputación porque, por un lado, es consecuencia obligada en un Código en el que está vigente el principio de accesoriedad de la participación⁽¹⁴⁶⁾. La participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor⁽¹⁴⁷⁾, por lo que el autor principal va a determinar

21 y ss., si bien es cierto que esta autora sólo se refiere a los delitos especiales propios; MORENO y BRAVO, *Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo (coautoría mediata y delitos impropios de omisión)*, pp. 93 y ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Mantienen que el art. 65. 1 del CP no se aplica a los delitos especiales propios, a título de ejemplo, CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 207; BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4ª ed. p. 382; CORDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 252.

Por otro lado y con carácter general véase sobre esta postura que considera que es inaplicable el artículo 65 —artículo 60 del anterior CP— a los delitos especiales propios, BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 251 y ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163. GOMEZ RIVERO considera que el carácter accesorio de la participación obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en la comisión de un delito que sean partícipes en el mismo; véase GOMEZ RIVERO, M. C.: *La inducción a cometer del delito*, Valencia, 1995, pp. 163 y ss.

Sin embargo, mantienen otra postura PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 22 y ss.; el mismo, *Concurso*, pp. 25 y ss, 181 y ss. A juicio de este autor el principio de accesoriedad que rige la participación en nuestro ordenamiento jurídico penal, tiene sólo un sentido de "límite" negativo y no implica la necesidad de admitir la "accesoriedad positiva" que supone la comunicación al partícipe de los elementos personales. PEREZ ALONSO, E. J.: *Teoría general de las circunstancias*, p. 237.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 661 [trad. p. 799].

el hecho en virtud del cual se castigará a los partícipes⁽¹⁴⁸⁾. La punibilidad de un causante de tales delitos en quien no concurre personalmente tales elementos sólo puede explicarse mediante la idea de la *accesoriedad* de su conducta con respecto a lo injusto de otro en quien concurre aquellos elementos, como ha advertido *Jakobs*⁽¹⁴⁹⁾, de modo que la participación no se debe a sí misma su contenido de injusto, sino que éste procede de la contribución o favorecimiento de un hecho ajeno⁽¹⁵⁰⁾. Por otro lado, según esta posición doctrinal el artículo 65 del CP es inaplicable a estos supuestos, pues se refiere a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas de los artículos 21, 22 y 23 del CP⁽¹⁵¹⁾. En suma al partícipe *extraneus* se le hace responder como partícipe del delito especial cometido por el *intraneus*⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 215.

⁽¹⁴⁹⁾ Véase JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 660 y 661 [trad. p. 797].

A la hora de analizar el título de imputación de la participación en los delitos especiales sobre todo desde el contexto de los delitos de infracción de un deber, se suele afirmar que el partícipe se encuentra conectado con el hecho principal a pesar de carecer del *status*, o en palabras de *Jakobs*, «la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles» (cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 660 [trad. p. 797]), de modo que en los delitos de infracción de un deber el hecho principal vincula al partícipe con una institución positiva que no le concierne como ha afirmado SÁNCHEZ-VERA. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 171 y 172. Según este último autor se trata de una accesoriedad en el sentido original del término latino "*accedere*": el *extraneus* "participa" en el delito de infracción de un deber mientras se adhiera a una lesión de un deber ajeno. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 172.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 144. Sobre el principio de accesoriedad en el anterior Código penal y en el Código penal alemán, véase el mismo, ob. cit., pp. 152 y ss., 159 y ss.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/42; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 185. En relación al anterior Código penal: QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 63 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 279 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 115; el mismo, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 149 y ss.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. además de los autores citados en la nota anterior, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 276 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 65 y ss.; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 166 y 167; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 926; ROCA AGAPITO, R.: *El delito de malversación*, p. 335. Como aval de esta postura hay que hacer referencia a una corriente jurisprudencial; véase sobre la misma BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 223 y ss. Las sentencias aludidas están recogidas en la p. 227, nota 17.

En Alemania defienden la unidad del título de imputación CORTES ROSA, ZStW, 90, 1978, pp. 413 y ss.; WAGNER, H.: *Amtsverbrechen*, Duncker & humblot, 1975, p. 398; ROXIN, C.: LK, 11ª ed., 1994, § 28, nº. 4 y ss.; JESCHECK, H. H.: LK, 11ª ed., 1997, comentario previo

Esta última postura es, a mi juicio, la más convincente por varios motivos. En primer lugar, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la Administración pública no es la infracción de un deber, sino el dominio social típico que ostenta el funcionario público y en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de una manera esencial u ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales⁽¹⁵³⁾. Este elemento fundamenta lo injusto específico de estas figuras delictivas y, por ello, está sometido a la categoría dogmática del tipo⁽¹⁵⁴⁾, lo cual impide no sólo que quede sometido al régimen de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 65 del CP puesto que este artículo es aplicable a las circunstancias de la parte general y no a los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva⁽¹⁵⁵⁾, sino que además impide aplicar este precepto por analogía al no contemplarse una identidad de razón entre la circunstancia de prevalerse del carácter público del responsable y el ejercicio del dominio social. La circunstancia de prevalerse del carácter público del responsable supone un dato concreto y determinado que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto⁽¹⁵⁶⁾ y se debe apreciar cuando un funcionario se prevale del carácter público de su *status*⁽¹⁵⁷⁾. Sin embargo, en estos delitos especiales que estamos tratando lo básico para la tipicidad es la realización de la acción por un funcionario en el ejercicio de las funciones que caen dentro de sus competencias, lo que implica una situación de mayor accesibilidad del bien jurídico protegido⁽¹⁵⁸⁾. El dominio social que constituye el sustrato material para limitar la esfera de los posibles autores, se fundamenta en el ejercicio de una función pública y es el motivo por el que los delitos especiales propios e impropios adquieren una significación normativa propia. La diferencia entre el ejercicio de la función pública y el prevalerse del carácter público estriba en que, en éste último ámbito, el

al § 331, nº. 12; RUDOLPHI, H. J.: SK, 5ª ed., comentario previo al § 331, nº 5, pp. 7 y 8; SÁNCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999.

(153) Cfr. *supra*.

(154) Véanse GRACIA MARTÍN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 280 y ss.

(155) Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., 1997, p. 135. Véanse los autores citados en la nota.

(156) Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 350 en relación con las circunstancias en general. CEREZO MIR define la circunstancia como «todo hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad»; véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 350. En relación con esta circunstancia concreta CEREZO MIR, J.: *ob. cit.*, p. 397.

(157) Cfr. OLAZOLA NOGALES, I.: *Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*. IVAP, 1997, p. 91.

(158) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss.

sujeto se aprovecha de la cualidad de funcionario público pero no dentro de la actividad que le es inherente y con respecto a cuyo ejercicio se protege un bien jurídico de un modo específico frente al funcionario⁽¹⁵⁹⁾. En segundo lugar, el partícipe *extraneus* en un delito contra la Administración pública, generalmente, *conoce* que al funcionario público o a la autoridad le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social.

De la exposición efectuada resulta ya cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios⁽¹⁶⁰⁾. En los delitos especiales propios no existe una figura paralela común porque normalmente el bien jurídico sólo existe en una estructura social determinada que está dominada por sujetos muy definidos, en el caso de los delitos contra la Administración pública, los funcionarios públicos o las autoridades que ejercen sobre ella su dominio⁽¹⁶¹⁾. En los delitos especiales impropios es cierto que se protegen bienes jurídicos accesibles en principio al dominio de todos. Pero cuando el bien jurídico ha entrado circunstancialmente en una determinada estructura social dominada por cierta clase de sujetos definidos, el Derecho penal, dada la especial exposición del bien jurídico y su especial vulnerabilidad por el dominio de tales sujetos, valora como más grave el ataque en tales estructuras y otorga una protección especial destacada de la protección general frente a todos⁽¹⁶²⁾. Así cuando un *extraneus* ha participado en un ataque al bien

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*. IVAP, 1997, p. 90. Esta distinción aparece recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990, (A. 6254) en cuyo Fundamento de Derecho número VII se establece que «la circunstancia referida se refiere expresamente al prevalimiento del carácter público y no al abuso de la función, es decir, que el agente obra como particular más prevaleciéndose de las funciones o carácter público que ejerce, haciendo valer su posición oficial para llegar al objeto propuesto, a la realización del proyectado hecho. Aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su delictuoso móvil». Cfr. además, las STS de 2 de julio de 1941 (A. 946), 29 de octubre de 1956 (A. 3329), 5 de diciembre de 1973 (A. 4911), 30 de octubre de 1987 (A. 7635), de 19 de julio de 1993, (A. 6488).

⁽¹⁶⁰⁾ SÁNCHEZ-VERA considera asimismo que si se aplica consecuentemente la teoría de los delitos de infracción de un deber no existe un campo para los delitos de infracción de un deber impropios. Por el contrario, tanto en los delitos de infracción de un deber propios o impropios se trata de igual manera de la lesión de una institución positiva; cfr. SÁNCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 195 y ss., 203 y ss.; JAKOBS, G.: *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, p. 150.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 98.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 98.

Por este motivo no estoy de acuerdo en la conclusión a la que llega MIR PUIG cuando afirma en relación con el artículo 167 del Código penal que «cuando la ley prevé

jurídico en el seno de estas estructuras sociales realizado por un *intraneus* que ostenta el dominio social típico, su conducta (de partícipe) contiene el desvalor que se expresa en el delito especial sea propio o impropio, de modo que convenimos con la opinión doctrinal que considera que respecto del extraño que participa en un delito especial propio o impropio, el extraño responde con base en el delito especial. Consecuentemente, todos los que intervienen ya sea como autores —y ostentan el dominio social típico— o como partícipes —y acceden al dominio social típico para lesionar más fácilmente al bien jurídico protegido— responderán por el delito especial cometido, puesto que se han establecido determinadas conexiones fácticas y valorativas que son relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal. El autor *intraneus* de un delito especial se caracteriza porque ejerce el dominio social típico en virtud de una función específica mediante la que accede al bien jurídico protegido pudiendo lesionarlo, por lo que concurren elementos que son desfavorables y que fundamentan o gravan su responsabilidad. El *extraneus* que participa con un *intraneus* en la comisión de un delito especial, aunque es un sujeto que *formalmente* no pertenece a la esfera de posibles autores, participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que sólo se puede producir a través del dominio social típico en el que está involucrado dicho bien y que ostenta el autor *intraneus*⁽¹⁶³⁾. Ello es un signo desfavorable que tiene un fundamento material. En estos supuestos la imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* se fundamenta en que accede a un dominio social típico para lesionar más fácilmente un bien jurídico. La imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* es proporcionada a la gravedad de lo injusto que se ha cometido, es decir, valerse de un dominio social típico que ostenta un *intraneus* para lesionar más fácilmente un bien jurídico. Por ello podemos afirmar también que el castigo del partícipe *extraneus* conforme al delito especial se fundamenta en juicios de merecimiento y necesidad de pena⁽¹⁶⁴⁾.

cualificaciones accidentales como la de ser el sujeto autoridad o funcionario, la mayor pena que se prevé para el sujeto sólo puede imponerse a dicho sujeto —no al particular que interviene en el hecho, que, aunque sea inductor o cooperador no ha de verse como un partícipe en un delito especial del funcionario, sino en el único delito existente de detenciones ilegales— y tanto si es autor en sentido estricto como si es uno de los autores asimilados del art. 28»; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/43.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 363 y ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Sobre estos juicios cfr. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 78 y ss.

2. La atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial

Llegados ya a este punto en estos supuestos de intervención de un *extraneus* en un delito especial debemos plantearnos si merece o no, realmente, una atenuación de la pena. Al respecto se puede afirmar que existe unanimidad en la doctrina en torno a la exigencia de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* y ello porque, como ha afirmado *Díaz y García Conlledo* en relación con los delitos especiales con un carácter más general, es injusta la solución que hace responder de modo similar a los *intranei* y a los *extranei*, ya que no se tiene en cuenta el «distinto (menor) contenido de injusto que en el *extraneus* pudiera haber por no concurrir en él la cualidad personal»⁽¹⁶⁵⁾. Sin embargo, la doctrina difiere en las distintas soluciones que tienen como fin atenuar la pena del partícipe *extraneus*. Así, por ejemplo, *Gimbernat Ordeig* señala «que el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos especiales de funcionarios es evidente. Pero, con razón o sin ella el Código Penal no lo ha recogido como tal circunstancia. Inventarla no me parece dogmáticamente posible»⁽¹⁶⁶⁾. Y propuso en su momento que el juez impu-

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, p. 157. Para CHOCLAN MONTALVO la opción de castigar con la misma pena al *intraneus* que al *extraneus*, «se ha considerado manifiestamente injusta»; cfr. CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio*, AP, nº. 8, 1995, p. 98.

Para DIAZ y GARCIA CONLLEDO, «el menor desvalor de la conducta del *extraneus* se fundamenta por el hecho de que la falta de cualificación lo aleja o distancia (en caso de participación *stricto sensu*) más que en los casos normales del ámbito de lo típico en los delitos especiales, es decir, su conexión con lo típico existe, pero es menor que en los casos normales, lo cual justificaría la no exclusión de los *extranei* de la punición, pero sí una rebaja en la misma»; cfr. el mismo, ob. cit., pp. 161 y 162. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS apunta en el marco de los delitos contra la Administración pública, que «el extraño, al no concurrir en él la condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante, por así decirlo, del nacimiento de la figura penal alrededor de la cual giran las correspondientes participaciones delictivas»; cfr. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995)*, AP, nº. 8, 1996, p. 22. A juicio de esta autora se detecta una falta de adecuación respecto a la utilidad y necesidad de pena, si se castiga al partícipe extraño en los delitos especiales propios con una pena restrictiva de derechos de inhabilitación especial. Considera más acorde con la política criminal la aplicación de una pena de multa; cfr. la misma, ob. cit., p. 23.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 292; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, p. 231, nota 55. GONZALEZ CUSSAC también ha apuntado que el artículo 21. 6º se refiere sólo a las circunstancias atenuantes, y entre ellas no se encuentra la de *no ser funcionario público*; cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., 1997, p. 135.

siera al *extraneus* participe el grado mínimo de la pena del delito especial en virtud del arbitrio que le concede la ley⁽¹⁶⁷⁾. *Díaz y García Conlledo* propone como vía de solución «tanto para los delitos especiales propios como para los impropios, la referencia a la infracción de deberes contenida en el parágrafo 32 del Código penal austriaco. En cualquier caso en un Código penal que dé suficiente margen al juego de las circunstancias agravantes y atenuantes, en el supuesto de los delitos especiales impropios, con una interpretación hábil de los preceptos, se pueden conseguir en muchos de los casos soluciones bastantes adecuadas al desvalor de las conductas y, en general, a los postulados de la justicia material» suscribiendo las soluciones propuestas por *Gimbernat*⁽¹⁶⁸⁾. Estas opiniones doctrinales solucionan la cuestión de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* mediante la aplicación de una atenuante genérica, lo que puede llevar en muchas ocasiones a soluciones comparativamente injustas.

Los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei*, no pueden tener para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intranei*. El menor potencial lesivo de estas acciones degrada, entonces, la medida de su injusto y su contenido de injusto tiene un significado diferente que debe reflejarse en la medición de la pena⁽¹⁶⁹⁾. El tratamiento de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* debe encontrar su lugar sistemático en las reglas de medición de la pena, manteniendo la unidad del título de imputación⁽¹⁷⁰⁾. En concreto, se propone de *lege ferenda* un precepto que establezca una atenuación de la pena, para aquellos supuestos en los que falte en los partícipes *extranei* las circunstancias personales que *fundamentan* o *agravan* la punibi-

(167) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 293, nota 204.

(168) Cfr. DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 166 y 167.

En concreto para BOLDOVA PASAMAR al partícipe extraño que interviene en un delito especial propio habría que aplicarle una atenuante porque no está vinculado con el deber específico que vincula al autor, de modo que «tanto para los delitos impropios como para los propios se estaría prescribiendo una misma solución a base de circunstancias: en los delitos especiales impropios no se aplican al extraño los efectos de lo que es materialmente considerado como circunstancia específica, mientras que en los propios se intenta apreciar en el no cualificado una atenuación, igualmente circunstancial, aunque genérica». BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 255. Crítica con esta solución OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 182.

(169) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, p. 230.

(170) Véase la propuesta de GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 115, nota 64.

lidad de la conducta y que consistiría en disminuir la pena a imponer al autor del delito especial propio o impropio en un grado⁽¹⁷¹⁾,⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷¹⁾ CEREZO MIR ha considerado que sería deseable introducir en el Código penal *de lege ferenda* un precepto que establezca una atenuación de la pena para aquellos supuestos en los que falte en los partícipes *extranei* las circunstancias personales que fundamentan la punibilidad de la conducta; cfr. CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 207. Como, por ejemplo, sucede con el parágrafo 28 del StGB que establece que «1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales, que fundamentan la responsabilidad del autor, se deberá atenuar la pena según el parágrafo 49, párr. 1. 2) Si la ley determina que los elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, esto sólo vale para aquel interviniente (autor o partícipe) en que concurra». Sobre este parágrafo, véase, ROXIN, C.: LK, 11ª ed., 1994, nº 1 y ss.; HERZBERG, *Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmal*, GA, 1991, pp. 145 y ss.; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 162, 163, 164 y 165; GOMEZ RIVERO, M. C.: *La inducción a cometer del delito*, Valencia, 1995, pp. 130 y ss. Véase asimismo las consideraciones acerca de las posibilidades de atenuación de la pena del partícipe extraño en los delitos de infracción de un deber que realiza SÁNCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 211 y ss., distinguiendo si la contribución al hecho del *extraneus* realiza el *quantum* de un autor con una sola atenuación de la pena, o si el *extraneus* realiza sólo el *quantum* de una ayuda con una doble atenuación de la pena.

El parágrafo 14 del StGB austriaco establece que «1) Cuando la ley haga depender la punibilidad o la gravedad de la pena de cualidades o relaciones personales especiales que se refieran al injusto del hecho, se aplicará la ley a todos los intervinientes, incluso cuando esas cualidades o relaciones concurren sólo en uno de ellos. Pero, si el injusto del hecho depende de que el titular de las cualidades o relaciones personales especiales ejecute inmediatamente el hecho o colabore en él de una forma determinada, deberá cumplirse también este requisito. 2) Si por el contrario las cualidades o relaciones personales especiales afectan exclusivamente a la culpabilidad, se aplicará la ley únicamente a los intervinientes en que concurren dichas cualidades o relaciones». (Este sistema parte de un concepto unitario de autor). Véase BOLEA BARDON, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo blanch, 2000, pp. 85 y ss.

⁽¹⁷²⁾ Por su parte, PEREZ ALONSO considera que para conseguir la no impunidad del partícipe se debe pagar el "alto precio" de equiparar la pena del inductor o cooperador extraño con la del autor material del delito especial propio y es necesario acercarse a la justicia material mediante la aplicación analógica, a favor del reo, de las reglas de disminución de la pena previstas para la tentativa. Cfr. PEREZ ALONSO, E. J.: *Teoría general de las circunstancias*, pp. 240 y 241.

ESTADO DE DERECHO Y CORRUPCIÓN

Edgardo Alberto Donna
Universidad de Buenos Aires
Argentina

SUMARIO:

I. El problema de la corrupción en el Estado de Derecho. 1. *Análisis General*. 2. *El núcleo de la corrupción*. II. La administración pública. III. El autor en los delitos contra la administración pública y los delitos de deber. 1. *Análisis general*. 2. *Los delitos de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública*. 3. *Los delitos de infracción de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188)*.

I. EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

1. *Análisis General*

El tema de los delitos cometidos por funcionario público, —entendiendo esta denominación en sentido amplio—, tiene como punto de partida, el Estado de Derecho que se basa en una constitución, de tipo liberal-democrático, que adopta la división de poderes, la independencia entre ellos, el respeto por los derechos fundamentales. Además, el Estado, antes mencionado, tiene entre otras características principales que es aconfesional, laico, que busca el desarrollo de la educación, la protección de la salud y la seguridad social de las personas. El Estado constitucional tiene un componente progresivo, con dimensiones liberales y sociales que buscan el equilibrio y

que tiene su fundamento en el iluminismo que exige una sociedad abierta y pluralista⁽¹⁾.

Esta Constitución, en palabras de Peces-Barba, significa la llamada por Häberle la Constitución cultural, que se funda en la dignidad humana, el contractualismo, la soberanía popular, el principio de las mayorías, la limitación del poder, el sometimiento de los gobernados y gobernantes a la ley, la laicidad, la tolerancia, que no son otra cosa que los elementos centrales de la cultura política y jurídica de la modernidad⁽²⁾.

Es decir, para ponerlos en otras palabras, una constitución que tiene en cuenta la subjetividad de la persona. En consecuencia, este Estado, subordinado a las leyes, exige en el Derecho Penal la imputación subjetiva. Existe una relación directa entre la Pena, —que solo puede ser impuesta por el Estado y dentro de él, por el Poder Judicial—, la acción de la persona y su culpabilidad, esto es, la voluntad de estar en el ilícito⁽³⁾.

En este contexto se inscribe el problema de los funcionarios públicos y su responsabilidad frente a la sociedad. El individuo ha creado al Estado y le ha dado facultades y él mismo se ha obligado, para evitar la guerra⁽⁴⁾. Este modo de ver las cosas, implica un sujeto al servicio de la sociedad, no al servicio de su provecho, ya sea económico, ya sea social. El arbitrario uso del automóvil, como ejemplo útil, sirve para entender el problema. No se justifica el auto oficial, salvo para pocos funcionarios, como ser el Presidente de la Nación, de la Corte Suprema y del Congreso. El resto deberá utilizar los medios de transporte público, su automóvil o sus pies. No se entiende, en este sentido, salvo que sea una monarquía, el porqué de este privilegio y la razón de una desventaja en relación al hombre común. El daño social del funcionario que no cumple con sus funciones o abusa de ellas, pone en crisis el Estado tal como se ha explicado *ut supra*. Desde este punto de vista su corrupción equivale al antiguo golpe de Estado, a punto tal, que la desconfianza social, el consenso, queda comprometido. Esto es, no es tema menor. El problema está en lo siguiente: si se quiere que el diálogo social exista, debe el funcionario respetar la ley. Este es el punto. Cuando la ley es violentada el sistema entra en crisis, porque los demás ciudadanos verán

(1) PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Honrar a la Constitución*, en diario *El País*, del viernes 18 de julio de 2003, p. 9.

(2) Ídem nota anterior.

(3) KÖHLER, Michael, *Die bewusste FAHRLÄSSIGKEIT*, Carl Winter, Universität verlag, Heidelberg 1982, p.133 y ss.

(4) DONNA, Edgardo, *Derecho Penal, Parte General*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, p. 200.

que la norma no es respetada y nada se podrá hacer, desde el punto de vista social.

Por lo tanto, el tema del funcionario público, de su concepto, de su posibilidad de ser autor de los delitos que los códigos penales han tipificado, se encuadra dentro de este modelo de Estado. Si nos referimos a otro tipo de Estado, especialmente los modelos que se han dado en Latinoamérica, antidemocráticos, sistemáticamente autoritarios, esto es, no liberales y violadores de los derechos humanos básicos, entonces hay que aseverar que se trata de un Estado anticonstitucional, corrupto en su esencia e inadmisibile desde el punto de vista político-jurídico y de los derechos básicos del hombre. Por ende cualquier explicación dogmática sobre este tipo de Estado a nuestro juicio es superflua, debido a que no existe ley alguna por sobre el autócrata que manda.

En este sentido, y en contra de una corriente que no ha sabido leer bien la obra, ha sido Wagner, en *El oro del Rin*, y de acuerdo a los últimos estudios, quien ha perfilado el rostro del funcionario fascista, que en su base demagoga, es esencialmente corrupto. En este sentido el personaje de Hagen es quizás el prototipo del fascista en su papel de apoyo o sostén del rey Gunther, ya que realiza el trabajo sucio necesario para poder mantener el poder. La idea está contenida en la expresión: "Nuestro honor se llama fidelidad". Éste es, según el autor citado, el procedimiento más puro de admiración al héroe totalitario. Tales actos son realizados para el rey aun cuando se causen víctimas y sean para ese Estado graves delitos. Quien sabía este doble juego fue sin duda Hitler, cuando en vistas al Holocausto se sirve de Himmler como su Hagen. Esto resulta claro en un discurso de Himmler a los grupos de jefes de la S.S. en Posen el 4 de octubre de 1943. Allí expresa abiertamente la idea de los homicidios en masa de los judíos, "como una página nunca escrita de nuestra historia". Los asesinatos de mujeres y niños son exigidos expresa y definitivamente. "Yo mantengo para mí la autorización, la exterminación de esos hombres para evitar la formación, luego de la venganza para nuestros hijos. Se debe hacer desaparecer a este pueblo de la tierra". "*Ich hielt mich nämlich nicht für berechtigt, die Männer auszurotten –sprich also umzubringen oder umbringen zu lassen–, und die Racher in Gestalt der Kinder für unsere Söhne und Enkel groß werden zu lassen. Es musste der schwere Entschluss gefasst werden, dieses Volk von der Erde verschwinden zu lassen*"⁽⁵⁾.

(5) ZIZEK, Slavoj, "Tanz der lebenden Toten", en: *Die Zeit*, N° 33, 7-8, 2003.

Este funcionario es el que la Constitución que hemos aceptado, considera absolutamente ilegal, la doctrina desprecia, el ciudadano común rechaza y nosotros abominamos. Es el que pone a la persona por sobre la ley y en consecuencia admite cualquier orden ilegal del "jefe" sólo por serlo, el que usa los recursos del Estado para su provecho, el que usufructúa al Estado como un coto de caza propio, en fin, el que se olvida del bien común. Y entonces se puede decir que Hagen los representa, casi de una manera exquisita.

En síntesis, y para evitar cualquier confusión, se parte del punto de vista que el Estado es aquel surgido de la Constitución a la cual están sujetos todos los poderes del Estado. Todos deben obediencia a la ley, por sobre el partido, la corporación y, es más, por sobre sus deseos.

2. El núcleo de la corrupción

La llamada corrupción de los funcionarios públicos ha pasado en América hispánica a ser casi una constante. No es explicación suficiente el decir que es una situación ínsita al sistema capitalista, porque ello lleva a justificar el delito y a aceptarlo como normalidad, cosa que no es así. Por lo demás, el tema también existe en sistemas no capitalista, como fue en su momento la China Popular. No se tiene en cuenta que la corrupción destroza el sistema democrático. Esta situación es aprovechada por aquellos que intentan reemplazar la política por los gerentes empresariales, que es otra forma de aprovechamiento de los bienes públicos.

La falta de una cultura democrática, producto de golpes de Estado, y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio privado llevan a que la llegada a la función pública, en cualquiera de sus jerarquías, tiene como consecuencia el acrecentamiento del patrimonio propio en perjuicio del pueblo en general. De ahí la importancia de volver sobre estos temas, no para solucionarlos con la pena, que sigue siendo en este y en cualquier otro ámbito la *ultima ratio*, sino para precisarlos, en vista al respeto al principio de legalidad⁽⁶⁾.

Dölling, afirma que, es difícil dar un concepto de corrupción, tanto de los funcionarios públicos, en el ámbito público, así como en la criminalidad económica en el ámbito de las personas privadas.

⁽⁶⁾ De suma importancia es la Convención Interamericana contra la Corrupción. En ella se han precisado algunas cuestiones que hacen a nuestro tema.

Por ello es necesario intentar dar un concepto de corrupción que trate de englobar todos los supuestos que la ley trata. En este sentido se pueden dar algunas características del concepto de corrupción: se trata del mal uso que el funcionario público le da a su tarea dentro del Estado, ya sea en la actividad económica como en el mandato político, que puede ser en beneficio propio como de terceros. De todas formas, se puede dar un criterio cuando que afirma que el núcleo de la corrupción significa que una persona, que tiene un deber concreto de desempeñar un cargo, realiza, ya sea por acción o por omisión, en el ámbito de su función o de su competencia, "acciones ilícitas" en su provecho o de terceros. Es decir, utiliza su posición de poder para alcanzar beneficios que no le corresponde. Bien dice Dölling que de estos conceptos surgen el centro del injusto y de la peligrosidad de la corrupción: el cumplimiento de la obligación a través de la admisión de dádivas o ventajas no se orienta a aceptar las reglas vigentes, sino a buscar ventajas prohibidas por el orden jurídico. En consecuencia, tal sujeto ya no cumple con los fines de la organización en la cual la sociedad confía, sino que le produce un daño⁽⁷⁾.

Es notorio que dar una definición de este tipo de delito es compleja y difícil. Tampoco lo hace la ley, sino que soñó tipificar diversas formas de conductas que conforman la idea de corrupción. Desde esta perspectiva se puede afirmar que bajo este concepto caen todos los malos usos del poder con el fin de alcanzar una ventaja, de cualquier tipo que no es legal. En esta idea entran también los casos de criminalidad económica, que tanto la legislación, como la doctrina han, en nuestro país dejado de lado. Con esta idea base se puede afirmar que el núcleo de la corrupción se encuentra en la idea que una persona que tiene deberes específicos de cuidado o salvaguardia, obtiene por una acción u omisión en el ámbito del cumplimiento de sus deberes una ventaja indebida. Puede la persona ser parte de una organización, tanto pública como económica. El sujeto que obtiene esta ventaja, en este marco, quiere influir en el ámbito de sus deberes, con el fin de la obtención de ese beneficio. Es en este sentido que se habla del abuso de su posición de poder con el fin de alcanzar su propósito. Luego no cumple con las normas, sino en la medida que logra sus propósitos y por esa razón, cuando no se alcanzan, incumple las leyes. Está claro que la corrupción entra en el ámbito de la violación de los deberes que tiene el funcionario en cuanto tal, para cumplir los fines de la administración, para mejor vivir de la comunidad⁽⁸⁾.

(7) DÖLLING, Dieter, *Handbuch der Korruptionsprävention*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, pp. 2/3, nm. 1-2.

(8) DÖLLING, ob.cit. Kapitel I, nm.2.

Esta es idea central del problema, en el ámbito jurídico, esto es, la persona (jurídica) colocada en un lugar en la cual debe funcionar de acuerdo a fines expresamente previstos por la ley, en favor del Estado, y este en favor de la comunidad, rompe con la norma jurídica, desnaturaliza el concepto de personas, desestabiliza el sistema y se aprovecha de ese cargo a los efectos de obtener beneficios propios, que van, desde el uso no legal de un automóvil hasta la apropiación de dinero, la exigencia de dádivas o el contrato espurios con terceros.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El Estado de Derecho, protector de los derechos humanos básicos, que surge de nuestra Constitución, es un producto de la modernidad, que tiene su base en la teoría de la separación de poderes, originada en Inglaterra. El derecho fundamental clásico es la protección contra la detención arbitraria, que fue formulada por Coke de la siguiente forma: "*No man can be taken, arrested, attached, or imprisoned, but by due process of law and according to the law of the land*"⁽⁹⁾. Esto quería significar, en el lenguaje de la Carta Magna inglesa de 1215, un acto constitucional, por el cual los barones rechazaron las pretensiones de soberanía del rey, encuadrándolas en los límites de los viejos derechos constitucionales. De esa Carta Magna surge el artículo 39: "ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destruido, salvo decisión judicial basada en la ley". Por ende, la base del Estado constitucional y de los derechos humanos se encuentra en esta idea, contenida en el Derecho Constitucional inglés, por el cual "la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad"⁽¹⁰⁾. Y también es el fundamento de la división de poderes, que posteriormente toma Montesquieu, a partir de la experiencia de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de éste, hasta que se encuentra con límites. "*C'est une expérience éternelle, que tout homme qui'a du pouvoir est porte a en abuser: il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites*". La teoría de la división del poder estatal o por lo menos de sus órganos, y la oposición de las partes respectivas para que se contengan recíprocamente, sirven de base al Estado moderno, creado bajo la impronta de Hobbes y la idea de soberanía del Estado. En la lucha por la limitación de ese poder es que tanto ha gravitado la teoría en cuestión, y sin duda ha contribuido, con sus

⁽⁹⁾ Citado por KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, 1980, p. 208.

⁽¹⁰⁾ KRIELE, ob. cit., p. 209; DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1, par. 8, pp. 89 y ss.

limitaciones, dentro del Estado constitucional, a la defensa de los derechos fundamentales del individuo⁽¹¹⁾.

Ayuda a esta división la distribución de las diferentes funciones estatales entre diversos órganos constituidos por personas físicas distintas. Para realizar tal distribución, se introdujo el principio de la separación de poderes, siguiendo la idea base de que quien hace las leyes no debe ser el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas. El que las ejecuta no debe hacerlas ni aplicarlas. El que las aplica no las debe hacer ni ejecutar⁽¹²⁾.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría se desprende que ésta se manifiesta en una "división de funciones" juntamente con una "división de órganos", de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados⁽¹³⁾.

Frente a esta teorización, el problema consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado, dentro del título en cuestión. Y está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica, que antes hemos intentado definir, y que es de la esencia del Derecho Administrativo, sino que adquiere una amplitud ciertamente mayor. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas, siempre teniendo en cuenta el bien jurídico básico que es

(11) DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. I, pp. 157 y ss.

(12) GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1994, t. I, pp. VII, 1 y 2.

(13) Es de hacer notar la posición crítica que tiene sobre este tema Octavio de Toledo, en *Prevaricación del funcionario público* (Civitas, 1980, pp. 189 y ss.). "Ahora bien, arrancar del rechazo de la teoría de la separación de poderes implica en mi opinión —dice el autor citado— afirmar un principio de soberanía popular que es excluyente del de la división de poderes. O lo uno o lo otro. O soberanía popular o división de poderes. Y esta soberanía popular, lamentablemente, no puede encontrarse hoy en la realidad. Así las cosas, parece preferible en la actualidad seguir una vía alternativa que, intentando eludir (con la triste impresión de no conseguirlo) toda reconstrucción del sistema, y expuesta al peligro de hacer un uso alternativo de las instituciones burguesas que constituya una mistificación práctica, logre evitar ambas cosas y, en cambio, permita una elaboración teórica adecuada a la fase del desarrollo actual" (p. 193).

la autonomía del sujeto, sobre el cual giran todos los demás. De modo que la administración pública tiene en el fondo también esa relación⁽¹⁴⁾.

En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto de administración pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XI del Código Penal sobre administración pública es algo muy amplio: es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes. Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, al decir de Altavilla⁽¹⁵⁾. Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal.

Jescheck en su aporte al *Leipziger Kommentar*⁽¹⁶⁾ es difícil dar un concepto integrado del bien jurídico en delitos de funcionarios. Sin embargo de acuerdo a la mayoría de las disposiciones existentes se trata de la protección de la regularidad y de la legalidad de la gestión o del ejercicio del cargo por parte del funcionario y del interés del Estado en la honestidad y legitimidad de la administración de justicia, así como de la confianza en la integridad del aparato estatal, que se comprende bajo la expresión "prohibición del abuso de poder o del abuso de funciones"⁽¹⁷⁾.

III. EL AUTOR EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS DELITOS DE DEBER⁽¹⁸⁾

1. *Análisis general*

Como se sabe, el autor es el centro de la imputación penal. Este sistema de imputación, que tiene en cuenta la voluntad de la persona, debe enten-

⁽¹⁴⁾ DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, pp. 113 y ss.

⁽¹⁵⁾ Altavilla, Enrico, "Concezione penalistica della amministrazione", en: *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, 1938, p. 103.

⁽¹⁶⁾ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Straftaten im Amt, Vorbemerkungen*, Vor § 331, nm. 8 y ss., en: *StGB, Leipziger Kommentar*, Großkommentar, 11. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997, p. 478.

⁽¹⁷⁾ Ibidem.

⁽¹⁸⁾ DONNA, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, pp. 11 y ss., y t. II, capítulo referente al dolo (en prensa).

derse como una forma de imputación que con justeza ha ganado Occidente y que, sin duda, puede no existir, es más se han dado en otros momentos y en la actualidad la exigencia de solo una imputación de tipo objetivo, meramente causal y a veces meramente casual, especialmente en algunas tribus de indios. Desde Aristóteles, pasando por Tomas de Aquino, Kant y Hegel, hasta nuestros días se ha hecho responsable al autor solo en la medida del querer de su voluntad. Desde esta posición, es una exigencia que el la acción o el resultado se debe imputar a la voluntad libre de la persona, de modo que la imputación objetiva es una mera imputación causal, que sin duda es un avance por sobre la posible imputación mágica, como en el caso de Edipo Rey.

La voluntad libre de la persona termina con la posible imputación más allá de del sujeto que actúa, tanto en los delitos dolosos como imprudentes.

La tipificación de este tipo de conductas, en su gran mayoría describe tipos penales que exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público. En este punto es necesario hacer algunas aclaraciones en cuanto al tema de la función de garantía que tendría el funcionario público. Ha sido Rudolphi quien sostuvo que si bien es cierto que existen —en el derecho de policía y del orden administrativo— variados deberes de protección, no se debe de allí una posición de garante del funcionario público, en el sentido del § 13 del Código Penal Alemán. En este sentido sería el propio ciudadano el responsable por la conservación de su esfera jurídica, que se manifiesta en el derecho de legítima defensa, estados de necesidad. De manera que, en principio, solo en los casos “en los casos de internamiento de personas enfermas psíquicas o en el caso de organización de una protección especial de personas por parte de la policía, se puede afirmar según Rudolphi, la concurrencia de una posición de garante del correspondiente funcionario”.⁽¹⁹⁾ Esta posición, afirma Zaczek no fue aceptada por el BGH (38-388 y ss.) cuando afirmó que “cuando incumbe a la policía evitar peligros para la seguridad y orden público, ello no es solamente un deber frente a la generalidad sino que más bien tal deber existe precisamente también para la protección del bien jurídico individual; ambos fines de protección están inseparablemente unidos”⁽²⁰⁾. En esta sentencia,

(19) ZACZYK Reiner, Sobre la posición de garante de los funcionarios, en Libertad, derecho y fundamentación de la pena, traducción de Nuria Pastor Muñoz, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 323. El trabajo se presentó en el homenaje a Hans Joachim Rudolphi, en 2004 y la cita es en base a la tesis doctoral de este autor: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz”, entre otras publicaciones sobre el tema

(20) ZACZYK, ob.cit. p. 324.

afirma, el autor citado, "lo decisivo es la afirmación de que el derecho público fundamenta una posición de deber para el funcionario que lo coloca precisamente en esa relación de proximidad con el bien jurídico en cuestión que caracteriza la posición de garante"⁽²¹⁾. Esta posición, aparentemente interesante, tiene sus graves problemas. Algo hemos dicho sobre el individuo y el Estado y la obligación de éste de actuar a los efectos de salvar la libertad del primero, que es su única justificación. Ahora bien si se sigue la posición del fallo del BGH, "existirían deberes jurídicos concretados a favor de todos los individuos consistentes en construir relaciones de protección y de evitar peligros ya en la medida en que sean reconocibles, esto es, por así decirlo de patrullar constantemente. El Estado de control que resultaría de ello sería tan impagable como intolerable"⁽²²⁾.

De modo que se debe reducir este papel de garante y se podría decir, entonces, "que existen ámbitos que solamente se constituyen mediante el contexto estatal y cuya conservación y garantía incumben al propio Estado, por ejemplo, la actividad del castigo, la jurisprudencia, el poder ejecutivo considerado en sí mismo. En estos casos, la omisión de una actividad afecta directamente a la esencia del bien jurídico estatal. De ahí que haya que afirmar una posición de garante del funcionario competente en cada caso en el marco de su círculo de deberes"⁽²³⁾.

En este contexto tienen cabida los llamados delitos de deber, entre los que sobresalen los delitos de los funcionarios públicos, en el marco de sus funciones y, adelantando lo que se va a decir, su incumplimiento tanto puede ser por acción como por omisión, no necesitando, de ninguna manera una clausula especial, similar al § 13 del Código Penal Alemán o el 11 del Código Penal Español.

Ahora tiene más sentido la explicación de estos delitos como especiales propios⁽²⁴⁾. En estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho, en este caso, con deberes es-

⁽²¹⁾ Ibidem. También Kahlo Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2001, p. 262 y ss. En este sentido el autor sostiene que desde la misma base de la autonomía, que hemos escrito, se puede hacer responsable al funcionario habida cuenta los fines del Estado y la posición de garante del funcionario, frente a esos fines.

⁽²²⁾ ZACZYK, ob.cit. p. 324.

⁽²³⁾ ibidem, p. 335

⁽²⁴⁾ DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, 1999.

peciales, que surgen, en Argentina de la ley. De manera que aquel que no es funcionario —el llamado extraño— no puede ser autor de estos hechos punibles, cuando así esté descripto en el tipo penal, ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor, sencillamente porque no tiene deberes a su cargo. Sí es posible, es obvio, la participación en el hecho típico del funcionario⁽²⁵⁾. En este sentido, Lange había definido a estos delitos como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico, sólo son comisibles por determinadas personas⁽²⁶⁾. Cerezo habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico⁽²⁷⁾. Frister afirma, en este sentido que "...las exigencias para que un aporte al hecho fundamente la autoría (o autoría) deben ser modificadas cuando, mediante la acción común, se realiza un delito especial comisible sólo por determinado círculo de personas. Según este punto de vista en los delitos especiales la ley describe la conducta de tipo delictivo no como una acción determinada, sino como lesión a un deber determinado"⁽²⁸⁾.

En los delitos de deber (*Pflichtdelikte*), la autoría se funda en la lesión a un deber especial. Roxin contrapone los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) a los delitos de deber (*Pflichtdelikte*)⁽²⁹⁾. En estos últimos, señala el autor, no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña⁽³⁰⁾. Por ende, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal, o penal en su caso, que está lógicamente preordenado a la ley, y que puede proceder de otros ámbitos jurídicos o encontrarse en ámbito penal. La autoría se determina, desde esta perspectiva. Ahora bien, este deber exige que la persona se comporte de acuerdo a esta obligación, y en consecuencia la infracción consciente del deber, tanto por acción como por omisión, fundamenta ahora la autoría⁽³¹⁾. Este deber no surge directamente de la norma penal, que es la que desencadena la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes

(25) MAURACH y Gössel, AT, 47, V, 116; RG 63, 35; BGH, 4, 359.

(26) LANGE, *Das Sonderverbrechen*, p. 456.

(27) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte general*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, t. II, p. 113.

(28) FRISTER HELMUT, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Marcelo Sancinetti y revisión de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, cap. 25, nm. 31.

(29) ROXIN ha vuelto a insistir en el t. II de su *Derecho Penal*.

(30) ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal cit.*, p. 383 y ss.

(31) Ídem nota anterior, p. 383/384.

que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho⁽³²⁾, aunque pueden estar en lo penal. Esto lleva a que poco importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión⁽³³⁾.

Frister ha sostenido que la particularidad de estos delitos es que se equipara la acción con la omisión. "La renuncia al requisito del dominio del hecho se justifica a partir de que el obligado no sólo tiene que omitir la lesión del bien jurídico típico, sino protegerlo de tales menoscabos. En razón de este deber de garante, en los delitos de deber no importa que él tome en forma externa o interna la decisión sobre la comisión del hecho. Aquel que tiene que proteger un bien jurídico no se desgrava diciendo que dejó en manos de otro la decisión sobre su lesión. Por ello, en caso de una intervención activa en la lesión del bien jurídico nunca deberá ser penado como cómplice sino siempre como autor de una comisión"⁽³⁴⁾.

Esto explica y justifica el por qué se explican estos delitos, sin necesidad de recurrir a la idea de peligro abstracto, sin poner en duda su legalidad, es más, pasan el baremos de racionalidad, en vista a la protección al bien jurídico.

2. Los delitos de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública

Como se dio Ut supra, la doctrina sostiene que en los delitos de deber (*Pflichtdelikte*) la autoría se fundamenta en la lesión a un deber especial, que sería extratípico. En este punto Roxin contrapone los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) a los delitos de deber (*Pflichtdelikte*). En estos últimos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor ya que la sanción se afirma sobre una persona que infringe los deberes que pesan sobre él, los cuales se derivan del papel o del rol social que desempeña⁽³⁵⁾. Por ende, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley que, como se ha dicho, procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina, desde esta perspectiva, por el deber específico,

⁽³²⁾ ROXIN, ob. cit., p. 385; la crítica está en: Maurach y Gössel, ob. cit., § 47, nota marginal 117.

⁽³³⁾ La doctrina mayoritaria ha aceptado esta posición. Puede verse Cramer, en: Schönke y Schröder, 21ª ed., p. 322, 32.

⁽³⁴⁾ Frister, ob.cit. 22, 36.

⁽³⁵⁾ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* cit., p. 384 y ahora *Strafrecht*, AT, Band II, Verlag C. H. Beck, München, 2003, § 25, D.

que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los que están implicados a comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la teoría⁽³⁶⁾. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos no sea relevante que la infracción sea por acción o por omisión⁽³⁷⁾. En palabras de Roxin: "El elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que estén antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originen en otras ramas jurídicas [...] Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera la figura central del suceso, como autores, precisamente debido a esta obligación..."⁽³⁸⁾ Quien tiene ese deber es guardián y preservador del bien jurídico amenazado⁽³⁹⁾.

De la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurren los demás elementos del tipo, responden como autores. Un ejemplo estaría dado por el tipo penal de la administración fraudulenta, en el cual se quebranta el deber de velar por un patrimonio ajeno. Este delito es interesante, porque sólo es obligado quien incumple el deber, pero, aparece también la idea del perjuicio.

Se parte del presupuesto de que en estos delitos no se requiere para la autoría que exista el dominio del hecho y es suficiente que el agente incumpla su deber, por acción u omisión. La consecuencia más importante es que si el funcionario deja la ejecución de la acción a un tercero, que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría, también será autor, en este caso, mediato.

De allí que se haya sostenido que el problema del llamado instrumento no doloso no cualificado tiene una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. Partícipe será sólo aquel que coopera en

(36) ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* cit., p. 384.

(37) La doctrina mayoritaria ha aceptado esta posición. Puede verse Cramer, en: Schönke y Schröder, 21ª ed., p. 322, 32. También la doctrina fue admitida en España, de manera completa. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro* cit., t. 1, p. 316.

(38) ROXIN, *Autoría...* cit., p. 387.

(39) ROXIN, ob. cit., p. 409.

la realización del tipo, sin vulnerar el deber especial extrapenal, que fundamenta la autoría.

3. Los delitos de infracción de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188)⁽⁴⁰⁾

Ahora bien, este esquema de los delitos de deber es aplicable al Derecho Argentino, con más razón, luego del dictada, por el Congreso de la Nación la llamada "Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública" (ley 25.188), donde se establecen expresamente los deberes del funcionario y la consecuencia de su incumplimiento, que tiene su correlato con los tipos penales existentes. Con ello se da pie al fundamento del injusto y se afirma la idea de que en estos delitos existe una violación a un deber, que está antes del tipo penal, que viene a definir al autor. Lo que llevaría, entonces, a la justificación dogmática en cuanto la mayoría se trata de delitos de peligro, como el cohecho, la malversación de caudales públicos y hasta la propia exacción.

La Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública establece en su artículo 2º una serie de deberes que, como se dijo, fundamentan la autoría en los delitos del Código Penal de los funcionarios públicos. La norma establece que los sujetos comprendidos en la ley se encuentran obligados a cumplir con los deberes y pautas de comportamiento ético⁽⁴¹⁾, agregando, no

⁽⁴⁰⁾ Se sigue en lo general nuestro trabajo en *Dogmática y ley penal*, homenaje a Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 177 y ss.

⁽⁴¹⁾ Capítulo II, *Deberes y pautas de comportamiento ético*.

Art. 2º – Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

- a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno;
- b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana;
- c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular;
- d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello;
- e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan;

dejando dudas del carácter jurídico de ellos, en su artículo 3º que su incumplimiento acarrea sanción y hasta la cesantía del cargo: *Todos los sujetos comprendidos en el artículo 1º deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieren serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función.*

La relación entre los deberes y los tipos penales se puede hacer de la siguiente forma:

- a) El artículo 2.a expresa que uno de esos deberes es “Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno”. Con este texto no hay problemas para fundamentar el artículo 248 del Código Penal, esto es el abuso de autoridad y el incumplimiento de deberes del funcionario, que se aparta del cumplimiento de ambos mandatos.
- b) Con el artículo 2.c, en cuanto expresa que el funcionario debe “Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”, se puede fundar el artículo 265 que tipifica las llamadas negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones. Es claro que la esencia de este delito es el desdoblamiento del funcionario público que al hacerlo hace valer el interés privado en contra del interés público⁽⁴²⁾.
- c) Del artículo 2.d, en cuanto exige “No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello”, surgen el delito de cohecho del artículo 256, las

-
- f) Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados;
 - g) Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa;
 - h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad;
 - i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil.

(42) Ver infra, Capítulo VIII.

exacciones ilegales del artículo 266 y la concusión, cualquiera sea la posición que se siga en este punto⁽⁴³⁾.

- d) Del artículo 2.f, que reza que el funcionario debe "Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados", y del 2.g, que afirma que el funcionario público debe "Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa", parecen fundarse la malversación de caudales públicos y el peculado de los artículos 260 y 261 del Código Penal.

⁽⁴³⁾ Ver infra, Capítulo IX.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DELITOS ESPECIALES PROPIOS

**Análisis de los delitos contra la Administración
Pública en el Código Penal argentino desde el
punto de vista del estatus de funcionario del autor**

Gustavo Eduardo Aboso
Argentina

SUMARIO:

I. Introducción. II. Concepto normativo de funcionario público. III. Delitos especiales propios: dominio del hecho vs. infracción de deber. IV. Contenido y alcance del bien jurídico "administración pública". 1. La adecuación social. 2. Aspectos esenciales del bien jurídico tutelado: la pluriofensividad. V. El aspecto económico: el patrimonio público. 1. El delito de malversación de caudales públicos. 2. Los delitos doloso e imprudente de peculado. 3. El retardo de pago. VI. La obediencia interna a la administración. 1. Desobediencia en el ámbito militar. 2. Incumplimiento de las formalidades en el arresto o formación de causas contra los integrantes del poder público. VII. La usurpación de la función pública. 1. Usurpación arbitraria de la función pública por parte de funcionario público. VIII. La violación de los deberes funcionales. 1. Abuso de autoridad. 2. Incumplimiento de los deberes funcionales. IX. La objetividad en el ejercicio funcional. 1. El delito de cohecho pasivo. 2. El cohecho impropio. 3. Negociaciones incompatibles con la función pública. 4. Exacciones ilegales. 5. Concusión. 6. Utilización de información privilegiada. 7. Enriquecimiento ilícito. 8. Omisión dolosa de declaración jurada. 9. El prevaricato judicial. 10. Dictado de prisión preventiva ilegal. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del autor, las infracciones penales se clasifican en delitos comunes y delitos especiales⁽¹⁾. A su vez, entre estos últimos, se distinguen los delitos especiales propios de los impropios. Particularmente nos habremos de referir en el presente trabajo a los delitos especiales propios y así a la subcategoría de los llamados “delitos de funcionario público” en relación con su regulación en el título denominado “Delitos contra la Administración Pública” del Código Penal argentino. El objetivo de esta investigación es demostrar la estrecha vinculación que existe entre la naturaleza del bien jurídico tutelado y el estatus de autor de estos delitos. En otras palabras, la autoría viene definida en este caso por la especial posición que ocupa el funcionario respecto del objeto de tutela que define al injusto personal de estos delitos especiales. Cuestión altamente discutible es determinar el fundamento material de dicha atribución, como veremos a continuación.

También nos ocuparemos de delimitar el contenido material y alcance del bien jurídico tutelado bajo la rúbrica de “Delitos contra la Administración pública”, ya que no existe un consenso definitivo en la literatura penal sobre este extremo, en especial, porque dicho concepto es insuficiente por sí

(1) HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Schwetschke, Halle, 1833, pp. 558 y ss. Este autor denomina a los delitos de funcionario como *delicta propria*. El sujeto activo de los delitos especiales es el servidor público civil (*Civilstaatsdiener*) que infringe un deber legal. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1888, pp. 279 y ss., 870 y ss. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil, Engelman, Leipzig, 1902, p. 140; KÄPERNICK, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. Mittelbare Täterschaft dargestellt nach dem deutschen und österreichischen geltendem Recht und dem gemeinsamen Entwurf von 1927*, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig, 1932, p. 54; HERZBERG, “Eigenhändige Delikte”, *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 82 (1970), pp. 896 y ss., 914 y ss. ZIESCHANG, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Boorberg, Stuttgart, 2012, marg. 37. HEINTSCHEL-HEINEGG, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, München, 2010, § 25/7; BRINGEWAT, *Grundbegriffe des Strafrechts*. Grundlagen. Allgemeine Verbrechenslehre. Aufbauschemata, 1. Aufl., Nomos, Baden, 2003, 319; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 788; DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 2008, p. 48; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Editorial CYMYS, Barcelona, 1974, p. 11; CEREZO MIR, *Derecho penal*. Parte general, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2008, p. 959; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2ª ed., Maestros del Derecho Penal, Gonzalo D. Fernández (dir.), Gustavo E. Aboso (coord.), N° 20, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2006, pp. 199 y 223; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 1996, p. 306. Crítico, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Colección Justicia Penal, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 112 y ss.

solo para poder explicar lo injusto típico de estos delitos. Si bien la primera regla de interpretación del sustrato material del bien jurídico tutelado por las normas de naturaleza penal es la semántica, en este caso dicha premisa resulta claramente insuficiente para determinar las multifacéticas finalidades que tienen cada uno de los preceptos en juego. Por ejemplo, en el delito de cohecho pasivo (art. 256 Cód. Penal argentino), la falta de venalidad de los funcionarios como la incolumidad del funcionamiento de la administración estatal en relación con la objetividad en la toma de decisiones se conectan de manera inmediata con los intereses éticos sociales tutelados por esta norma. En cambio, cuando nos referimos al falso testimonio (art. 275 Cód. Penal argentino), la denuncia falsa (art. 245 loc. cit.), etc., resulta difícil armonizar la finalidad tuitiva de estas infracciones con aquellos bienes jurídicos, en todo caso, *ex hyphotesis*, podríamos mencionar que el normal funcionamiento de la administración de justicia, y su consecuencia de evitar el dictado de sentencias injustas basadas en falsas representaciones o hechos inexistentes, constituyen los ejes sobre los que se fundamenta la necesidad de represión de estas conductas.

No es necesario para nuestro propósito evaluar de manera detenida cuáles son las funciones que cumple el bien jurídico para el derecho penal. En principio, podemos decir que el derecho penal racional y liberal está orientado a la necesidad de la afectación de un bien jurídico para la imposición de pena (principio de lesividad)⁽²⁾. A la par de esto surge de manera necesaria que la función limitadora del poder punitivo del Estado aparece como una de las más claras y menos objetadas de ellas, en especial, cuando en la actualidad se propone acudir a un derecho penal «moderno» para atender a las nuevas necesidades impuestas por la llamada «sociedad de riesgo». En este contexto, la concepción individual del bien jurídico enlazada con la necesidad de lesión está siendo cuestionada por aquella otra que subraya la importancia de acudir a los delitos de peligro abstracto como punto de partida metodológico en la lucha contra los nuevos desafíos impuestos por una sociedad industrializada, caracterizada por múltiples relaciones intersubjetivas y la potencialidad de los peligros inherentes que dichos contactos representan. En particular, se pretende acudir a un derecho penal «moderno» diseñado en función de los nuevos intereses necesitados de tutela que surgen de la dinámica de una sociedad industrializada o post-

(2) BUSTOS RAMÍREZ, "Principios garantistas del derecho penal y procesal penal", *Nuevo Foro Penal*, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, pp. 110 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido en un sistema penal garantista", *Nuevo Foro Penal*, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, p. 120.

industrializada, es decir, la importancia y trascendencia del medio ambiente, la seguridad en el tráfico vehicular, la lucha contra las actividades desarrolladas por organizaciones criminales, entre las que se cuenta inexorablemente el terrorismo y el tráfico de estupefacientes⁽³⁾.

Desde hace tiempo vienen resonando los ecos de una álgida disputa entre un derecho penal clásico, liberal, racional, frente a un derecho penal moderno con ribetes autoritarios⁽⁴⁾. En este enfrentamiento, los partidarios del sistema penal clásico sostienen que el derecho penal actual se manifiesta en muchos casos de manera simbólica, es decir, existe acá una oposición latente entre realidad y ficción, entre «funciones manifiestas» y «funciones latentes»⁽⁵⁾. De esta manera se desea poner de manifiesto que el derecho penal «simbólico» está orientado hacia las consecuencias, en otras palabras, se evidencia en los fines asignados a la imposición de una pena, en especial, vinculada con la llamada teoría de la prevención general positiva de la pena y su identificación con la confirmación de una expectativa de conducta⁽⁶⁾. También se expresa el derecho penal moderno en la utilización de delitos de peligro abstracto y la definición de bienes jurídicos universales (v. gr., la Administración de Justicia, la seguridad pública, la salud pública,

(3) PARIONA ARANA, "El derecho penal «moderno»", *Revista de Derecho Penal*, N° 20 (julio-2007), pp. 155 y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, "Los delitos de funcionario y la política criminal de la «sociedad de riesgo»", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 13/2003, pp. 67 y ss.

(4) JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, N° 97 (1985), pp. 751 y ss. [versión en español, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. por Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.]. En este trabajo, el autor repasa el ordenamiento penal en la búsqueda de anticipaciones punitivas que menoscaban el derecho penal de los ciudadanos al limitar la esfera interna de los contactos intersubjetivos. Por el contrario, el llamado derecho penal del enemigo optimiza, siempre según este autor, la protección de los bienes jurídicos al brindar una fundamentación para el adelantamiento de la punición de ciertos comportamientos, por ejemplo, la tentativa de participación del § 30 StGB alemán, la constitución de asociaciones criminales del § 129 StGB alemán, la falsificación de documentos del § 267 StGB alemán, entre otros ejemplos. También puede consultarse, MOCCIA, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", trad. por Ramón Ragués Vallès, *Política criminal y nuevo derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (ed.), Biblioteca de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

(5) HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", trad. Larrauri, en *Pena y Estado*, Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36.

(6) JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Nordrhein-Westfalen Akademie Wissenschaften und Künste, Schöningh, Paderborn, 2012, pp. 17 y ss., pp. 20 y ss. Este autor expresa que la validez de la norma es propiamente el bien jurídico penalmente protegido.

etc.), cuya construcción conceptual deja un amplio margen de incertidumbre sobre su verdadero contenido material⁽⁷⁾. La necesidad de prevenir la concreción de riesgos potenciales surgidos en el seno de la sociedad moderna, la multiplicidad de relaciones intersubjetivas anónimas (por ejemplo, en los medios de producción, distribución y comercialización de productos, el tráfico vehicular o el transporte aéreo, marítimo o fluvial de personas, la hiperconectividad que ofrecen los sistemas telemáticos y de comunicación en general) y el afán de evitar la lesión de bienes jurídicos individuales recurriendo al expediente de adelantar la barrera de punición de conductas valoradas en sí como peligrosas (*ratio essendi*), todo ello ha determinado a un sector de la doctrina penal a la promoción de una legislación de avanzada que permita precisamente abjurar de esos peligros contingentes que surgen de manera incontrolable en una sociedad altamente tecnificada. En ese caso, la presunta capacidad limitada de rendimiento de los bienes jurídicos individuales para poder contrarrestar esta fenomenología asociada a la necesidad de la producción de un resultado (desvalor de resultado), se ve superada por la adopción de los llamados bienes jurídicos universales que permiten reducir a su mínima expresión el desvalor del resultado y en su lugar cobra una relevancia absoluta el desvalor de la acción identificada con la creación o el aumento de riesgos prohibidos. En síntesis, la escuela de Frankfurt alerta sobre el peligro que se cierne sobre el derecho penal moderno orientado a las consecuencias jurídicas en lugar de los bienes jurídicos, cuyo cambio de paradigma proporciona un instrumento político que permite franquear los límites del poder público en desmedro de los derechos fundamentales de las personas.

En esta pugna de escuelas surge la lucha contra la corrupción y sus consecuencias dañinas para los sistemas democráticos de gobierno. Dicha lucha ha generado en los últimos tiempos una más severa y profunda intervención del derecho penal que se proyecta sobre la regulación de nuevos delitos, en muchos casos presumida su dañosidad social, y así extendiendo el campo de aplicación del derecho penal hacia actos meramente preparatorios bajo la lógica intrínseca del delito de sospecha que proyecta sus sombras sobre la vigencia de los derechos constitucionales (presunción de dolo, de culpabilidad), en especial en el proceso penal y la inversión del *onus probandi*. Es la lógica del derecho penal del enemigo⁽⁸⁾.

En el derecho penal romano existían leyes especiales que reprimían los delitos de corrupción y de cohecho de los funcionarios y magistrados.

(7) Díez RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido en un sistema penal garantista", pp. 131 y ss.

(8) ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, 1ª ed., 3ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2012.

Debe recordarse acá que en los primeros tiempos el ejercicio de una función pública era una cuestión honorífica que no generaba obligación alguna de remuneración por parte del Estado o de la comunidad. Esta saludable práctica fue con el tiempo desarticulada en la época de Catón y después fue necesario adoptar distintas medidas para evitar el enriquecimiento de los funcionarios. Por lo general, las leyes romanas establecían la nulidad de las donaciones realizadas a los procuradores o agentes, se declaraba como sospechosa toda contratación realizada entre los particulares y los funcionarios. A medida que la república se transforma paulatinamente en un imperio, la conquista o incorporación de nuevos territorios y la necesidad de su administración y control hizo inevitable la designación de funcionarios en representación de la metrópoli. De esta manera los casos de corrupción y abuso de poder se multiplicaron en el tiempo y así su necesidad de represión. Para contrarrestar dicha funesta tendencia se promulgaron sucesivas leyes que castigaban la venalidad de los magistrados y funcionarios romanos (*crimen pecuniarum repetundarum*). También se establecieron acciones para el recupero de los dineros o bienes producto del delito, en especial se puso en foco de la atención en las donaciones o entregas graciosas de los particulares a los funcionarios, incluso de aquéllas que adoptaban el ropaje de un acto jurídico de compraventa⁽⁹⁾.

En el derecho penal italiano del siglo XIX, la pena prevista para la comisión del delito de peculado, cohecho, entre otros, era de naturaleza económica, cuyo monto podía oscilar hasta el doble del obtenido ilícitamente por el funcionario⁽¹⁰⁾. Los delitos de funcionario estuvieron durante mucho tiempo considerados delitos políticos, al menoscabar el deber de fidelidad del servidor público hacia el soberano.

En la actualidad, en el marco jurídico europeo, se ha adoptado el Convenio para 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⁽¹¹⁾. En este instrumento internacional se define al “funcionario

⁽⁹⁾ Al respecto, MOMMSEN, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1991, pp. 441 y ss., 445 y ss.; BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 178, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 31 y ss., 217; HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, p. 560; MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pp. 872 y ss.; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, J. Guttentag Verlag, Berlin, 1900, p. 563.

⁽¹⁰⁾ KÖHLER, Josef, *Studien aus dem Strafrecht*, Das Strafrecht der italienischen Statuten von 12.-16 Jahrhundert, Heft 2-6, J. Bensheimer, Mannheim, 1897, pp. 663 y ss.

⁽¹¹⁾ D. O., C 195, de 25/6/97.

européo" como "cualquier persona que sea funcionario o agente contractual con arreglo al Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o al Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, así como las personas destinadas en comisión de servicio en las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza funciones equivalentes a las ejercidas por los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas." Mientras que el "*funcionario nacional*" es el "funcionario o persona al servicio de la Administración, con arreglo a la definición que figure en el Derecho nacional del Estado miembro en el que dicha persona tenga esa calidad, respecto de la aplicación del Derecho penal del Estado miembro de que se trate."

En Alemania, por caso, la Ley para la Lucha de la Corrupción del 13 de agosto de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*) amplió considerablemente los tipos penales que reprimen las exacciones ilegales y el cohecho (§§ 331-334), al relajar las exigencias normativas del acuerdo espurio en relación con el acto funcional determinado, pasando ahora a satisfacerse con uno indeterminado; la intervención de un tercero en la aceptación o exigencia del acuerdo ilícito, y también al regular el método ejemplo-regla para incrementar la pena aplicable en función de en casos especialmente graves. Posteriormente los §§ 332 y 334 del StGB alemán fueron modificados para abarcar a los funcionarios públicos que intervienen en el ámbito comunitario⁽¹²⁾.

En Suiza, por ejemplo, la ley federal del 22 de diciembre de 1999 incorporó en el Código Penal diversas disposiciones sobre el delito de corrupción (*Bestechungdelikte*) que atentan contra la imparcialidad y objetividad en la actuación pública⁽¹³⁾.

En la República de Perú, el Código Penal de 1991 introdujo profundas modificaciones en los delitos contra la Administración pública, incluso en los últimos tiempos se ha acrecentado la discusión sobre la necesidad de una nueva reforma de estos delitos, en especial, sobre la imprescriptibilidad de los delitos de funcionario público o la inclusión de modalidades omisivas en delitos que hasta ahora no la preveían⁽¹⁴⁾. En especial, el actual art. 80 *in fine*

(12) MÜNKEL, *Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger*. De lege lata un de lege ferenda, Bd. N° 61, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 17 y ss.

(13) STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. überarb. Erg. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2000, § 60, p. 390.

(14) URQUIZO OLAECHEA, "El Código Penal de 1991", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número Especial a los 20 Años del Código Penal Peruano, N° 23, 2011, Lima, pp. 23 y ss.; PARIONA ARANA, "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios

del Código Penal de ese país establece el doble de tiempo del plazo de prescripción para los delitos de funcionario contra el patrimonio del Estado⁽¹⁵⁾.

En nuestro país, la ley 25.188, denominada "Ley de Ética Pública", introdujo importantes modificaciones en algunos de los delitos de funcionario público, en especial, en los arts. 256, 257, 258, 265, 266 y 268, incorporándose nuevas figuras delictivas, como las de los arts. 256 bis y 258 bis. El Proyecto de Código Penal finalmente aprobado en 1921 preveía la pena de multa como sanción para los delitos de cohecho activo y pasivo, pero la Comisión la reemplazó por la de prisión en razón de "la importancia de esos delitos y la inmoralidad y peligro que ellos importan", a la vez que trocó el término "regalos" por el de "dádiva" que "es más comprensivo y fija mejor el concepto"⁽¹⁶⁾. Por lo demás, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y las exacciones ilegales fueron modificados en cuanto a su penalidad, ya que todas ellas preveían en su versión original la pena de multa, fijándose por último la de prisión.

Sin embargo, dicha confrontación no siempre ha sido estimada como necesaria y eficaz, en especial, en la década del '60 se proponía directamente descriminalizar el delito de cohecho y en su lugar aplicar el derecho administrativo sancionador en razón de las escasas condenas dictadas contra funcionarios públicos por la comisión comprobada de ese delito⁽¹⁷⁾. Luego de transcurridos cincuenta años la situación judicial permanece inalterada, ya que los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos por la comisión de delitos de cohecho prescriben en su gran mayoría (especialmente en Argentina), o bien es abrumadoramente mayor la cantidad de sobreseimientos o absoluciones en relación con la imposición de condenas efectivas.

En el marco de la Unión Europea, la corrupción de los funcionarios comunitarios ha sido una de las principales inquietudes para la adopción de un marco regulatorio de naturaleza penal de carácter trasnacional. Actualmente se discuten dos modelos en pugna para el tratamiento de la lucha

¿Medida necesaria para evitar la impunidad?", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 17 y ss.

(15) Art. 80. Prescripción de la acción penal. [...] "En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica." Este párrafo fue introducido por el art. 2° de la ley 26.360, publicada en B.O. del 29/9/94.

(16) Congreso de la Nación Argentina, Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Reunión N° 49, del 21/8/1921, p. 81.

(17) PETERS, "Beschränkung der Tatabstände im Besonderer Teil", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 77, (1965), pp. 481 y 482.

contra la corrupción en el manejo de las finanzas comunitarias como en el propio ejercicio de las facultades públicas: la *codificación* o la *asimilación*. El primero demanda la sanción de un código penal europeo, cuya función sería la de regular un conjunto de delitos relacionados con la administración europea y la determinación de reglas procesales para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos comunitarios responsables de esas infracciones. El segundo, en cambio, propone crear figuras penales especiales en cada una de las legislaciones penales de los países miembros, con arreglo a lo previsto por el art. 209-A del Tratado de la Comunidad Europea (art. 280 del Tratado de Ámsterdam)⁽¹⁸⁾.

II. CONCEPTO NORMATIVO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Previo a ingresar a fondo en el objeto de nuestro trabajo, resulta ilustrativo analizar brevemente el concepto normativo de funcionario público desde el punto de vista del derecho penal. Esta tarea está en cierta medida abonada con la definición de "funcionario público" recogida por el art. 77 del Cód. Penal argentino. Así pues, dice este art. 77, en sus párrafos cuarto, quinto y sexto, que: *"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. Por el término "militar" se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo."*

Esta delimitación conceptual del término "funcionario público" está también prevista por el párrafo segundo del art. 24 del Cód. Penal español⁽¹⁹⁾ y el § 11, Abs. 1 Nr. 2, lit. a, Nr. 2, lit. b, del StGB alemán⁽²⁰⁾.

(18) PRADEL, "Vías para la creación de un espacio judicial europeo único", *Revista Penal* N° 3, pp. 42 y ss.

(19) Art. 24 CPE.- "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."

(20) § 11StGB alemán: "[...] 2. Titular del cargo: quien de acuerdo con el derecho alemán a) es funcionario público o juez, b) está en otra relación oficial de derecho público; o, c) se encuentra de otra manera nombrado para cumplir las tareas públicas en un organismo u otra entidad, o por encargo de ella, sin perjuicio de la forma seleccionada para cumplir dichas tareas. 3. jueces: quien de acuerdo con el derecho alemán es juez de carrera

Sin embargo, podemos adelantar que este concepto normativo de funcionario juega un papel más restringido del que se supone en una primera instancia, ya que si bien se hace referencia por lo general al funcionario y empleado públicos de manera indistinta y se percibe cierto arbitrio al momento de definir las funciones específicas de cada una de estas dos categorías, los tipos penales de la Parte especial hacen referencia de manera exclusiva al primero (esto es, al funcionario público). En segundo término, el funcionario no es cualquier funcionario, sólo entran en el círculo de autores aquellos funcionarios públicos que tengan competencias determinadas y el delito se realice dentro del ejercicio de la función pública. Así pues, se restringe de manera severa la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal al funcionario por su sola condición de tal, sino que se requiere en adelante que el comportamiento distorsivo de éste tenga lugar durante la exteriorización de la voluntad estatal, o bien en el marco delimitado de un abuso funcional más genérico.

III. DELITOS ESPECIALES PROPIOS: DOMINIO DEL HECHO VS. INFRACCIÓN DE DEBER

Nuestro objetivo está bien particularizado, puesto que en los delitos contra la Administración pública que vamos a examinar el funcionario público es la figura central, es decir, nos abocaremos al estudio de los delitos especiales propios frente a los denominados delitos especiales impropios que autorizan la atribución de responsabilidad a un tercero o *extraneus*⁽²¹⁾. En este último caso, la cualidad de funcionario público conlleva por regla la agravación de lo injusto típico⁽²²⁾.

La autoría ha sido construida por lo general en los delitos de funcionario público sobre la base de una infracción de un deber⁽²³⁾. Los funcionarios

o juez ad honorem; 4. Persona especialmente obligada para el servicio oficial: quien, sin ser titular del cargo, a) cumple con las tareas de la administración pública en un organismo o en otro cargo, o; b) en una asociación o en otra agrupación, establecimiento o empresa que ejecute para un organismo o para otra entidad tareas de administración pública, se encuentre empleado u ocupado por ellos y este obligado formalmente en razón de una ley al cumplimiento concienzudo de sus obligaciones...”.

(21) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 221 y ss.

(22) DE LA MATA BARRANCO, “El funcionario público ante el Derecho Penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 20, enero, 2010, (pp. 13-78), p. 18.

(23) MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 870; MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ferdinand Ente, Stuttgart, 1889, p. 410; LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 563; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., de Gruyter, Berlin, 2006, § 34, pp. 352 y ss.; *id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II. Besondere

públicos son destinatarios *in concreto* de la observancia de un grupo de deberes relacionados con el ejercicio de la función pública. En este sentido, BINDING explicaba que existían casos donde la norma se aplicaba a una clase limitada de personas o una conducta prohibida sólo podía ser realizada por una clase de personas, mientras que los partícipes sólo responderían por el delito común (por regla, de manera atenuada)⁽²⁴⁾. Sin embargo, algunos autores han señalado que los delitos especiales pueden ser caracterizados mediante la acción típica, es decir, en lugar de restringir el ámbito de autores, el legislador recurre al expediente de redactar una conducta típica determinada⁽²⁵⁾.

Según JAKOBS, junto a los deberes negativos derivados de las normas penales que les imponen a los destinatarios restricciones en el modo de su ámbito de organización personal para no afectar a terceros, están las normas que fijan deberes positivos, por ejemplo, los delitos de funcionario público, cuya génesis puede rastrearse en relaciones institucionales que le imponen el cuidado y aseguramiento de ciertos bienes jurídicos⁽²⁶⁾. Este

Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, München, 2003, § 25 I 268; SCHÖNKE/SCHROEDER/Heine, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., Beck, München, 2006, vorbem §§ 25 ff./84; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6. Aufl., Vahlen, München, 2011, § 12/22; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 38. Aufl., Müller, Heidelberg, 2008, § 13/522; SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER/Rosenau, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Heymanns, Köln, 2009, vor § 25/13; BOTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 94 y ss.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Vahlen, München, 2012, § 20/13-14; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano", *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, (pp. 465-491), pp. 468 y ss.; PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., Nomos, 2011, § 27/18 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 265; DONNA, *La autoría y la participación criminal*, p. 84. Crítico, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, pp. 20 y ss. Este autor repasa en su conjunto la equiparación de los delitos de omisión a los especiales y así el intento de justificar su propiedad en la existencia de un deber jurídico.

(24) BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, p. 140. En este caso se aplicaba el anterior § 50 StGB alemán.

(25) GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, t. I. Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pp. 355 y ss.

(26) MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 410. Este autor expresa que los delitos propios de funcionario lesionan aquellos intereses, cuyo órgano es el empleado o funcionario público, que le fueron confiados para su protección (v. gr., en el prevaricato), o al menos en sus manos fue depositada la dignidad de la Administración pública (cohecho pasivo). Por ello, ellos están en una relación esencial con una lesión del deber jurídico,

deber positivo asume la forma de una norma dirigida a estos sujetos (por ejemplo, el juez) que le dice "juzga de manera imparcial el caso judicial". El error en el que generalmente se incurre, según ellos, es pensar que se lesiona un bien existente, cuando en realidad se trata de uno virtual, uno que no se realiza⁽²⁷⁾. Los destinatarios de estos deberes positivos son titulares de un estatus especial, ya que ningún otro podría destruir el bien mediante su organización, sólo aquéllos que tienen aquellos deberes positivos de asistir o formar los bienes jurídicos⁽²⁸⁾. Sin estos deberes sería imposible, según este autor, la vida en comunidad.

De esta forma, los delitos especiales representan una restricción para la aplicación de la autoría directa, autoría mediata y la coautoría, ya que en este caso siempre será necesario que el autor reúna en su persona la calidad de funcionario público exigido por la norma⁽²⁹⁾. Se dice que el fundamento de la pena en los delitos especiales propios o auténticos reside en la propiedad de funcionario público que tiene el autor⁽³⁰⁾.

Cabe aclarar que bajo la denominación de "*Pflichtdelikte*" suelen mezclarse dos puntos de vistas completamente distintos sobre el fundamento de la participación en los delitos especiales. Si bien dicha denominación le corresponde a ROXIN, como analizaremos a continuación, ha sido JAKOBS el que le ha dado un contenido y alcance más amplio como teoría de imputación⁽³¹⁾,

de tal modo que ningún otro que no sea el funcionario puede ser considerado autor. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal, trad. por Cancio Meliá, Colección de Estudios N° 21, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, pp. 11 y ss., pp. 107 y ss.; BOTCKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, p. 95.

(27) JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, pp. 17 y 18.

(28) JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, p. 18.

(29) SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Schriften zum Strafrecht, Bd. 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, pp. 86 y 87; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*. AT, § 13/543; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, p. 306. Sin embargo, en el caso del delito de evasión fiscal, el Tribunal Superior Federal alemán ha considerado apropiado la aplicación de la forma de coautoría para aquellos intervinientes que no reúnen la calidad de titular de la obligación impositiva, BGH 1 StR 586/12, sentencia del 9/4/13 (LG Mannheim).

(30) BGH 2 StR 486/03, sentencia del 16/7/04 (LG Frankfurt).

(31) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 85. Refiere este autor que la autoría basada en la especialidad del deber positivo fue desarrollada y expuesta dogmáticamente hacia casi 50 años por Roxin bajo el nombre "*Pflichtdelikte*". La doctrina fue adoptada ampliamente y consolidada, pero su potencial oculto fue apenas reconocido. Comparte esta postura, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 117, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 214 y ss.

ya que no se limita únicamente a fundamentar una autoría plausible, sino que directamente desarrolla una concepción para justificar la atribución de responsabilidad penal basada en la relación entre lo injusto y la pena⁽³²⁾. La infracción de los deberes positivos y negativos fundamentan lo injusto típico y determinan al mismo tiempo el título de imputación del autor. En los delitos de infracción de un deber no corresponde hablar de forma de participación alguna, ya que la infracción de ese deber institucional es título suficiente para fundamentar la autoría⁽³³⁾.

En principio, debe adelantarse que no resulta convincente el fundamento de la tesis de la infracción de deber para la constitución de la autoría en esta clase de delitos especiales. En particular, debe señalarse que no toda infracción de deber permite fundamentar una autoría, ya que en este caso debe atenderse de manera prioritaria al contenido de lo injusto del delito especial y sus modalidades comisivas. En muchos casos, la infracción de un deber positivo que tiene el funcionario público no satisface las exigencias normativas del tipo penal de la figura especial, lo que conduciría lisa y llanamente a la inobservancia del principio de legalidad⁽³⁴⁾, o, en el mejor de los casos, a la asunción de un criterio extensivo de autor⁽³⁵⁾. Por ejemplo, en el

(32) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Recht als Kultur, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, pp. 13 y ss.; *id.*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 17 y ss. En este sentido, WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*, Schriften zum Strafrecht, Heft 175, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 44 y ss., 60 y ss., 67 y ss.

(33) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 85 y ss. Comparte los fundamentos teóricos de los delitos de infracción de deber, SALAZAR SÁNCHEZ, "Autoría en los delitos de infracción de deber [Fundamentos filosóficos-normativos y formas de autoría]", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 533 y ss., 561 y ss.

(34) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación", *Revista de Estudios para la Justicia*, N° 10 (2008), p. 26; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Monografías N° 170, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 438 y ss. Esta autora pone de resalto que todo delito conduce en última instancia a la infracción de un deber. Crítico con esta teoría de los delitos de infracción de deber, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 31 y ss., 57, 92, 121 y ss. Argumentos similares se ofrecen para rechazar esta teoría, *vid.*, BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, p. 112. Este autor explica que la eventual impunidad derivada de la utilización de una persona no cualificada no justifica la inobservancia del principio nullum-crimen-nulla-poena. MARLIE, *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 58, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 173 y ss.

(35) SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico- objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro", trad. por Mariana Sacher, en SCHÜNEMANN, *Obras*, t. I, Colección Autores del Derecho Penal dirigida por

caso de la malversación de caudales públicos, la acción rectora está configurada por la acción de desapoderar, ergo, la omisión del funcionario público con competencias especiales de evitar este comportamiento doloso por parte de un funcionario público no arroja como resultado final que también el primero haya cometido lo injusto típico por no impedir el apoderamiento del dinero público confiado a aquél⁽³⁶⁾. En otros casos, donde el fundamento de lo injusto típico se basa claramente en una infracción de un deber, por ejemplo, el incumplimiento de los deberes de funcionario público, dicha inobservancia de la finalidad tuitiva de la norma abarca tanto los comportamientos comisivos como los de omisión de manera indistinta⁽³⁷⁾. En este punto cabe

Edgardo A. DONNA, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp. 491 y ss., 494 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, pp. 775 y 776.

- (36) En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano", pp. 485 y ss. En realidad, en los ejemplos que cita este autor del derecho positivo colombiano ya aparecen reguladas ambas formas de participación comisiva y omisiva, en especial, cuando el funcionario público permite que un tercero menoscabe el bien jurídico tutelado. Nuestras figuras penales no gozan de la citada amplitud normativa, por ende se hace imperioso acá operar fielmente con el principio de máxima taxatividad de la ley penal. Crítico, BOTCKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 115 y ss.
- (37) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano", pp. 474 y ss. Este autor explica que la distinción entre los delitos de acción y de omisión resulta superflua para los delitos de infracción de deber. Para demostrarlo acude a algunos ejemplos de delitos de funcionario público previstos por el Código Penal colombiano. En el caso del prevaricato judicial, el tipo penal del art. 269 del Cód. Penal argentino establece como acción típica la de dictar resoluciones ilegales, cuya ilicitud puede fundamentarse en la omisión de valoración de prueba o bien en valorar una inexistente. El punto central es advertir que el prevaricato judicial no puede ser cometido mediante una conducta omisiva, por lo menos en la realidad jurídica argentina, cosa distinta ocurre en el Código Penal colombiano al reprimir ambas modalidades de acción (arts. 413 y 414). La acción de dictar una resolución ilegal debe ser dictada necesariamente por un juez, y así éste infringe claramente un deber de imparcialidad, pero esto no autoriza a deducir que dicha infracción de deber alcanza al miembro del tribunal que, conocedor de dicha situación de ilegalidad, emite su voto en sentido inverso, pero sin denunciar los extremos arbitrarios de la sentencia dictada por la mayoría. Seguramente acá nadie dudaría que el juez que conoce y aprueba el contenido de la sentencia ilegal, pero emite un voto en disidencia, también infringe un deber de imparcialidad al no denunciar en su fallo la cuestión de ilegalidad manifiesta, pero dicha infracción no bastará para atribuirle el delito de prevaricato judicial. En el caso del peculado puede apreciarse sin duda que dicha infracción de deber de cuidado del patrimonio confiado al funcionario público no actualiza la posibilidad de hacerlo responsable de este delito cuando un tercero se apodera del dinero, a lo sumo, de acuerdo a nuestro derecho positivo, de una conducta imprudente (art. 262). Discrepa de esta solución el autor mencionado, ya que permitir que un tercero se apodere del dinero público confiado al servidor público comete este delito especial al producirse el desvalor de resultado. Sin embargo, el tipo de lo injusto personal está constituido también por

agregar que el Código Penal alemán prevé, en su § 336, una cláusula de equiparación de los actos de omisión a los de acción previstos en los delitos de corrupción (§§ 331 hasta 335), lo que facilita de sobremanera la posibilidad normativa de aceptar la omisión como un criterio válido legalmente para atribuir responsabilidad al funcionario público en cualquiera de sus dos vertientes comisivas⁽³⁸⁾.

Otro escollo que presenta esta teoría, por lo menos en su versión original, es la obligar al aplicador de la ley a manejar dos criterios distintos en materia de autoría dolosa⁽³⁹⁾. También se critica que la infracción de un deber extratípico no puede definir acerca de la calidad del sujeto del hecho determinada en el tipo⁽⁴⁰⁾, incluso se agrega que el contenido de lo injusto de los delitos especiales de funcionario público no se satisface con la mera infracción de deber, ya que en muchos casos el desvalor del resultado es un elemento constituyente del tipo de injusto de estos delitos especiales⁽⁴¹⁾. Esta propuesta teórica ha sido criticada por conducir a una tautología: cada injusto exige una conducta infractora de un deber y el tipo penal circunscribe de manera tipificada ese comportamiento lesivo, en consecuencia se aplica a cada autor penal la comprobación de que ha lesionado un deber⁽⁴²⁾.

un desvalor de acto, en cuyo caso la modalidad de acción prevista por el tipo penal, en este caso una comisiva, no debe menospreciarse en función de la producción del mismo resultado que la norma reprime. En realidad, el art. 398 del Cód. Penal colombiano ha regulado ambas formas de comisión, en consecuencia, la infracción del deber especial del funcionario pública opera en este caso de manera indistinta, siempre y cuando en la hipótesis de la modalidad de omisión el funcionario hubiese tenido conocimiento de dicha apropiación por parte de otro, y no se tratase de una modalidad imprudente (art. 400 del Cód. Penal colombiano). Crítico, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 85, Mohr Siebeck, 1997, pp. 28 y 29.

(38) FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 336.

(39) JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, p. 66.

(40) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, trad. de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1995, §§ 47, V, 117; 48, II, 58; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, p. 121. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, p. 17. Expresa este autor que definir los delitos especiales a partir de la especial posición que ocupa el autor importaría adelantar juicios sobre la naturaleza de estas infracciones al momento de decidir cuáles son tales infracciones.

(41) HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, C. H. Beck, München, 1977, p. 34.

(42) RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 27; MARLIE, *Unrecht und Beteiligung*, p. 175.

Por lo demás, la solución ofrecida por la teoría de la infracción de deber para los delitos especiales propios no podría fundamentar a su vez la comisión de un delito especial impropio, ya que la valoración unilateral de la infracción del deber institucional que tiene el funcionario sería insuficiente para justificar la autoría, puesto que la cualidad de funcionario no constituye en este caso la *ratio essendi* de lo injusto, sino una mera causal de agravación de la pena⁽⁴³⁾.

Desde el lado de la subjetividad, las propuestas pasan por infravalorar este aspecto subjetivo del tipo a favor de una extensión desmedida del tipo objetivo que, en los llamados delitos de infracción de deber, pasa por constatar dicha inobservancia para operar directamente con una presunción de dolo. Más allá de todas las implicancias derivadas de dicha concepción normativista y que por razones de espacio no hace posible un análisis modular de cada una de ellas, ello no impide señalar que el desvalor de acto se compone de elementos objetivos y subjetivos al representar una unidad sintética, en consecuencia, la división del concepto de acción en elementos objetivos y subjetivos es puramente metodológica⁽⁴⁴⁾. Por lo demás, la presunción de dolo derivada del estatus o posición especial que ocupa el funcionario público conduce a abiertas injusticias que se ven acrecentadas en este caso particular al no estar regulados los comportamientos imprudentes en la mayoría de los delitos de funcionario público. La realización de una conducta dolosa porta mayor peligrosidad que una imprudente. Desde el punto de vista procesal, la falta de comprobación del dolo del autor y la pretendida presunción de dolo sólo conduciría a la directa absolución de los funcionarios públicos acusados de estos delitos especiales por aplicación del *in dubio pro reo*.

Otra objeción que se le dirige a este tipo de postura basada en la infracción de un deber derivado del estatus social que tiene el autor, en nuestro caso, huelga reiterarlo, un funcionario público, se vincula con el comienzo de la tentativa, puesto que la infracción de deber importaría al menos adelantar la punición de estas conductas a estadios previos o meramente preparatorios. Esto aparece claramente cuando se sostiene que la mera infracción del deber especial o institucional surte el efecto de consumir el delito⁽⁴⁵⁾. Si bien en muchos casos ello sucede así al haberse regulado en el tipo penal del delito especial que la infracción del deber importa al mismo tiempo su con-

(43) GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 222 y 223.

(44) GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 383 y ss.

(45) En este sentido, DONNA, *La autoría y la participación criminal*, p. 49.

sumación (delito de mera actividad), circunstancia que descartaría *ab initio* la posibilidad de la tentativa. Sin embargo, en otros casos, por ejemplo, el delito de peculado, algunas modalidades del delito de exacciones ilegales, el delito de enriquecimiento ilícito, entre otras, la infracción del deber institucional se comete de manera anticipada a las exigencias normativas para el delito consumado. En estos casos, entonces, la infracción del deber es anterior a la propia realización punible del delito, circunstancia que importaría un adelantamiento de la punición para aquellos que sostienen de manera unilateral que la infracción de ese deber institucional constituye por sí sola la propia consumación del delito⁽⁴⁶⁾.

Sin perjuicio de lo dicho, existe otra corriente doctrinal que aboga por una fundamentación combinada de los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber⁽⁴⁷⁾. Una tercera postura propone no trasvasar los límites del criterio del dominio del hecho, ya que la mera infracción del deber especial no determina la autoría en caso de ausencia de aquel dominio⁽⁴⁸⁾.

En el caso de la participación de *extranei*, ellos responderán en calidad de partícipes dolosos⁽⁴⁹⁾, aunque se discute acá la posibilidad de disminuir la pena en función de que aquéllos no están alcanzados por los deberes especiales (§ 28 I del StGB alemán por no concurrir el especial elemento

(46) JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", p. 758; *id.*, "El desistimiento como modificación del hecho", trad. por Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, Madrid, 1997, pp. 325 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública...", p. 487.

(47) CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español*. Parte general, Vol. II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 170 y ss.; KÜHL, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Verlag Vahlen, München, 2005, § 20/56 b, 60; SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER/Rosenau, StGB-K, vor §§ 25/14.

(48) SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 86 y 87. Este autor explica que, el fundamento que dice que en los delitos especiales solo puede ser autor los titulares de un deber especial, no puede ser invertido en el sentido de que esos titulares del deber son también comúnmente autores. Expresado de otro modo: la creación de un delito especial debe limitar el círculo de posibles señores del hecho, pero no implica una renuncia expresa a la exigencia del dominio del hecho.

(49) MAYER, *Derecho penal. Parte general*, trad. por Sergio Politoff Lifschitz, Maestros del Derecho Penal, Gonzalo D. Fernández (director), Gustavo E. Aboso (coordinador), N° 25, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2007, p. 510; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, t. 2, § 47, V, 116 y 117; PUPPE, *Strafrecht*. AT, § 22/1; SCHÖNKE/SCHROEDER/Cramer/Heine, StGB-K, vorbem §§ 25 ff./84; CEREZO MIR, *Derecho penal*, pp. 960 y 961; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, p. 146.

personal)⁽⁵⁰⁾. En España, la LO 15/2003 incorporó el art. 65.3 al Código Penal que brinda un tratamiento punitivo más favorable, aunque no obligatorio, al inductor o cooperador necesario en un delito especial⁽⁵¹⁾. En este sentido, la doctrina se divide en dos soluciones: a) la teoría de la unidad de imputación predica que el partícipe debe responder de lo injusto cometido por el funcionario; b) la teoría de la ruptura de la imputación sostiene que el partícipe debe responder por el delito común. La primera propuesta parte de la base de que los elementos que cualifican lo injusto típico deben ser tratados en el ámbito del juicio de culpabilidad personal, en consecuencia, las causales de agravación, disminución o exclusión de la pena deben ser valoradas en el juicio de reproche⁽⁵²⁾.

La doctrina ha problematizado en exceso⁽⁵³⁾ el caso del instrumento doloso no cualificado, es decir, cuando el dominio del hecho lo tiene el instru-

(50) BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, p. 138. Este autor proponía aplicar la pena de la tentativa para el partícipe de un delito cualificado. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pp. 280 y ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 86 y 87; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, AT, § 13/556; ZIESCHANG, *Strafrecht*, AT, marg. 38; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 260 y ss. Este autor expresa que la atenuación de pena del partícipe es una consecuencia necesaria del principio de justicia material, pero debe atenderse al principio de legalidad, en cuyo caso si no está prevista dicha atenuación deberá atribuirse la pena prevista para el delito especial propio o impropio. La regulación de los tipos de participación en los arts. 45 y 46 del Cód. Penal argentino sólo prevén una disminución de la pena para el partícipe secundario (art. 46). Idénticas consecuencias están previstas por los arts. 23 a 25 del Cód. Penal peruano.

(51) Art. 65 CPE.- 1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. 3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate. Al respecto, CEREZO MIR, *Derecho penal*, pp. 959 y ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 105 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 401 y ss., 433 y ss., 766 y ss. Este autor restringe la aplicación de la atenuación facultativa de la pena prevista por el art. 65.3 del Cód. Penal español a los delitos especiales basados en la posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y los fundamentados en el incumplimiento de una función pública institucionalizada. Por el contrario, los delitos especiales en sentido amplio no sería de recibo la aplicación facultativa de la pena a los partícipes *extranei*.

(52) ZIMMERL, "Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung", *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 54 (1935), p. 587.

(53) STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*. AT, § 12/39. Estos autores mencionan correctamente que este supuesto es extremadamente poco habitual, ya que sólo se conoce un caso

mento que, sin embargo, carece de la cualidad objetiva, en nuestro caso, la de funcionario público. En principio debe advertirse que nos estamos refiriendo a los *delitos especiales de resultado*, es decir, a aquellas infracciones que están construidas sobre la base de la producción de un resultado (desvalor de resultado). Ejemplo de esto sería la figura de malversación dolosa de caudales (art. 265 del Cód. Penal argentino) que exige un desapoderamiento por parte del autor cualificado de funcionario de los bienes públicos confiados en razón de su cargo⁽⁵⁴⁾. A la par de esto debe reconocerse la existencia de delitos especiales de propia mano, por ejemplo, el falso testimonio o el prevaricato, cuya autoría demanda la calidad de testigo o magistrado y una modalidad de conducta especificada (*höchstpersönliche Pflichtdelikte*)⁽⁵⁵⁾.

Una primera solución aboga directamente por la impunidad de esta conducta, ya que, siguiendo el criterio del dominio del hecho, se dice que el sujeto de detrás cualificado (funcionario público) carece del dominio sobre la realización del hecho que descansa en cabeza del instrumento⁽⁵⁶⁾.

A la par de esta situación de impunidad, algunos autores han propuesto acudir a criterios normativos adicionales que permitan abarcar esta especial hipótesis. WELZEL explicó que este supuesto de un instrumento doloso no cualificado debe resolverse a favor de la autoría mediata⁽⁵⁷⁾ del cualificado

(RGSt 28, 109) donde se aplicó pena en función de la anterior redacción del § 348 II y se trató de un delito especial impropio.

(54) GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 199 y ss., 203 y ss.

(55) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 34, pp. 392 y ss.; *id.*, *Strafrecht*, AT II, § 25 III 303; HERZBERG, "Eigenhändige Delikte", pp. 896 y ss.

(56) KÄPERNICK, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. Mittelbare Täterschaft...*, p. 55; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, t. 2, § 48, II, 58; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2004; § 21/96; ZIESCHANG, "Gibt es den Täter hinter dem Täter", *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz und Joerg Brammsen (Hrsg.), Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2007, pp. 505 y ss., 516 y ss.; *id.*, *Strafrecht*, AT, marg. 677. En Argentina: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, p. 788. En España, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, p. 104; RODRÍGUEZ MOURULLO, "El autor mediato en derecho penal español", p. 475; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, pp. 602; "Autoría y participación", pp. 25 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant Monografías N° 41, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 152. Esta autora sostiene la postura de impunidad de su maestro Muñoz Conde, pero propone considerar al funcionario que determina a otro no cualificado para la realización de un delito especial como cooperador necesario, si se acepta como premisa que esta forma de participación está equiparada a la autoría. Crítico, en general, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 44, pp. 749 y 750.

(57) WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, AT, § 13/520.

sobre la base de un «dominio social del hecho»⁽⁵⁸⁾. También JESCHECK ensaya una fundamentación normativa en la teoría del dominio del hecho para los casos de instrumento doloso sin cualificación, pero al margen de los casos de coacción, error o incapacidad del instrumento que caracteriza a la autoría mediata. En su opinión, el *extraneus* no podría haber cometido el delito sin la co-causación del sujeto de detrás (*intraneus*) en razón de la exigencia típica de la propiedad o intención exigida por el tipo. En consecuencia, si no se quiere renunciar en estos casos a la punición —lo que conduciría lógicamente a una significativa injusticia— debería ser suficiente considerar la necesaria influencia normativa del sujeto de detrás como dominio del hecho. Sin embargo, también será necesario una influencia psíquica sobre el ejecutor de la importancia de una acción de inducción. En consecuencia, se ofrece este criterio psicológico-normativo del dominio del hecho para justificar la aplicación de la autoría mediata⁽⁵⁹⁾. Estos intentos por justificar la autoría del sujeto de detrás cualificado con base en un dominio del hecho han sido criticados por un sector importante de la doctrina⁽⁶⁰⁾. En especial, se dice que los argumentos empleados para su fundamentación son circulares⁽⁶¹⁾ y que significa el abandono del fundamento único del criterio del dominio del hecho⁽⁶²⁾, amén de violentar el principio de legalidad⁽⁶³⁾. También se ha precisado que la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber no es necesaria, puesto que el dominio del hecho abarca no sólo el proceso externo del suceso, sino también basado en un concepto normativo de relación social de dominio, es decir, cuando se domina mediante una acción externamente subordinada⁽⁶⁴⁾. Especialmente el defecto de esta

(58) WELZEL, *Derecho Penal alemán*, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed. castellano, 11ª ed. alemana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 125.

(59) JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 670. En este sentido, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München, 2007, § 25/4.

(60) STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. AT*, § 12/40; RODRÍGUEZ MOURULLO, "El autor mediato en derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1969, pp. 471 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, pp. 601 y ss.; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho penal*, pp. 434 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2006, pp. 336 y ss., 390, 764; *id.*, "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 323 y ss., 366 y ss.

(61) ROXIN, *Strafrecht. AT II*, § 25 III 277; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 32; HEINTSCHEL-HEINEGG, *StGB-K*, § 25/22.2.

(62) SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 87.

(63) STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. AT*, § 12/40.

(64) MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 27/17.

argumentación radica en que este autor concluye por aceptar la presencia de dos dominios del hecho, uno fáctico y otro normativo, circunstancia que desemboca en aceptar de manera liminar la teoría del autor detrás del autor que fuese rechazada por WELZEL. Tampoco queda claro cuál sería el fundamento material de la autoría en los delitos especiales, ya que la cualidad objetiva de la autoría en estos delitos no debería fundamentar por sí sola la calidad de autor, en consecuencia, el dominio normativo característico de los delitos de resultado debería ser adicionado con un criterio suplementario que permita explicar la razón de que el dominio fáctico en este caso de delitos especiales propios no resulta suficiente para justificar la autoría del funcionario, cuestión que permanece abierta.

Por su parte, MIR PUIG ha propuesto acudir al criterio normativo de pertenencia basado en criterios objetivos y subjetivos de imputación. De esta manera, dentro de la concepción mayoritaria del criterio del dominio del hecho, este autor acepta la solución de la autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado basado en que el autor cualificado es causante del hecho y el resultado disvalioso es atribuible a la conducta dolosa del funcionario⁽⁶⁵⁾. En términos muy parecidos se expresa su discípulo GÓMEZ MARTÍN⁽⁶⁶⁾. El planteamiento de MIR PUIG ha sido criticado por carecer de un criterio material para su teoría de la pertenencia⁽⁶⁷⁾, amén que en la práctica conduce prácticamente a los mismos resultados que la teoría del dominio del hecho. Además, se le critica la falta de fundamentación de la solución de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado, puesto que no se justifica debidamente el porqué de la atribución de la calidad de autor mediato al funcionario que ejecuta el hecho a través de un no cualificado, en todo caso dicha explicación importaría al menos una infracción al principio de legalidad y una mera petición de principio⁽⁶⁸⁾.

Otra solución que ha brindado un sector de la doctrina se vincula con la aplicación de la comisión por omisión. En este caso, se dice, que será necesario que concurren los elementos que permitan equiparar la omisión con la comisión activa. En consecuencia, no será suficiente la comprobación de una posición de garante vinculada con una determinada función social o la infracción de un deber de evitación de resultado. Lo trascendente consiste

⁽⁶⁵⁾ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª. ed., Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2011, p. 390.

⁽⁶⁶⁾ GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 380 y ss., 766.

⁽⁶⁷⁾ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 15 y 16, 22, nota al pie 14.

⁽⁶⁸⁾ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, pp. 616 y ss., 756; *id.*, "Autoría y participación", p. 19; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho penal*, pp. 437 y ss.

en establecer una equivalencia material entre la no evitación del resultado y su producción por medio de un actuar comisivo⁽⁶⁹⁾.

También se ha propuesto acudir a la institución del actuar por otro (§ 14 StGB alemán), es decir, cuando el ejecutor material carece de la cualidad, condición o propiedad exigida por el tipo podrá imputársele a la persona obligada o con las propiedades exigidas por el delito especial⁽⁷⁰⁾.

En términos generales, la posición doctrinal que aboga por la aplicación de la figura de la autoría mediata recurriendo al expediente del instrumento doloso no cualificado ha sido criticada por menoscabar el principio de legalidad, ya que la acción típica no es ejecutada por el funcionario o *intraneus*, sino por un tercero o *extraneus*⁽⁷¹⁾.

Ha sido ROXIN el que ha desarrollado la teoría de los «delitos de infracción» (*Pflichtdelikte*) como criterio adicional al del dominio del hecho⁽⁷²⁾ para poder juzgar este tipo de supuestos donde el ejecutante no cualificado es el que tiene el dominio del hecho, mientras que el cualificado, en función de los deberes especiales a los cuales está obligado, es el que carece de dicho dominio a la vez que infringe su deber. La infracción de estos deberes es lo que constituye el fundamento de la autoría para estos delitos y así el funcionario debería ser considerado autor mediato del delito especial, mientras que el ejecutor material sólo partícipe⁽⁷³⁾. Sin embargo, para este autor, los intentos

(69) JOECKS, *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, 8. Aufl., Beck, München, 2009, § 25/8; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en derecho penal*, pp. 444 y ss. En este sentido, vid., SILVA SÁNCHEZ, "La regulación de la «comisión por omisión» (art. 11)", *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Biblioteca de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 51 y ss., 62 y ss., 66 y ss. De acuerdo a este autor no basta la mera infracción de un deber legal o contractual para la plena equiparación de la conducta de omisión a la de comisión. En este campo, dice este autor, la norma primaria que subyace a los tipos de la Parte Especial del CP es, por regla general, una norma de prohibición de conductas que entrañen riesgos relevantes para esferas de bienes jurídicos ajenos. Pues bien, tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble: por un lado, la de creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa); por otro lado, la de asunción de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, unida a la vinculación del compromiso adquirido. Crítico, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 353 y ss., 390 y ss., 765.

(70) HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, 1196.

(71) GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 210 y ss.

(72) A favor de este criterio normativo del dominio del hecho, URQUIZO OLAECHEA, "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal peruano", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 582 y ss., 608 y ss.

(73) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., § 34, pp. 352 y ss., pp. 739 y ss.; *id.*, *Strafrecht. AT*, § 25 I 267 y ss. (pp. 106 y ss.); 275 y ss. (pp. 108 y ss.). En este sentido,

de fundamentar de manera unilateral la autoría en los delitos dolosos en la teoría de la infracción de deber no pueden compartirse⁽⁷⁴⁾. Por el contrario, ROXIN sostiene que es necesario mantener la distinción de los delitos de dominio de los de infracción de deber. Sobre este punto, este autor afirma que ambos conceptos normativos de autoría se enlazan en el concepto superior de la «figura central del suceso típico»⁽⁷⁵⁾. En particular, el criterio del dominio del hecho en el caso de los delitos de omisión impropia basado en la posición de garante del titular del deber de control de una fuente de peligro, la lesión de ese deber de garante no tiene mayor importancia que el dominio sobre esa relación de control⁽⁷⁶⁾. Volviendo al caso del instrumento doloso no cualificado, ROXIN aboga por la aplicación de la autoría mediata basada en la mencionada infracción de un deber⁽⁷⁷⁾ (*“Täter hinter dem Täter”*). Sin embargo, más allá de que el esquema del autor detrás del autor puede aceptarse en algunos supuestos⁽⁷⁸⁾, lo que está discutido⁽⁷⁹⁾, lo cierto es que en este pretendido caso de autoría mediata no ha sido debidamente aclarado cuál es el fundamento de dicha instrumentalización que caracteriza a esa forma de autoría⁽⁸⁰⁾. La infracción del deber aparece por sí sola como insuficiente para afirmar una autoría mediata punible, en todo caso, como lo propone JAKOBS, dicha infracción de deber jurídico debería bastar para afirmar una autoría directa⁽⁸¹⁾.

SCHÖNKE/SCHROEDER/Cramer/Heine, StGB-K, § 25/19; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*. AT, § 13/522; KÜHL, *Strafrecht*. AT, § 20/56b; BRINGEWAT, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 730; EBERT, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 178.

- (74) Crítico con la solución de la autoría mediata por intermediación de un instrumento doloso no cualificado, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 119 y ss. En particular explica este autor que en la intermediación del *extraneus* que ejecuta el hecho no actúa de manera defectuosa que pueda serle imputada al sujeto de detrás (*intraneus*). La plena responsabilidad de la ejecutante no cualificada, en el citado caso de la secretaria que destruye documentos públicos a instancia del funcionario, impediría hablar acá de una autoría mediata.
- (75) ROXIN, *Strafrecht*. AT, § 25 III 274 (p. 108). Sobre el contenido y alcance de este concepto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., § 6, pp. 25 y ss.
- (76) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., § 44, p. 743.
- (77) ROXIN, *Strafrecht*. AT, § 25 III 275 (pp. 108 y 109); KÜHL, *Strafrecht*. AT, § 20/56 b. Crítico, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*. AT, § 12/40. Estos autores califican esta postura de construcción fallida.
- (78) En este sentido, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 119 y ss.
- (79) ZIESCHANG, “Gibt es den Täter hinter dem Täter”, *FS-Otto*, pp. 505 y ss.; 512 y ss.
- (80) SALAZAR SÁNCHEZ, “Autoría en los delitos de infracción de deber...”, pp. 565 y ss.
- (81) JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho*, trad. por Manuel Cancio Meliá, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal-

Esta teoría ha sido criticada principalmente por inobservancia del principio de legalidad y por conducir a un criterio extensivo de autor⁽⁸²⁾. En particular, se dice que la afirmación de que el *intraneus* carece de dominio del hecho y que la infracción de su deber legal constituiría en este caso el fundamento de la autoría en el delito especial no arguye justificación alguna para tal proceder⁽⁸³⁾. A la crítica ya mencionada de la necesidad de operar con dos criterios de autoría, sumado a que en este caso tampoco parece convincente afirmar la existencia de una categoría superior del concepto de autor que abarca al mismo tiempo los delitos de dominio junto a los delitos de infracción, no parece posible a primera vista poder sintetizar cuál sería ese elemento común que vincula a ambos conceptos, en especial, que el autor sea la figura central del suceso. Por lo demás, como ya se dijo anteriormente, el tipo de injusto de los delitos dolosos de funcionario regula en muchos casos una conducta activa que no puede reconducirse sin más a una mera infracción de deber⁽⁸⁴⁾.

Cuando se habla de infracción de deberes especiales se está mencionando la inobservancia de los deberes jurídicos extrapenales que regulan el ejercicio de la función pública. Lejos de ser entidades abstractas o meramente conjeturales, dichos deberes surgen por lo general de las leyes que regulan el servicio público. En el caso de la República Argentina, dichos deberes se encuentran condensados en la ley 25.188 al establecer los criterios ético-normativos que habrán de orientar al ejercicio de la función pública⁽⁸⁵⁾.

Culzoni Editores, 2000, pp. 117 y ss. En este sentido, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*. AT, § 12/40.

(82) SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 86 y ss.; HERZBERG, "Eigenhändige Delikte", p. 916; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 112 y 115; ZIESCHANG, "Gibt es den Täter hinter dem Täter", *FS-Otto*, pp. 516 y 517; MARLIE, *Unrecht und Beteiligung*, pp. 173 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, "El autor mediato en derecho penal español", pp. 473 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 266; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación", p. 26.

(83) MARLIE, *Unrecht und Beteiligung*, p. 175.

(84) BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, p. 115.

(85) Art. 2º.- Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia

En la República de Perú dicho catálogo ético está previsto por los arts. 6° y 7° de la ley 27.815.

Para culminar este breve repaso sobre los problemas de codelincuencia que se presentan en los delitos de funcionario, debemos decir con la doctrina ampliamente dominante que la posibilidad de que un no cualificado (*extraneus*) cometa un delito especial gracias a la instrumentalización de un cualificado (*intraneus*) debe ser rechazada⁽⁸⁶⁾, por ejemplo, el que denuncia falsamente a su enemigo y logra que el juez disponga su detención, incluso su prisión preventiva, no comete el delito de prevaricato, sino, al menos, un delito de privación ilegítima de la libertad. El fundamento de esta solución viene de la mano precisamente de las características de los delitos especiales, es decir, la autoría se encuentra restringida en estos casos por los especiales deberes que tiene el funcionario público y sobre dicha cualidad no sólo se perfila la autoría, sino también el contenido de lo injusto, el menoscabo al bien jurídico tutelado y la calidad de la pena⁽⁸⁷⁾.

A los efectos de efectuar un balance provisorio de estas cuestiones relacionadas con la participación criminal de un no cualificado en un delito especial propio, debemos señalar que algunas figuras delictivas, si se quiere las de mayor trascendencia en el marco de la corrupción pública, regulan de manera expresa la intermediación de un tercero. Nos referimos al contenido de lo injusto de los delitos dolosos especiales propios de cohecho pasivo

en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; f) Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; g) Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa; h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad; i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.

(86) CEREZO MIR, *Derecho penal*, p. 940; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 213; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, p. 307; PUPPE, *Strafrecht*. AT, § 27/17; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 25/6; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública...", pp. 487 y 488; DONNA, *La autoría y la participación criminal*, p. 84.

(87) En este sentido, HERZBERG, "Eigenhändige Delikte", p. 915, sostiene que la cualidad especial de autor requerida en los delitos de funcionario es un elemento autoral de "dominio inaccesible" ("*herrschaftunzugänglich*") para el *extraneus*. En consecuencia, la posibilidad de admitir la autoría mediata en estos casos de delitos especiales debe ser rechazada.

(art. 256 del Cód. Penal argentino), tráfico de influencias (art. 256 bis), cohecho de magistrados (art. 257), soborno trasnacional (art. 258 bis), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265), exacciones ilegales (art. 266) y concusión (art. 268). En todas estas hipótesis se prevé la intermediación de un tercero para la consumación del delito. En consecuencia, decae en estos casos la necesidad de acudir a un criterio normativo de autoría mediata basado en la intermediación de un instrumento doloso no cualificado, ya que dicha posibilidad se encuentra regulada de manera expresa en la ley.

Al finalizar nuestro estudio habremos de cotejar el contenido y alcance de esta definición de "funcionario público" con los tipos penales que contienen la actuación en base de esta categoría jurídica.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO "ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

Existe consenso en la doctrina en que la idea de identificar al bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración Pública con el "correcto y normal funcionamiento de dicha administración"⁽⁸⁸⁾, es decir, sintetizar dicha tutela en un concepto unitario aparece como metodológicamente incorrecto⁽⁸⁹⁾. En particular ello se evidencia en la vaguedad consciente del uso de un término tan genérico y desprovisto de todo contenido material. En la doctrina española, por caso, se ha señalado que los ataques contra la Administración de Justicia y la Administración Pública adolecen de cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido⁽⁹⁰⁾.

(88) URQUIZO OLAECHEA, "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Edición especial sobre el Código Penal peruano, 2002, Lima pp. 229 y ss., 245 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal español. Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 7, 1997, p. 489.

(89) MANES, "Bene giuridico e Riforma dei Delitti contro la P. A.", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* (RECPC) Vol. N° 1 y 2 (2000).

(90) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 856 y 896 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración pública...", p. 492; DE LA MATA BARRANCO, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 23, 2009, (pp. 245-259), pp. 247 y ss., pp. 250 y ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 03-02 (2001).

En lugar de partir de una idea abstracta de objeto de tutela se propone, en cambio, aplicar un método inductivo⁽⁹¹⁾ que permita determinar con mayor claridad y precisión cuál o cuáles son los aspectos más relevantes de protección en función de cada una de las normas que integran el complejo de estos delitos contra la función pública.

Lo importante en este tópico es señalar que el derecho penal moderno ha invertido el sentido limitativo asignado al concepto de bien jurídico, en su caso, se propone ampliar la matriz punitiva merced de la introducción de nuevos artefactos teóricos que importan lisa y llanamente un aumento de la criminalización de conductas en un estado previo al efectivo menoscabo del bien jurídico (delito de resultado o delito de peligro concreto)⁽⁹²⁾. En este punto, los delitos de funcionario público integran el elenco de infracciones penales que recurren al expediente de regular de manera más frecuente comportamientos riesgosos o peligrosos en sí, de manera que la *ratio essendi* de su punición de desvincula sin mayores inconvenientes del principio de lesividad para dar lugar al paso triunfante de un delito de sospecha.

Así pues, no nos debe extrañar el intento de puntualizar cuáles son las distintas relaciones jurídicas que son las que materialmente se protegen mediante las normas penales contenidas en ese título. Entre los intereses tutelados se cuentan: a) la relación de lealtad hacia el Estado (*das Treueverhältnis zum Staat*); b) la confianza de la publicidad en la integridad del aparato estatal (*das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität des Beamtenapparates*); c) el correcto funcionamiento interno de la administración pública (*das intern ordnungsgemäße Funktionieren der öffentlichen Verwaltung*), d) la integridad en la toma de decisiones en el marco de la función pública⁽⁹³⁾.

Otros autores proponen, en cambio, distinguir dos aspectos del funcionamiento de la Administración Pública: el *externo* y el *interno*. El funcionamiento externo se vincula con la tutela de la confianza de la comunidad en la transparencia de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus deberes; mientras que el aspecto interno apela a la protección de los mecanismos de funcionamiento de las instituciones públicas respecto de las condiciones exi-

(91) En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano", p. 468. Debe aclararse que este autor luego propone adoptar un método deductivo para obtener una regularidad para los delitos de funcionario público.

(92) GAITÁN GARCÍA, "Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión de protección de riesgos", Nuevo Foro Penal, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, (pp. 31-42), pp. 36 y ss.

(93) SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER/Rosenau, StGB-K, § 331/6; SCHÖNKE/SCHROEDER/Cramer/Heine, StGB-K, vorbem §§ 331 ff./1.

gidas para una transparente gestión y su ejercicio apegado al orden jurídico. En algunos casos estos aspectos pueden aparecer regulados de manera aislada o conjunta⁽⁹⁴⁾.

Respecto de la confianza pública en la administración y manejo de los asuntos estatales, esta tesis se ha impuesto en la doctrina alemana⁽⁹⁵⁾, y también en la latinoamericana⁽⁹⁶⁾. Estimamos que el mayor o menor grado de confianza de la comunidad frente al funcionamiento de la Administración estatal no debería constituir una pauta válida para la interpretación de los distintos tipos penales que integran el conjunto de los delitos de funcionario público. En primer término, este criterio normativo importaría al menos partir de una presunción de confianza basada no en la realidad circundante, sino en una positivización contrafáctica. En la República Argentina, por caso, la confianza de la población sobre el manejo del Estado ha sido y es extremadamente crítica, en otras palabras, reina el principio de la *desconfianza*. Esta valoración podría sin duda hacerse extensiva a varios países de la región, incluso los últimos debacles económicos y financieros y sonados casos de corrupción en Europa podrían arrojar el triste balance que la confianza es una mera metáfora vacía de todo contenido⁽⁹⁷⁾. Por lo demás, si se quisiera trabajar con un cierto grado de confianza medible o auditable, debe pensarse que los medios de comunicación masivos juegan un papel preponderante en la formación de dicha confianza pública. El apelativo a la confianza pública, por lo demás, estaría desvirtuando el punto crítico de análisis de estos delitos de funcionario público, ya que no se trata de generar mayor o menor empatía con el ejercicio de la función pública, sino que ella sea eficaz e imparcial para resolver los problemas cotidianos de la gente, es decir, el objeto de análisis debe ser la propia Administración en la exteriorización de sus funciones más básicas.

Existe, además, un peligro adicional derivado de la asunción de la tesis de la confianza pública: por lo general, la respuesta a la necesidad de go-

(94) SCHÖNKE/SCHROEDER/HEINE, StGB-K, vorbem §§ 331 ff./1; OLAIZOLA NOGALES, "Los delitos contra la Administración pública", *Nuevas tendencias en política criminal*. Una auditoria al Código Penal español de 1995, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores), Víctor Gómez Martín (Coordinador), Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2006, p. 365; RODRÍGUEZ COLLAO, "La función pública como objeto de tutela penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, pp. 325 y ss.

(95) FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., Beck, München, 2012, § 331/3.

(96) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos contra la Administración Pública...", p. 473.

(97) Crítico, DE LA MATA BARRANCO, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", pp. 254 y 255; .; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública...", REPC 02-03 (2001).

zar de mayo confianza alentaría la sanción de tipos penales más próximos a la punición de conductas neutras o simplemente preparatorias, es decir, se llegaría a una mayor indexación penal para poder brindar una respuesta favorable a los reclamos populares que pugnan por una mayor confianza en la actuación del Estado.

Algunos autores españoles han sintetizado los intereses jurídicos tutelados por los delitos de funcionario público en el interés general en el buen funcionamiento del servicio público que presta la administración conforme a parámetros de eficacia, imparcialidad, legalidad o transparencia⁽⁹⁸⁾.

En la doctrina argentina, afirma CREUS que la protección penal se circunscribe a la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente los administrados y sobre éstos, como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la Administración⁽⁹⁹⁾.

Por lo general existe consenso en esta doctrina en afirmar que el bien jurídico protegido es la "Administración Pública", es decir, en su dimensión funcional, el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios públicos que se encuentran sujetos, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad⁽¹⁰⁰⁾. En este sentido afirma MILLÁN 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"⁽¹⁰¹⁾. SOLER explica, por su parte, que "el objeto tutelado por este delito es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la

⁽⁹⁸⁾ DE LA MATA BARRANCO, "El funcionario público ante el Derecho Penal", p. 27; *id.*, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", p. 249; OTERO GONZÁLEZ, "El nuevo delito de cohecho...", p. 66.

⁽⁹⁹⁾ CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, t. 2, 6ª. ed., Astrea, 1999, § 1817. En este sentido, IMAHORN, "Abuso de autoridad de los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo en los delitos contra la administración pública", *Foro de Córdoba*, Año IX, N° 48 (1998), p. 36.

⁽¹⁰⁰⁾ En este sentido, Cám. Nac. Casación Penal, Sala IV, "Wainfeld, Enrique", 7/9/99, JA 2000-III, 745; Cám. Crim. y Correc. Fed., Sala I, "Scavo Kedinger, Carlos E.", 4/7/88, JA 1898-III, 533.

⁽¹⁰¹⁾ MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", p. 28. En igual sentido, C.C.C., Sala I, "Wowe, Carlos", 18/9/96, JA 1998-II-266; Cám. Crim. y Correc. Fed., Sala I, "Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor", 19/5/03, LL., 22/3/04, s. 107.109.

actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”⁽¹⁰²⁾.

A su turno agrega NÚÑEZ 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*” (la cursiva me pertenece)⁽¹⁰³⁾.

Esta exégesis es la aceptada comúnmente por los autores nacionales⁽¹⁰⁴⁾.

Respecto a la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dice que “En los delitos que, además de lesionar diversos bienes jurídicos, presuponen que la lesión sea cometida mediante abuso de autoridad, como sucede por ejemplo con el prevaricato, la corrupción del funcionario, la malversación, el allanamiento de morada, y muchos otros, la pena conminada para el hecho no sólo ha tenido en cuenta la lesión del bien jurídico, que permite ubicarlo sistemáticamente dentro de la dogmática del código, sino también la extralimitación que vicia la legalidad y regularidad misma del acto del funcionario...”⁽¹⁰⁵⁾.

En la doctrina alemana, por su parte, se sostiene que los delitos de funcionarios públicos implican una lesión a la relación de fidelidad (*Treueverhältnis*) hacia el Estado o a la confianza pública en la integridad del fun-

⁽¹⁰²⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, 4ª. reimp., t. V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, p. 246.

⁽¹⁰³⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. v, Vol. II, Lerner, Córdoba, p. 128.

⁽¹⁰⁴⁾ DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 314; SANCINETTI, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, *Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 72; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. IV, 1ª. ed., La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 111 y ss.; SIERRA, “El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, *La Ley*, 2000-E, Doctrina, p. 1129; HEGGLIN, “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal”, *Doctrina Penal*, t. 2000/A, p. 207. Por su parte, VILLADA, *Delitos contra la función pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 455, afirma que el bien jurídico protegido consiste en la exigencia genérica que “observe una conducta tal que toda intervención que realice al respecto, sea irreproachable, transparente, insospechable y esencialmente prescindente de sus intereses particulares”.

⁽¹⁰⁵⁾ CSJN, “Fiscalía Federal s/ denuncia infracción art. 144 bis, inc. 2º, del Cód. Penal”, 3/3/87.

cionamiento del aparato estatal. Afirma CRAMER que el contenido de lo injusto en esta clase de delitos de funcionario público esta integrado por el atentado contra la regularidad del orden de la realización de la función pública y en el menoscabo de los intereses estatales en la presentación jurídica estatal de la Administración pública⁽¹⁰⁶⁾.

Esta última postura recoge la concepción de la infracción del deber como fundamento excluyente para explicar el contenido de lo injusto de los delitos de funcionario público. Esta fundamentación ha sido criticada porque no logra determinar de manera satisfactoria el contenido material de lo injusto de estos delitos dolosos⁽¹⁰⁷⁾, sumado a que la mera infracción de un deber, en este caso del funcionario público, no basta para fundamentar su responsabilidad penal, sumado a que ella aparece enfrentada con el principio de legalidad⁽¹⁰⁸⁾.

LACKNER, por su parte, afirma que los tipos penales contra la corruptibilidad y el soborno contienen bienes jurídicos complejos que se basan en la protección de la confianza en la falta de venalidad de los titulares de las funciones estatales y, al mismo tiempo, la objetividad de las decisiones públicas⁽¹⁰⁹⁾. Lo importante, señala este autor, es impedir la adulteración de la voluntad estatal, garantizar la transparencia del desempeño público y que la autoridad de la actuación pública no sea alterada⁽¹¹⁰⁾. De esta forma, explica STRATENWERTH, la protección penal previene y castiga al funcionario público que se determina mediante el ofrecimiento de una ventaja⁽¹¹¹⁾.

Por su parte, el Tribunal Superior alemán expresó que "la confianza de publicidad en la transparencia en el desempeño público no sea puesta en peligro, es el bien jurídico de los tipos penales de corrupción (BGH NStZ 1985, 497, 499 m.w.N.; BGHR StGB § 332 Abs.1 Satz 1 Vorteil 6; NStZ 2001, 425, 426)"⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ SCHÖNKE/SCHROEDER/CRAMER/HEINE, StGB-K, vorbem §§ 331ff./1.

⁽¹⁰⁷⁾ DE LA MATA BARRANCO, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", pp. 247 y ss.

⁽¹⁰⁸⁾ URQUIZO OLAECHEA, "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública", pp. 229 y ss., 241 y ss.

⁽¹⁰⁹⁾ LACKNER/KÜHL, StGB-K, § 331/1.

⁽¹¹⁰⁾ LACKNER/KÜHL, StGB-K, § 331/1.

⁽¹¹¹⁾ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, § 60, p. 390.

⁽¹¹²⁾ BGH 4 StR 28/02, del 27 de junio del 2002. En esta sentencia se revisó la absolución dictada a favor de un funcionario público que, en su calidad de director de proyectos comunales, aceptó la invitación de un grupo de inversionistas que consistió en el pago de consumiciones de bebidas alcohólicas y una cena. El funcionario y los inversores concurren después a un burdel donde el primero hizo uso de los servicios ofrecidos por una prostituta que fueron finalmente abonados por el funcionario, contra la intención

1. La adecuación social

Es menester señalar que no toda prebenda o ventaja recibida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones ingresará *ipso facto* en el ámbito de la represión penal prevista para esta especie de delitos.

Pueden presentarse perfectamente situaciones donde la entrega de un presente no responda a la idea motriz de influir indebidamente en la formación de la voluntad del funcionario público. En este aspecto puede citarse el baremo empleado por el Tribunal Superior alemán para discriminar dudosas situaciones de corrupción: Tipifica el delito si el beneficio ofrecido al funcionario público tuvo como propósito influir en su decisión o comportamiento próximo, excepto cuando dicho beneficio se basó en las reglas de trato social y cortesía⁽¹¹³⁾.

Aplicado este baremo a la realidad, el Tribunal Superior alemán expresó que “el pago por parte de potenciales inversores de bebidas alcohólicas consumidas por el funcionario público podría representar un comportamiento comercial adecuado y no se encontraría abarcado por el delito de corrupción”⁽¹¹⁴⁾.

Estas situaciones están contempladas por el art. 18 de la ley 25.188 que prohíbe a los funcionarios públicos “recibir regalos, obsequios o donaciones, sean cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones”. Si dichas ventajas son realizadas por cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registro y serán incorporados al patrimonio del Estado para cumplir con los fines específicos. La infracción de este precepto implicará la sustanciación de un sumario administrativo, pero no significará *per se* la comisión de un delito.

2. Aspectos esenciales del bien jurídico tutelado: la pluriofensividad

El problema radica, desde nuestro punto de vista, en el propio objeto de tutela “Administración Pública”. En este punto los autores atienden, por

inicial de los inversionistas de asumir el pago. El propósito de los inversionistas era crear una situación embarazosa para el funcionario que les permitiera obtener ventajas en la aprobación de los proyectos, en particular, la construcción de un hotel de cuatro estrellas. Este tribunal expresó que la corruptibilidad del funcionario público con poder de decisión se presenta cuando éste, a raíz de la prebenda recibida o prometida, mediante un comportamiento expreso o tácito, no tiene en cuenta puntos de vistas objetivos en la decisión futura, sino la ventaja recibida.

⁽¹¹³⁾ BGHSt. 15, 239, 251 y ss., cit. por BGH 4 StR 28/02, del 27/6/02, marg. 13.

⁽¹¹⁴⁾ BGHSt. 31, 264, 279, cit. por BGH 4 StR 28/02, del 27/6/02.

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. Esta vinculación jurídica entre el funcionario público y la función que cumple el Estado dentro de una sociedad pluralista, donde la persona es el centro del sistema y no su contorno.

En principio, debe estar claro que debe desterrarse para siempre la concepción que promueve la idea de tutela de la confianza pública, la lealtad del funcionario público, o la dignidad de las instituciones. En ellos difícilmente pueda afirmarse que exista un contenido material de bien jurídico tutelado, tan sólo se refieren a sentimientos u opiniones sobre el funcionamiento ideal de la Administración pública, pero que poca conexión tiene con el objeto que se pretende regular y proteger. Apelar al sentimiento de la comunidad o los administrados en la confianza u honestidad de los agentes públicos importa al menos renunciar a dar bases ciertas a la posibilidad de construir una justificación plausible de un bien jurídico que debe tener la capacidad de explicación de las razones en las que se fundamenta la represión de estos delitos especiales.

Cuando nos referimos a un cierto grupo de delitos de funcionarios públicos (delitos especiales propios), por ejemplo, el cohecho, el peculado, la exacción ilegal, la influencia indebida, podemos observar que estas infracciones penales tienen por objetivo tutelar el *aspecto externo* de la relación del funcionario público con la comunidad, es decir, el bien jurídico tutelado es la transparencia en la función pública⁽¹¹⁵⁾ y esa transparencia se menoscaba cuando el funcionario público adopta una determinada decisión o acto administrativo en función de intereses económicos propios o ajenos. Sin embargo, esto último puede generar ciertas objeciones, en particular si analizamos *cum grano salis* el fundamento real sobre el que descansa el merecimiento y la necesidad de pena de estos delitos venales. En el caso del delito de cohecho, se suscitó un interesante debate sobre el contenido del bien jurídico, en especial, las posiciones dogmáticas pueden reducirse a dos: la primera, mayoritaria en la doctrina alemana de la época, entendía que el bien jurídico en el delito de cohecho es el «falseamiento de la voluntad estatal», es decir, cuando el funcionario público toma una decisión funcional sobre un tema relativo a su esfera de competencia motivado por la ventaja económica, en realidad esta torcien-

⁽¹¹⁵⁾ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 331/3.

do la voluntad estatal en un sentido contrario al debido⁽¹¹⁶⁾. La postura restante, en cambio, afirmaba que el bien jurídico tutelado por la figura de cohecho es la capacidad funcional de la Administración del Estado. Este último criterio fue el adoptado por el Tribunal Federal Superior alemán⁽¹¹⁷⁾ y un sector minoritario de la doctrina alemana⁽¹¹⁸⁾. El fundamento material de esta identificación del bien jurídico está orientado hacia la necesidad de evitar la desconfianza de los administrados en las decisiones adoptadas por las autoridades públicas. Este argumento deja de lado lo correcto o incorrecto del acto administrativo al pasar a centrarse en el ámbito puramente decisorio del funcionario público. No importa para esta postura que la decisión tomada sea objetivamente la correcta o adecuada para resolver o solucionar una cuestión concreta, lo importante gravita en despejar las sospechas o suspicacias de los administrados respecto de las resoluciones públicas que adopta la administración. Por lo demás, el contenido de lo injusto material de los delitos de corrupción se centra en la existencia de un acuerdo espurio entre el funcionario público y el interesado, siendo suficiente para su consumación que aquél haya aceptado la ventaja económica de manera expresa o implícita con el propósito de adoptar una decisión administrativa que favorezca los intereses del oferente. En este sentido se ha valorado como punible dentro de los parámetros normativos del delito de cohecho la aceptación por parte del funcionario público del pago de los servicios sexuales de una prostituta por parte de inversionistas de un proyecto inmobiliario en el cual el autor tenía competencia funcional para su aprobación⁽¹¹⁹⁾.

Por su parte, la concepción del bien jurídico protegido en el delito de cohecho con el falseamiento de la voluntad estatal tampoco está exenta de objeciones. En particular esta teoría presupone que dicha voluntad fue falseada, pero no atiende al argumento de que el funcionario público con competencia en la materia puede haber adoptado dicha decisión o acto administrativo en el sentido correcto⁽¹²⁰⁾.

Generalmente podemos afirmar en este aspecto que el fundamento material de la represión de los delitos de corrupción en sus distintas manifestaciones

⁽¹¹⁶⁾ Loos, "Del «bien jurídico» en los delitos de cohecho", trad. Guzmán Dalbora, *Zeitschrift für Internationale Strafrecht* (ZIS), 5/2009, pp. 266-274.

⁽¹¹⁷⁾ BGH 2 StR 177/06, sentencia del 27/10/06, BGHSt 15, pp. 239 y ss. En este sentido, BGH 4 StR 28/02, sentencia del 27/6/02.

⁽¹¹⁸⁾ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 331/3; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Persona und die Allgemeinheit*, 10. Aufl., Beck, München, 2009, § 60/7.

⁽¹¹⁹⁾ BGH 4 StR 28/02, sentencia del 27/6/02.

⁽¹²⁰⁾ Loos, "Del «bien jurídico» en los delitos de cohecho", p. 267.

suele confundirse con un estado de sospecha sobre la actuación del sujeto activo, lo que transforma a estas infracciones en delitos de peligro abstracto⁽¹²¹⁾, es decir, se renuncia de manera consciente al menoscabo efectivo o la puesta en peligro concreta del funcionamiento de la administración pública y en su lugar se erige como exclusivo argumento la sospecha de corrupción. No puede menos que denunciarse que la construcción normativa de la mayoría de los delitos de funcionario público adolece de una imprecisión manifiesta en torno de la naturaleza de las acciones punibles, una ausencia de todo tipo de descripción de modalidades determinadas de acción que permitan a los operadores o aplicadores del derecho discriminar de manera precisa los comportamientos impunes de los criminalizados, sumado a que la laxitud del concepto material del bien jurídico tutelado por estos delitos tolera en gran medida la posibilidad de abarcar un número indiscriminado de conductas de funcionarios públicos que, pese a su homología, deberían excluirse del campo represivo.

Existe claramente una necesidad político criminal de castigar de manera íntegra los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en especial, porque dichos comportamientos generan en la sociedad una falta de seguridad sobre el manejo de los asuntos públicos a la vez que de manera indirecta coadyuva a socavar el sistema democrático basado en la confianza depositada por la comunidad en el actuar ajustado a derecho de los integrantes del Estado⁽¹²²⁾. El nuevo paradigma se orienta en este caso de manera firme en un derecho penal proyectado hacia las consecuencias en lugar de uno anclado en los actos humanos. Campea en este ámbito una necesidad irrefrenable de erigir nuevos objetos de tutela que, en muchos casos, se cristalizan en conceptos éticos sobre el funcionamiento de la institución pública y sus agentes. No ha de extrañar que la sospecha de venalidad se haya transformando en un abrir y cerrar de ojos en el nuevo objeto de protección más allá de la comprobada infidelidad del funcionario público. Cuando se introduce en el derecho penal de acto el deber de fidelidad del funcionario público como objeto de tutela penal, así se piensa inmediatamente en una relación subordinación basada entre la estructura estatal y su agente, es decir, se entroniza una infracción de deber de esta relación asimétrica como

⁽¹²¹⁾ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 331/3.

⁽¹²²⁾ STS, Nº 3785/13, del 27/6. En esta ocasión, el Tribunal Supremo español expresó "El bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que deben de orientar su actuación. Este delito [prevaricato] garantiza en el ámbito de la Administración pública la vigencia del principio de igualdad como fundamento básico del Estado Social y Democrático de Derecho garantizando la transparencia en el quehacer administrativo y el resto de principios a que se refiere el art. 102 de la Constitución, lo que contribuye a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones lo que, en definitiva, constituye un fortalecimiento del Estado de Derecho".

contenido material de tutela, pero se condena al ostracismo la necesidad de dejar a un lado la mera infracción de fidelidad por la necesidad de comprobar una necesaria y concreta afectación del bien jurídico tutelado.

Ejemplo de lo dicho está representado por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268.2), el de cohecho (art. 256), el de tráfico de influencias (art. 256 bis), el de cohecho agravado por la condición de magistrado (art. 257), el soborno transnacional (art. 258 bis) y la admisión de dádivas (art. 259). Las figuras mencionadas no exigen un daño real al funcionamiento de la actividad estatal como consecuencia de la venalidad del funcionario público, ya que el tipo de lo injusto de estas infracciones se satisface con el acto venal o la mera aceptación de la propuesta, pero nada se dice sobre la necesidad de que dicho acto funcional conlleve necesariamente un perjuicio concreto. En la mayoría de los casos, los jueces tipifican estos delitos de funcionario público con la identificación de un perjuicio real, y no meramente hipotético, del desarrollo de la actividad de la función pública. El acto venal o corrupto es vinculado de manera frecuente con el perjuicio económico que habría sufrido el Estado por la actuación infiel del funcionario público. Este proceder, estimo, es el correcto. No basta la mera irregularidad del acto o la sospecha de connivencia pública para desatar la respuesta punitiva, en estos casos sería correcta que dicho acto haya creado de manera concreta un peligro para el funcionamiento del área en la que tiene competencia funcional el autor y no la mera sospecha de dicho perjuicio. Es claro que esta propuesta parecería conduciría a crear un marco de impunidad insoportable y alentar de manera irracional la venalidad en la función pública. Sin embargo, un análisis concreto de casos nos llevaría por el sendero contrario.

Para evitar esta brecha del principio de legalidad, debemos partir del punto de vista metodológico de analizar cada una de las infracciones enumeradas dentro de los delitos contra la Administración Pública a la luz de los bienes jurídicos en juego. Este proceso hermenéutico debería permitir desentrañar el contenido material de los intereses en juego frente al comportamiento desviado del funcionario público.

Para poder realizar nuestro cometido será necesario proceder a la agrupación de los delitos de funcionario público en función de las características propias de cada uno de ellos.

V. EL ASPECTO ECONÓMICO: EL PATRIMONIO PÚBLICO

En primer lugar, debemos seleccionar aquellos delitos especiales que tienen por meta la tutela del *patrimonio público*. El Capítulo VII del Título XI, del Libro II del Código Penal reprime en los arts. 260 a 264 los com-

portamientos idóneos para menoscabar o poner en peligro al bien jurídico tutelado por este apartado. Nótese que el patrimonio público puede ser menoscabo también por terceros, por ejemplo, en los casos de defraudaciones contra el Estado (art. 174, inc. 5°).

1. El delito de malversación de caudales públicos⁽¹²³⁾

Dentro de esta categoría se cuenta, en primer lugar, el delito de *malversación de caudales públicos*, cuyo injusto material consiste en la acción dolosa de dar a los caudales o efectos administrados por el autor un destino distinto al previsto en la ley de presupuesto. No se requiere acá perjuicio patrimonial alguno para la Administración, sino un mero peligro abstracto. En este caso el funcionario público debe tener *competencia funcional* para el cuidado, la administración y el manejo de los bienes públicos, es decir, el ámbito de la autoría está en este caso seriamente restringido y vinculado a dicha competencia funcional especial. La mera infracción del deber de obediencia del funcionario público de aplicar los fondos asignados a su ámbito de ejercicio de la función pública no basta para la atribución de responsabilidad penal, ya que la omisión de impedir que otro funcionario público con idénticas funciones y competencias sobre el manejo de los caudales públicos confiados no está prevista por la norma en estudio⁽¹²⁴⁾.

2. Los delitos doloso e imprudente de peculado⁽¹²⁵⁾

Otro de las infracciones penales prevista por este Capítulo VII es el delito de *peculado*. A diferencia de la anterior figura, en este caso el funcionario público comete este delito cuando sustrajere los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le fue confiada en razón de su cargo. Nuevamente acá aparece limitado el círculo de autores a los funcionarios públicos con competencia funcional en el manejo de bienes públicos. El contenido de

⁽¹²³⁾ Art. 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída

⁽¹²⁴⁾ Sobre problemas de concurso de delitos en la participación de un *extraneus*, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, pp. 268 y ss.

⁽¹²⁵⁾ Art. 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

lo injusto de este delito doloso está formado por la apropiación de los bienes ajenos de naturaleza pública que realiza el autor en su propio beneficio. En este caso se trata de un delito de resultado, ya que la norma en cuestión demanda un efectivo menoscabo del patrimonio público. La otra modalidad de este delito se presenta cuando el funcionario público utilizase trabajos o servicios pagados por la propia Administración. En este caso la mera infracción de un deber de fidelidad hacia la Administración es insuficiente para fundamentar lo injusto típico de este delito al exigir la ejecución de la acción de sustraer los objetos o bienes tutelados por esta figura. No cabe predicar acá la posibilidad de admitir una modalidad omisiva de comportamiento doloso.

El art. 262 del Cód. Penal argentino regula la *modalidad imprudente del delito de peculado*⁽¹²⁶⁾, al castigar al funcionario público con competencia funcional en la administración y cuidado de los bienes o fondos asignados que permitiese su apoderamiento por parte de un tercero o funcionario público sin competencia funcional (*extraneus*). En este aspecto resulta curioso que la ley penal no regulase una modalidad omisiva dolosa para la figura de peculado.

Por su parte, el art. 263 del Cód. Penal argentino⁽¹²⁷⁾ regula una extensión de la aplicación del tipo hacia terceros que administrasen o custodiasen bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

3. El retardo funcional⁽¹²⁸⁾

El art. 264 del Cód. Penal argentino reprime un acto de desobediencia relacionado con la demora injustificada de un pago ordenado por autoridad

⁽¹²⁶⁾ Art. 262.- Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

⁽¹²⁷⁾ Art. 263.- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaran bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

⁽¹²⁸⁾ Art. 264.- Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

competente, o bien rehusase la entrega de un bien confiado por aquélla. Resulta harto difícil explicar acá la relación de este delito de mera actividad con la afectación concreta del patrimonio estatal en sentido amplio. Más bien parece sustentar la necesidad y merecimiento de pena de este comportamiento de naturaleza omisiva la mera desobediencia del funcionario público de ajustar su conducta a la orden impartida por su superior jerárquico o autoridad competente. Esta mera infracción de un deber de subordinación administrativo debería ser excluido del ámbito de protección de este bien jurídico patrimonio público, incluso sería preferible por observancia de los principios de lesividad y *ultima ratio* del derecho penal junto a su carácter fragmentario que esta infracción penal fuese directamente derogada. El derecho administrativo sancionador sería, a nuestro juicio, una herramienta más eficaz y apropiada para este tipo de situaciones de meras desobedencias administrativas.

VI. LA OBEDIENCIA INTERNA A LA ADMINISTRACIÓN

Otro grupo de figuras penales cuyo sujeto activo es un funcionario público tienen por propósito castigar aquellas conductas distorsivas que se originan en el seno de la propia Administración. Debemos recordar en este punto que toda administración pública está organizada en función de los principios de autoridad jerarquizada y división de funciones. Para asegurar ese funcionamiento armónico de las instituciones públicas el derecho cuenta con algunas herramientas: el derecho administrativo sancionador es por regla el mejor antídoto contra este tipo de perturbaciones dentro del ejercicio de la función pública por parte de sus integrantes. Cuando dichas conductas ponen en riesgo concreto la capacidad de dirección y funcionamiento del Estado surge como necesario regular de manera tasada cuáles de dichos comportamientos son merecedores de una sanción punitiva. En este terreno debemos tener adoptar una perspectiva crítica y sospechosa sobre las infracciones de los deberes de obediencia que alcanzan a todos los funcionarios públicos en ejercicio de su mandato o competencia.

1. Desobediencia en el ámbito militar

Dentro de una escala de mayor a menor, la reforma de la ley 26.394 introdujo en este título XI un conjunto de delitos militares. El art. 238 bis⁽¹²⁹⁾

⁽¹²⁹⁾ Art. 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años. Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

y 238 ter⁽¹³⁰⁾ evocan dos claros casos de desobediencia militar. El art. 241 bis⁽¹³¹⁾ regula, en cambio, una usurpación de funciones de mando por parte de militares jerárquicamente subordinados.

6.2) Incumplimiento de las formalidades en el arresto o formación de causas contra los integrantes del poder público⁽¹³²⁾

El art. 242 del Cód. Penal argentino sanciona al funcionario público que en el arresto o formación de causa contra un miembro del poder público no guardase las formas prescriptas por las constituciones o leyes respectivas. En realidad, este delito de funcionario público sólo puede ser cometido por los magistrados, fiscales o integrantes de fuerzas de seguridad que son los únicos competentes para ordenar arrestos o llevar adelante causas penales. Se trata de un delito formal en el que se construye a partir de la omisión del círculo de autores de observar las reglas de procedimiento que autorizan a la detención o formación de procesos contra las autoridades públicas. La desobediencia en este caso se refiere a la ley, no a la orden o autoridad competente. La mera infracción del deber de observar las normas que regulan el procedimiento de detención de una autoridad pública resulta suficiente para

⁽¹³⁰⁾ Art. 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

⁽¹³¹⁾ Art. 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que: 1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada. 2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores. 3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo. 4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho. 5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

⁽¹³²⁾ Art. 242.- Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

la aplicación de pena, sin perjuicio de mencionar la eventual concurrencia de otros delitos más graves relacionados con la privación ilegítima de la libertad.

VII. LA USURPACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Usurpación arbitraria de la función pública por parte de funcionario público⁽¹³³⁾

El menoscabo al ejercicio de la función pública es otro de los bienes jurídicos tutelados por los delitos de funcionario público. En este caso, los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 246 prescriben sanciones para los funcionarios públicos que continuasen con el ejercicio de sus funciones públicas una vez que fuera comunicado su cesantía o suspensión. Igualmente se prevé penas para el funcionario público que ejerciese otro cargo distinto al que fuera designado. En caso de que dicho funcionario público revistiese la condición de militar, lo injusto típico demanda que éste haya ejercido o retenido mando militar sin autorización.

Este tipo penal tutela el orden y la regularidad del ejercicio de la función pública, que se menoscaba cuando los propios funcionarios públicos ejercer otro tipo funciones públicas o exceden su ejercicio (abuso funcional)⁽¹³⁴⁾. De esta forma se quiere evitar la desorganización funcional y administrativa de la propia organización pública para el cumplimiento de sus funciones esenciales. Se trata de un delito de mera actividad, ya que no se requiere que el ejercicio de la función o la prestación del servicio público se vea resentido por dicha actuación.

VIII. LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES FUNCIONALES

El conjunto de delitos que vamos a analizar a continuación presentan el común denominador de cristalizar el contenido de lo injusto en un abuso funcional. Por lo general, existe un marco legal que establece los contornos definidos del ejercicio de la función pública. Cuando el funcionario público

⁽¹³³⁾ Art. 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo: 1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente; 2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas; 3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo. El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

⁽¹³⁴⁾ OLAIZOLA NOGALES, "Los delitos contra la Administración pública", pp. 369 y ss.

excede dicha limitación normativa en el cumplimiento de su deber funcional, entonces surge la necesidad de reprimir este tipo de distorsiones funcionales en el uso de sus competencias.

1. Abuso de autoridad

El art. 248 del Cód. Penal argentino⁽¹³⁵⁾ reprime al funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias al orden jurídico vigente. Es un delito de mera actividad y de naturaleza comisiva. La infracción de los deberes a cargo del funcionario público con competencia funcional para expresar la voluntad del Estado bajo la forma de resoluciones u órdenes menoscaba el ejercicio externo de la actividad estatal frente a los administrados. Este delito guarda relación de afinidad con el delito de prevaricato (art. 269 del Cód. Penal). Puede advertirse que la mera infracción del deber mediante la modalidad omisiva no es de recibo en la configuración típica de esta figura, ya que la norma exige la acción de dictar resoluciones u órdenes ilegales, es decir, la mera anuencia de otro funcionario público en este quehacer no la transforma en delictiva. Al dictar esta clase de actos administrativos o judiciales se lesiona la función externa del Estado frente a los administrados, ya que el tipo penal no demanda que dichos actos públicos perjudiquen a terceros. De esta manera, este delito de mera actividad basado en el quehacer ilícito del funcionario público porta un peligro concreto para la propia Administración.

El art. 249 bis⁽¹³⁶⁾ tiene por sujeto activo al militar que en el ejercicio de sus funciones y en abuso de su autoridad maltratase o perjudicase de manera arbitraria a su inferior jerárquico. En este supuesto, el tipo penal presupone un abuso funcional del militar superior en el destrato ofrecido a su inferior. Claramente la norma apunta a evitar los excesos funcionales de los militares con poder de mando sobre sus subordinados. Todo abuso de poder es equivalente a la infracción de deber de trato a los inferiores jerárquicos. Es un delito de resultado, puesto que se exige que dicho abuso funcional deba acarrear necesariamente un perjuicio o maltrato al sujeto pasivo. Esta figura puede cometerse tanto de manera comisiva como omisiva, por ejemplo,

⁽¹³⁵⁾ Art. 248.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

⁽¹³⁶⁾ Art. 249 bis.- El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

cuando el funcionario militar perjudica a su subordinado de manera arbitraria al negarle un ascenso debido.

El art. 251⁽¹³⁷⁾ del Cód. Penal argentino tipifica un caso de abuso funcional del funcionario público que solicitase la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad pública o de sentencias o mandatos judiciales. Es un delito de mera actividad, puesto que este tipo penal no requiere que la asistencia haya sido efectivamente prestada, sino que es suficiente para su configuración típica que el autor especial la haya solicitado, lo que revela de manera clara una intención de obstruir el ejercicio de las funciones de otros funcionarios o directamente de otro poder (por ej., el judicial). El abuso funcional se traduce acá en una infracción del deber del funcionario público de ajustar el ejercicio de su competencia propia sin entrometerse en el ámbito del uso de atribuciones de otras instituciones.

El art. 253⁽¹³⁸⁾ reprime al funcionario público que propusiere o nombrare para cubrir un cargo público una persona que carezca de las condiciones necesarias para su ejercicio. La norma apunta a salvaguardar también el correcto funcionamiento de la Administración pública gracias a la prohibición de nombrar candidatos a puestos públicos que no cumplen con los requisitos que demanda la ley. Esta medida profiláctica tiene por objetivo evitar el acceso de personas que no cumplen con las condiciones mínimas para ejercer un cargo público. Debemos tener en cuenta que el ingreso a la función pública es irrestricto, salvo que el candidato haya sido condenado por delito doloso, especialmente cuando está inhabilitado para ejercer cargos públicos, o bien el desempeño de la función pública exige ciertas cualidades profesionales (por ejemplo, ser abogado, médico, contador, etc.) de las que carece el candidato. La sola propuesta aparece como suficiente para calificar la conducta de delictiva. En caso de nombramiento, será menester que exista un acto o resolución administrativa que ponga en funciones al inhabilitado. Con idéntica pena se castiga al que aceptase el cargo.

⁽¹³⁷⁾ Art. 251.- Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

⁽¹³⁸⁾ Art. 253.- Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

El art. 253 bis⁽¹³⁹⁾ regula un caso de abuso de poder en el ejercicio de la función militar durante el desarrollo de un conflicto armado o zona de catástrofe. La infracción del deber consiste acá en el uso de armas militares en inobservancia de los protocolos de uso, o bien someter a la población civil a restricciones arbitrarias o ejercer violencia innecesaria contra las personas. De esta manera se protege no sólo la cadena de mando, sino el abuso funcional en el que cae el sujeto activo en su condición de militar con poder de mando al operar armamento fuera de las necesidades del combate a la vez de imponer de manera arbitraria restricciones de movimiento, circulación de bienes o directamente la confiscación de objetos, bienes o recursos de la población civil durante el curso del conflicto armado sin atender a las necesidades concretas de la guerra.

El art. 253 ter⁽¹⁴⁰⁾ reprime una modalidad imprudente de infracción de deber que consiste en causar o no impedir pérdidas de vidas humanas o material bélico por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los deberes a su cargo, en el curso de un conflicto militar o asistencia o salvación en situación de catástrofe.

2. Incumplimiento de los deberes funcionales

Por su lado, el art. 249⁽¹⁴¹⁾ tipifica la infracción de un deber positivo que tiene el funcionario público de ejercer de manera correcta sus funciones o competencias. Las modalidades de comisión de esta figura descansa claramente en un actuar omisivo del autor especial, aunque la acción de retardar puede abarcar actos de comisión, por ejemplo, solicitar informes inconducentes con el mero objetivo de retardar la adopción de la decisión o resolución pública. Esta norma está orientada a garantizar cierto grado de optimización en el ejercicio de la función pública y evitar caer en una mera burocratización administrativa. Los destinatarios de la norma son los funcio-

⁽¹³⁹⁾ Art. 253 bis.- El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

⁽¹⁴⁰⁾ Art. 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

⁽¹⁴¹⁾ Art. 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

narios públicos con competencia funcional para dictar resoluciones o actos administrativos o judiciales sometidos a su jurisdicción o competencia. Campea en este caso la necesidad de tutelar el funcionamiento de la actividad estatal en el marco de la administración externa de cara a los administrados o la propia Administración.

El art. 250⁽¹⁴²⁾ reprime al jefe o agente de una fuerza pública que rehúsa, omitiere o retardare, sin causa justificada, un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente. Se trata de un delito de mera actividad que puede asumir la forma comisiva u omisiva en su realización. La acción de retardar importa un comienzo de ejecución que se postergar en el tiempo por la acción del agente. Los sujetos activos son los titulares del ejercicio de la violencia estatal reglada constitucionalmente, es decir, son los que llevan a la práctica la fuerza imperativa de los actos de gobierno en un sentido general. No se exige un resultado lesivo, pero sí debe comprobarse que dicha infracción de deber de actuar que tiene el funcionario público con competencia específica obedezca a una razón de auxilio solicitada de manera legítima por autoridad civil competente. Esto último impone al sujeto activo una constatación previa de dichos extremos, en cuyo caso puede abrirse la posibilidad de evaluar un error de prohibición del autor.

El art. 250 bis⁽¹⁴³⁾ alcanza al militar que, en una franca infracción de su deber de servicio originada en su calidad, haga abandono de sus funciones en tiempos de guerra. Esta infracción de deber abarca desde el abandono de servicio, su incapacitación física y la omisión de comunicación de información vital para el desarrollo de las operaciones militares en el marco del desarrollo de la guerra. Se trata de un delito de mera actividad. Basta para su configuración la creación de un peligro concreto derivado del incumplimiento de sus funciones militares con incidencia en el curso del conflicto.

⁽¹⁴²⁾ Art. 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehúsa, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

⁽¹⁴³⁾ Art. 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado: 1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento. 2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

El art. 252⁽¹⁴⁴⁾ se ocupa del abandono de funciones con daño al servicio público. A diferencia de los delitos que venimos analizando, en este caso se demanda que el abandono de dicha función haya acarreado un perjuicio concreto a la Administración. Es uno de los pocos delitos de funcionario público que se consuman con un resultado. En el subtipo del delito militar, la acción típica también se vincula con la necesidad de abandono del servicio durante conflicto armado o zona de desastre. Se agrava la pena si como consecuencia de dicho abandono se produjere la muerte de personas, pérdidas de material bélico o se impidiere o dificultare el rescate de víctimas del desastre.

IX. LA OBJETIVIDAD EN EL EJERCICIO FUNCIONAL

A partir de ahora pasaremos a analizar sin temor a equívocos los delitos de funcionario público vinculados directamente con la corrupción pública. Hasta ahora pasamos revista a un conjunto de delitos caracterizados todos ellos por afectar el patrimonio o el ejercicio de la función pública. En adelante nos abocaremos a los comportamientos disvaliosos que afectan la objetividad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones y en la expresión de la voluntad estatal⁽¹⁴⁵⁾. Dicha objetividad funcional en el ejercicio de la función pública se ve afectada cuando el decisor contabiliza intereses propios o ajenos al momento de sopesar el contenido y alcance de un acto administrativo o judicial.

⁽¹⁴⁴⁾ Art. 252.- Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

⁽¹⁴⁵⁾ KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006, § 331/1; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., pp. 928 y ss.; OTERO GONZÁLEZ, "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 105, III, Época II, diciembre 2011, p. 62.

Sobre este conjunto de delitos de corrupción, la doctrina argentina ha puesto el énfasis en la venalidad de los funcionarios públicos⁽¹⁴⁶⁾.

1. El delito de cohecho pasivo⁽¹⁴⁷⁾

En este terreno debemos mencionar la figura de *cohecho pasivo* (art. 256). El contenido de lo injusto de este delito doloso especial está constituido por la existencia de un acuerdo ilícito entre el funcionario público decisor y un tercero⁽¹⁴⁸⁾. El objeto de dicho acuerdo de naturaleza económica trasciende el contenido material de este delito, ya que la receptación del dinero o la aceptación de la promesa es suficiente para la consumación de esta figura. Como podemos observar, lo que se pone en juego con la conducta disvaliosa del funcionario público es la objetividad en el marco de la toma de decisión. El autor debe tener competencia funcional para dictar el acto administrativo que se le pide.

El “acuerdo ilícito” (*Unrechtsvereinbarung*)⁽¹⁴⁹⁾ abarca en esta clase de delitos de corrupción a las ventajas percibidas o prometidas al particular o al funcionario público, en este último caso, con motivo del ejercicio de su función pública y cuya finalidad sea la de influir ilegítimamente en el proceso de decisión de un asunto público bajo la órbita del funcionario afectado.

2. El cohecho impropio

Nuestro código penal regula en el art. 259⁽¹⁵⁰⁾ la denominada figura del “cohecho impropio”. La doctrina nacional ha afirmado que el bien jurídico protegido es la transparencia y la imparcialidad en el manejo de la cosa pública⁽¹⁵¹⁾. Este delito se perfecciona con la simple admisión de dádivas que

⁽¹⁴⁶⁾ LAJE ANAYA/GAVIER, *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª. ed. del tomo III de Notas al Código Penal, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001, p. 23.

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 256.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

⁽¹⁴⁸⁾ MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pp. 876 y 877; LAJE ANAYA/GAVIER, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 24.

⁽¹⁴⁹⁾ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 331/21; § 332/11.

⁽¹⁵⁰⁾ Art. 259.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

⁽¹⁵¹⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 220; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 307, D’ALESSIO, p. 835.

fueran entregadas en razón de su cargo o función. Se trata de un delito de participación necesaria, puesto que se requiere alguien que ofrezca la dádiva y el funcionario público que la aceptase⁽¹⁵²⁾. En realidad, algunos autores han criticado la criminalización de esta conducta que bien podría ser abarcada por el derecho administrativo sancionador⁽¹⁵³⁾. Claramente puede observarse que la punición de este supuesto de admisión de dádivas en base de la calidad funcional que detenta el autor representa una injerencia indebida del derecho penal, conculcándose así el principio de proporcionalidad y de *última ratio*. A diferencia del cohecho propio, acá no se demanda acuerdo ilícito alguno, menos aún que dicha admisión de dádivas estuviese conectada con el ejercicio de la función pública, sumado a que no existen a la fecha en nuestro país sentencias condenatorias por la comisión de este delito, puesto que en la mayor parte de los casos denunciados dicha admisión de dádivas está vinculada con un acto más grave de corrupción.

Por lo general, se apela acá a la imparcialidad como objeto de tutela, pero en función de la modalidad y las características propias de esta figura, subrayamos, en la que no requiere acuerdo ilícito alguno, la puesta en peligro de la imparcialidad del funcionario público aparece entredicha, ya que no es posible vincular dicha admisión a una conducta futura o pasada del autor⁽¹⁵⁴⁾. En realidad, estamos frente a un auténtico *delito de sospecha*.

Existe acá y en otras latitudes una arcaica costumbre de entregar pequeños obsequios al funcionario públicos en razón de haber concluido con celeridad un trámite administrativo o judicial algo engorroso, o bien como mero reconocimiento de una labor bien realizada. En muchos casos, los administrados concurren a las reparticiones públicas sin saber a ciencia cierta cuál es el trámite administrativo a seguir, en cuyo caso la obligada orientación brindada por el agente público es agradecida y retribuida con alguna pequeña dádiva. En otros casos, la entrega de dinero puede obedecer al reconocimiento de un trabajo excesivo o permanente del empleado público que ejerce en debida forma sus deberes públicos. Todo esto se inserta dentro de un cuadro más genérico que está singularizado por una eterna ineficiencia y aguda burocratización de las más elementos tareas que tiene a cargo el Estado. En consecuencia, cuando el administrado debe enfrentarse con esta burocracia tan enraizada en nuestro ser nacional, la buena voluntad del administrador o el allanamiento de los procesos burocráticos

(152) ATS, N° 6320/2012, del 4 de junio.

(153) OTERO GONZÁLEZ, "El nuevo delito de cohecho...", pp. 62 y 63.

(154) Crítico, DE LA MATA BARRANCO, "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", pp. 252 y ss.

no sólo es percibido por el destinatario como una excepción a la regla, sino que merece ser retribuido económicamente. En suma, lo que debería ser la regla se transforma en la excepción, por ende, en muchos casos la entrega de dádiva al funcionario público lejos de ser considerada como un acto de corrupción, o al menos como una falta ética, es valorado dentro de una comunidad determinada como una recompensa a la labor eficiente.

Dentro de la categoría de “adecuación social”, WELZEL explica que ciertas conductas o comportamientos sociales pueden ser valorados como socialmente adecuados, es decir, se mueven dentro del marco del orden social histórico y normal de vida comunitaria, pese a que aquéllos podrían encontrar una adecuación típica en alguna infracción en particular. De esta manera se pone de relieve la dimensión social del tipo penal como materia de prohibición. En este contexto, el citado autor cita el ejemplo de la entrega habitual de regalos de escaso valor a los funcionarios públicos por la celebración del Año Nuevo⁽¹⁵⁵⁾.

En España, el Tribunal Supremo español ha determinado el contenido y alcance de este delito regulado por el art. 422 del Código Penal de ese país, de acuerdo a su última reforma operada por la L.O. 5/2010⁽¹⁵⁶⁾. En principio, una dilatada línea jurisprudencial viene identificando al bien jurídico tutelado de este delito con la imparcialidad de los funcionarios públicos y su relación con la confianza general en la propia Administración⁽¹⁵⁷⁾. Por el contrario, la doctrina hispana ha sostenido la necesidad de revisión de este tipo de infracciones a la luz del principio de lesividad y de ahí su directa desincriminación⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss., pp. 516 y ss.; *id.*, *Derecho Penal alemán*, p. 67; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, pp. 390 y ss.; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 331/25/31. La STS, N° 1918/2013, del 23 de abril, reconoce esta realidad social. Sobre este concepto normativo, CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XLVI, Fasc. II, 1993, pp. 697 y ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Art. 422 CPE.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

⁽¹⁵⁷⁾ ATS N° 1918/13, del 9/4/13; N° 7183/2013, del 24/7/13; STS, N° 1918/2013, del 23/4/13, donde se conceptualizado al bien jurídico tutelado con “[...] la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos únicamente al imperio de la Ley. Es decir, el único determinante de la actuación de un funcionario o autoridad debe ser la Ley y no otros hechos o circunstancias que pueden condicionar o mediatizar su actuación, tales como las dádivas o regalos ofrecido por particulares y admitidos”

⁽¹⁵⁸⁾ DE LA MATA BARRANCO, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción”, p. 258.

3. Negociaciones incompatibles con la función pública⁽¹⁵⁹⁾

El art. 265 del Cód. Penal regula el delito de negociaciones incompatibles con la función pública.

Por lo general existe consenso en que el bien jurídico protegido por el artículo 265 del Código Penal es la Administración pública, es decir, en su dimensión funcional, el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios públicos que se encuentran sujetos, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad⁽¹⁶⁰⁾. Asimismo, la jurisprudencia tiene dicho que "... el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad..."⁽¹⁶¹⁾.

En este sentido la doctrina afirma que el bien jurídico tutelado por el art. 265 C.P. es "la Administración pública, en lo relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro"⁽¹⁶²⁾. Asimismo, se explica que "el objeto tutelado por este delito es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño 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"⁽¹⁶³⁾. A su turno, NÚÑEZ agrega 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

⁽¹⁵⁹⁾ Art. 265.- 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.

⁽¹⁶⁰⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 246; DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, pp. 359 y ss.; CNCP, Sala IV, "Wainfeld, E.", del 7/9/99, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2000-III, p. 745; CCC Fed., Sala I, "Scavo Kedinger, C. E.", del 4/7/88, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1988-III, p. 533).

⁽¹⁶¹⁾ CCC Fed., Sala II, c. 18.154 "Maharbiz, J. E.", del 20/11/01; c. 16.131 "De Marco Naón, M. R.", del 14/3/00, con cita de fallos de esa misma Sala, c. 6.298 "Díaz Fonzo", del 28/12/89; c. 12.180 "Nicolini", del 29/5/96; c. 12.307 "Tedesco Balut", del 16/9/96; Sala I, c. 22.372 "Martínez de Hoz, A.", del 15/11/90.

⁽¹⁶²⁾ MILLÁN, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", p. 28, en igual sentido, CCC, Sala I, "Wowe, C.", de 18/9/96, JA 1998-II-266.

⁽¹⁶³⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 246.

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⁽¹⁶⁴⁾. Esta exégesis es la aceptada comúnmente por la doctrina nacional⁽¹⁶⁵⁾.

El tipo exige 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 demande el propio ejercicio de la función pública.

La acción típica consiste en interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación. Según la doctrina, la confluencia de intereses ajenos a los públicos genera un "desdoblamiento del agente" que interviene en su calidad de funcionario público a la vez que en particular interesado en la operatoria comercial⁽¹⁶⁶⁾. Este interés personal que tiene el funcionario público en el trámite del contrato u operación públicos sujetos a su competencia no debe ser motivada por un tercero, de lo contrario se aplicaría acá el delito de cohecho pasivo, ni ser un medio para la comisión de fraude en perjuicio de la Administración pública⁽¹⁶⁷⁾. La acción típica del autor puede ser desarrollada mediante intermediario o persona interpuesta, así como acto simulado.

Tampoco se requiere perjuicio patrimonial para la Administración pública o que el funcionario público logre la ventaja económica⁽¹⁶⁸⁾.

Sujeto activo es el funcionario público o algunas de las personas equiparadas a él señaladas en el párrafo 2°. No obstante ello, no basta con la sola calidad de funcionario público para ser autor del delito, se requiere competencia en el contrato o negocio que intervenga⁽¹⁶⁹⁾. Sin bien los autores previstos en el 2° párrafo, no desempeñan función pública alguna, es decir no revisten en el carácter de funcionario público, y por ende la administración pública no

⁽¹⁶⁴⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 128.

⁽¹⁶⁵⁾ DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, pp. 359 y ss.; SANCINETTI, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", p. 72; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. IV, p. 314; SIERRA, "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", p. 1129; HEGGLIN, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal", p. 207; VILLADA, *Delitos contra la función pública*, p. 455.

⁽¹⁶⁶⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 246; DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, p. 364.

⁽¹⁶⁷⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 246.

⁽¹⁶⁸⁾ CCC Fed., Sala II, "Nicolini y otros", del 29/5/96; CCC La Plata, Sala II, "Pesce, O.", del 3/10/57, publicada en *La Ley*, t. XVIII, p. 1184.

⁽¹⁶⁹⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, pp. 128 y 129.

estaría perjudicada por su ilícito accionar, lo cierto es que la ley considera que ciertos oficios de naturaleza pública en relación a terceros merecería idéntica tutela punitiva. Las personas asimiladas al funcionario público son los peritos o contadores particulares, sin designación oficial, que intervienen en contratos u operaciones sobre bienes cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido por razón del cargo que están desempeñando. En este caso se exige que la intervención sea concomitante y subsistente, es decir, que no haya concluido⁽¹⁷⁰⁾. También alcanza el ámbito de aplicación de este delito a los tutores, curadores, albaceas o síndicos designados por autoridad judicial y mientras dure el mandato de su cargo. Estas personas asimiladas a la calidad de funcionario público tienen vedado interesarse en negocios u operaciones de su pupilo, curado, testamentaria o concurso⁽¹⁷¹⁾.

Es un delito doloso. La finalidad que persigue el autor de interesarse por sí o por un tercero en el contrato u operación excluyen la posibilidad de dar cabida al dolo eventual.

La persona interpuesta o intermediario habrá de responder en calidad de partícipe primario (art. 45 Cód. Penal), ya que autor puede serlo únicamente el funcionario público con competencia, en razón de su cargo, en el contrato u operación. Es un delito especial. También corresponde atribuirle la calidad de partícipe primario al funcionario público que intervenga en dicha realización delictiva, por ejemplo, como intermediario o participando en el acto simulado, pero que carezca de competencia funcional sobre la concertación del contrato u operación públicas.

La consumación de este delito se satisface con la acción de interesarse o inmiscuirse en el negocio u contrato en el que interviene como funcionario público o en la calidad de las personas asimiladas a él. No se requiere detrimento patrimonial, en cuyo caso dará lugar a la comisión de una defraudación. Es posible la tentativa

4. Exacciones ilegales⁽¹⁷²⁾

El bien jurídico tutelado por este delito se identifica con el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. Es un delito de abuso de

(170) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 129.

(171) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, pp. 129 y 130.

(172) Art. 266.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionado público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

funciones y se proyecta directamente sobre el deber de probidad y de fidelidad de los funcionarios públicos. También se afecta de manera confluyente al patrimonio de los administrados⁽¹⁷³⁾ Antes de ingresar de lleno al análisis teórico de esta figura legal, conviene aclarar que la doctrina nacional ha discutido de manera vívida sobre la diferencia entre el delito de exacciones del de concusión. La disputa doctrinaria consiste en afirmar o negar la existencia de un delito autónomo de concusión sobre la base del objeto sobre el cual recae la acción típica. Así pues, en el delito de exacciones ilegales el objeto material de la acción típica sería la contribución o el derecho, es decir, en ambos supuestos el funcionario público ejerce una exigencia válida respaldada en un título legítimo como lo sería el impuesto o la contribución fiscal, pero lo hace de manera desproporcionada y excesiva al monto realmente debido. Por el contrario, en el delito de concusión, el autor carece de este derecho de exigir al ofendido tratándose en realidad de una dádiva⁽¹⁷⁴⁾. Otro sector de la doctrina niega esta exégesis y se decanta directamente por la aplicación del art. 268 del Cód. Penal. Vistas así las cosas, el problema se reduciría para esta última postura en determinar quién es el sujeto beneficiado, vale decir, la Administración pública o el funcionario público demandante. Si el beneficiario de ese abuso funcional es el Estado, correspondería aplicar lisa y llanamente el art. 266 del Cód. Penal, por el contrario, si lo es el funcionario público, entonces debería subsumirse esa conducta dentro de las previsiones del art. 268 del Cód. Penal⁽¹⁷⁵⁾.

Las acciones que describe la norma son: solicitar, exigir, hacer pagar o entregar, indebidamente atribuciones derechos o dádivas, o cobra mayores derechos que los que corresponden abusando del cargo. El contenido de lo injusto de este delito doloso está constituido por el abuso funcional ejercido por el funcionario en contra de los administrados. Es requisito esencial de este delito que el autor no haya usurpado el cargo, es decir, que efectivamente lo ejerza, incluso puede cometerlo el funcionario público que se

⁽¹⁷³⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 133; DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, pp. 393 y ss.; DE LUCA, "Cohecho y concusión", pp. 331 y ss.

⁽¹⁷⁴⁾ RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, p. 38; DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, p. 393, DE LUCA, "Cohecho y concusión", pp. 331 y ss., en el mismo sentido, TOC Fed. n° 5, "Varela Cid, E.", de 11/5/99; CNCC, Sala I, c. 44.854, "Banegas, M.", del 12/7/96; *id.*, Sala II, "Gallegos, M. M.", del 21/9/79, BJ, 979-VI-72, s. 2.230; CNCP, Sala III, reg. 733 "Olmedo, O.", del 29/12/99; TOC N° 12, "Wowe, C.", del 9/6/99, *La Ley*, t. 1999-E, p. 333; CNCP, Sala II, "Adre, M. B.", del 8/7/03, *La Ley*, t. 2004-B, p. 584; Sala III, "Impagliazo, J. L.", del 10/5/06.

⁽¹⁷⁵⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 259; NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 138.

encuentra de licencia⁽¹⁷⁶⁾, sea ordinaria o extraordinaria, por ejemplo, por enfermedad de largo tratamiento. Creemos que dicha posibilidad no se extiende al funcionario público que fue desafectado del servicio de manera temporaria durante el trámite de un sumario administrativo, siempre que dicha desafección lleve inherente la suspensión en el ejercicio de las funciones públicas. El funcionario público retirado tampoco ejerce esa calidad⁽¹⁷⁷⁾. En caso de usurpación de funciones públicas, su autor deberá responder en calidad de autor de los delitos de extorsión o estafa, según el medio empleado.

Existen dos modalidades de exacción: la primera, cuando el funcionario público se sirve de manera abusiva de su cargo para realizar algunas de las acciones típicas. Este supuesto recibe el nombre de *exacción explícita* y se basa en el uso del temor a la autoridad pública por parte de la víctima (*metu publicae potestatis*). En el segundo supuesto, denominado *exacción implícita*, el autor induce a error a la víctima o se aprovecha de un error preexistente para lograr el pago o la entrega indebida⁽¹⁷⁸⁾. La ausencia de coerción o de engaño sobre la víctima desplaza la concurrencia de esta figura legal por la de cohecho pasivo. Sin embargo, este patrón dista de ser ideal en muchos casos donde el funcionario público no utiliza de manera ostensible la coerción, sino que se vale de otros medios menos atemorizantes, pero no por ello menos efectivos.

En el caso de la modalidad fraudulenta, el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL ha exigido que "el engaño sea bastante nos reenvía al juicio de idoneidad desde una doble perspectiva: a) que objetivamente aquella maquinación sea capaz de producir error por adoptar una cierta verosimilitud o apariencia de verdad suficiente para que en el momento social en el que se produce pueda ser estimada como idónea para producir error en cualquier persona de conocimientos y habilidades usuales en esa realidad social abstractamente contemplada; b) que subjetivamente deba estimarse bastante a la vista de las concretas circunstancias y condiciones personales del sujeto engañado en una valoración totalmente individualizada. Ello hace que la adecuación típica del engaño al requisito legal de ser "bastante" no pueda ser tenida en cuenta a priori, sino que será en el examen de cada caso enjuiciado y desde la doble perspectiva expuesta, la jurisprudencia de esta Sala se refiere en ocasiones a unos baremos objetivos y subjetivos. En tal sentido, SSTs de 27 de mayo de 1988, 6 de febrero de 1989, 7 de marzo de 1990 y 26 de julio de 2000, entre otras."⁽¹⁷⁹⁾

(176) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 134.

(177) TSJ Córdoba, Sala Penal, S. 14 "Albormoz, R. A.", del 29/3/06.

(178) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 134.

(179) STS, Nº 161/02, del 4/2/02 (Ponente Joaquín Giménez García)

En este sentido, el engaño desplegado por el funcionario público debe ser idóneo para provocar el error en el contribuyente y así, mediando relación de causalidad, ser la causa eficiente del desplazamiento patrimonial ruinoso. Esto nos lleva a la necesidad de analizar cada caso concreto para verificar la idoneidad del engaño o ardid y las condiciones personales de la víctima. El ardid o engaño debe ser anterior a la disposición patrimonial. En estos casos, la aplicación del principio de autorresponsabilidad de la víctima a los efectos de deslindar los engaños idóneos de los burdos impone la necesidad de evaluar la posición de la víctima en el tráfico jurídico, sumado a las demás circunstancia concomitantes que permitan comprobar la mayor o menor vulnerabilidad de ella frente al engaño.

La acción de "exigir" consiste en demandar imperiosamente, vale decir, de obrar de manera caprichosa o despótica⁽¹⁸⁰⁾. En este caso el autor utiliza de manera coercitiva su autoridad pública sobre el ofendido, el que actúa satisfaciendo la demanda ilegítima del funcionario público en razón de la situación de prevalimiento en la que se encuentra inmersa. Difícilmente el requerido se encuentre en posición de oponerse al funcionario público, máxime cuando éste actúa en ejercicio de funciones públicas y representa al Estado. Por "hacerse pagar" se entiende la entrega de dinero o cualquier otro documento o título con capacidad de cancelación. En cambio, por "hacerse entregar" se refiere a hacerse dar algo que tenga valor o cumpla una función económica, mientras que la acción de "cobrar" es percibir algo en pago⁽¹⁸¹⁾.

Las acciones descritas deben ejecutarse mediante abuso funcional⁽¹⁸²⁾, ya que si el requerido realiza por error el pago de una tasa o contribución pública sin mediar exigencia o error por parte del funcionario público, dicha conducta encuentra adecuación típica en el art. 175, inc. 2°, del Cód. Penal. Este abuso funcional debe serlo en relación con el cargo desempeñado. Por el contrario, si el autor no es funcionario público y exige mediante intimidación la entrega de dinero, comete un delito de extorsión⁽¹⁸³⁾. Los objetos materiales son la "contribución", es decir, los impuestos de cualquier naturaleza, las obligaciones fiscales o el pago por prestaciones de servicios o multas. Respecto del concepto normativo de "dádivas", la doctrina no es pacífica a la hora de definir su contenido. Mientras algún sector dice que la

⁽¹⁸⁰⁾ DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, p. 395; TOC N° 12, "Wowe, C.", del 9/6/99, *La Ley*, t. 1999-E, 333.

⁽¹⁸¹⁾ CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 333.

⁽¹⁸²⁾ TSJ Córdoba, Sala Penal, S. 64 "Ontiveros", del 31/8/98; S. 22 "Chávez", del 25/3/01; y S. 23 "García", del 29/3/05; S. 14 "Albormoz, R. A.", del 29/3/06, TOC N° 12, "Wowe, C.", del 9/6/99, *La Ley*, t. 1999-E, p. 333, entre otras.

⁽¹⁸³⁾ TSJ Córdoba, Sala Penal, S. 14 "Albormoz, R. A.", del 29/3/06.

dádiva no es una obligación impuesta en cabeza del requerido, sino que ella se refleja como una contribución graciable con contenido económico que realiza el sujeto pasivo en función del específico reclamo del agente, el cual actúa en forma arbitraria y abusiva⁽¹⁸⁴⁾. Otro sector interpreta a la dádiva como un concepto más abarcador que alcanza a las cosas u objeto desprovistos de valor económico, pero que sea codiciado por el autor⁽¹⁸⁵⁾.

Es importante resaltar para la mejor interpretación de esta figura legal, que la exigencia del funcionario público se basa en un título legítimo, es decir, el ofendido tiene el deber de abonar la contribución, la cuestión medular pasa por entender que dicha exigencia del autor se transforma en arbitraria, indebida o ilegítima al reclamar en pago una porción dineraria no debida a la Administración pública. Por el contrario, en el delito de concusión, el requerido sabe que la dádiva solicitada por el funcionario público no registra título o derecho algunos legítimos, es decir, el dinero entregado supone la consecución de un fin personal del autor. En definitiva, quien exige una dádiva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede convertir para sí lo por él requerido en su calidad de funcionario público con ese fin desde el inicio de la conducta⁽¹⁸⁶⁾. En consecuencia, para una correcta delimitación entre ambas figuras es menester atender de manera prioritaria al objeto de la exacción, toda vez que si lo exigido no halla respaldo tributario se trata de una dádiva (cosa que se da gratuitamente) cuyo destino no puede ser otro que el interés personal del funcionario público⁽¹⁸⁷⁾.

Es un delito especial. Autor sólo puede serlo el funcionario público con competencia para percibir contribuciones o los derechos, ya que éste lo realiza de manera abusiva⁽¹⁸⁸⁾. No cualquier abuso funcional de un funcionario público autoriza la aplicación lisa y llana de esta figura legal: sólo el que tenga competencia funcional asignada por ley, reglamento o disposición legal para la percepción de las contribuciones o derechos.

(184) CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 393.

(185) FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. IV, p. 263.

(186) CNCP, Sala III, reg. N° 733 "Olmedo, O.", del 29/12/99; *id.*, Sala IV, "Romero, D. C.", del 17/7/07.

(187) CCC. Fed., Sala II, c. 13.613, "Christin, N. R.", del 2/3/98; c. 17.032 "Lozinsky, C. B.", del 2/11/00.

(188) DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, p. 401, de otra opinión, CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 335. Sobre el concepto de funcionario público y su relación con la función pública, CNCC, Sala VI, "Open, R. P.", del 14/7/06.

Comete este delito el funcionario público dependiente del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que solicitó una dádiva a los representantes de la Asociación de Empresas de Servicio Fúnebre de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de saldar una deuda que la primera mantenía con la segunda⁽¹⁸⁹⁾. También lo comete los funcionarios policiales que solicitaron dádivas en el ejercicio de sus funciones⁽¹⁹⁰⁾ o privaron de la libertad a la víctima con una finalidad venal⁽¹⁹¹⁾. Incurrir en el delito de exacciones ilegales el funcionario público que solicitó parte del excedente de haberes mal liquidados a otros colegas con el propósito de encubrir la maniobra⁽¹⁹²⁾. Incurrir en el delito bajo análisis el presidente de una comuna que exigió la cancelación de multas de tránsito cuando carecía de dicha potestad⁽¹⁹³⁾. Se ajusta a los presupuestos exigidos por el delito de concusión, el comportamiento desarrollado por los inspectores de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) que solicitaron el pago de una suma de dinero a un contribuyente con el propósito de reducir los montos de los impuestos debidos⁽¹⁹⁴⁾. Por su parte, la solicitud de dinero realizada por inspectores del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un comerciante para evitar la clausura de su establecimiento comercial ha sido encuadrada dentro de las previsiones del art. 266 del Cód. Penal⁽¹⁹⁵⁾. También se consideró autor del delito de concusión al pasante en un organismo estatal⁽¹⁹⁶⁾. En esta línea se ha aplicado esta figura penal al intendente que vendió terrenos municipales que debían ser adjudicados en forma gratuita y de haberse apropiado de un automóvil dado en permuta por uno de los mencionados terrenos⁽¹⁹⁷⁾.

Es un delito que exige dolo directo en el autor.

La consumación se alcanza con el acto de exigir o solicitar de manera abusiva una contribución, un derecho o dádiva, sin necesidad de efectivizarse el pago⁽¹⁹⁸⁾. Es un delito de mera actividad. Por el contrario, las acciones de hacer pagar o entregar importan una transmisión de naturaleza económi-

⁽¹⁸⁹⁾ CCC Fed., Sala I, c. 35.349 "*López, A. y otros*", del 16/10/03.

⁽¹⁹⁰⁾ TSJ Córdoba, Sala Penal, S. 17, "*Margaria, C. I. y otro*", del 8/4/02; CACC Formosa, "*Gutiérrez, M.*", del 26/6/08.

⁽¹⁹¹⁾ CNCP, Sala II, "*M., R. y otro*", del 17/9/03, La Ley, t. 2004-B, p. 478.

⁽¹⁹²⁾ TSJ Córdoba, Sala Penal, S. 7, "*Maldonado, L. C.*", del 4/3/03.

⁽¹⁹³⁾ CSJ Santa Fe, "*G., M. B. y otros*", del 19/11/08.

⁽¹⁹⁴⁾ CNCP, Sala IV, "*Romero, D. C.*", del 17/7/07.

⁽¹⁹⁵⁾ CNCP, Sala III, "*Impagliazo, J. L.*", del 10/5/06.

⁽¹⁹⁶⁾ CNCP, Sala I, "*Vila, J. E.*", del 6/9/04.

⁽¹⁹⁷⁾ CCC San Francisco, "*L., C. A.*", del 23/5/05, La Ley Córdoba, 2005 (agosto), p. 806.

⁽¹⁹⁸⁾ STS, N° 941/2009, del 29/9/09 (ponente Luis Román Puerta Luis).

ca, en consecuencia es posible en estos casos cometer este delito en grado de tentativa⁽¹⁹⁹⁾. Igualmente ocurre con la acción de "cobrar" que implica percibir en dinero lo exigido de manera indebida⁽²⁰⁰⁾.

El art. 267⁽²⁰¹⁾ del Cód. Penal argentino regula una modalidad cualificada del delito de exacciones ilegales se agrava en razón del medio empleado por el autor: el uso de intimidación o la invocación de orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización ilegítima agrava la escala pena prevista para el delito reprimido por el art. 266 del Cód. Penal.

El empleo de intimidación significa el anuncio de sufrir un mal grave, inminente y real a la víctima⁽²⁰²⁾. Es indiferente el destinatario de esa amenaza. Puede ser el propio requerido como un tercero allegado a él. El medio intimidatorio utilizado por el funcionario público opera sobre la capacidad de decisión de la víctima que se encuentra constreñida en su voluntad para cumplir con el requerimiento del autor de la amenaza. Obviamente el autor de la conducta intimidatoria debe ser el funcionario público. El anuncio del mal puede consistir tanto en el empleo próximo de violencia o bien en adoptar medidas arbitrarias en el marco de competencia del funcionario público (por ejemplo, la amenaza de clausura arbitraria, el secuestro indebido de mercadería, la revocación de la habilitación o licencia, etcétera). Esta clase de intimidación debe distinguirse de la derivada del ejercicio de la propia función de la autoridad⁽²⁰³⁾. Por su parte, el medio engañoso consiste en la invocación de orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización judicial. De esta manera, el autor opera sobre la voluntad de la víctima de manera fraudulenta, porque la orden superior no existe y el ofendido paga el tributo o derecho creyendo que lo hace de manera legítima. En cambio, si la orden es real y el funcionario público exige el pago de la contribución en demasía basado de la autoridad de aquélla orden comete el delito básico de exacciones ilegales (art. 266 Cód. Penal).

⁽¹⁹⁹⁾ TOC N° 12, "Wowe, C.", del 9/6/99, *La Ley*, t. 1999-E, 333.

⁽²⁰⁰⁾ CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, pp. 334 y 335.

⁽²⁰¹⁾ Art. 267.- Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

⁽²⁰²⁾ CNCP, Sala II, "Adre, M. B.", del 8/7/03, *La Ley*, 2004-B, p. 584.

⁽²⁰³⁾ CNCP, Sala II, "Adre, M. B.", del 8/07/03, *La Ley*, t. 2004-B, p. 584, con cita de los precedentes de la Sala I de esta Cámara en los antecedentes "Hara, C. G.", c. N° 282, reg. 396, del 2/2/95 y "Macri, E. A.", c. n° 1242, reg. N° 1608, del 13/6/97.

5. Conclusión⁽²⁰⁴⁾

A diferencia de lo que ocurre con la figura de exacciones ilegales (art. 266 del Cód. Penal argentino), el art. 268 reprime al funcionario que convierte en provecho propio o de un tercero lo indebidamente percibido. Este artículo agrava las penas previstas por el art. 266 del Cód. Penal cuando el autor se apodera de los valores recibidos en concepto de contribuciones o derechos que fuesen entregados en razón de su cargo. Este delito se construye también sobre la base del abuso funcional, pero además el funcionario actúa en este caso con venalidad. Así pues, al abuso funcional se agrega ahora el perjuicio patrimonial para la Administración pública como consecuencia de la falta de percepción de los fondos públicos recibidos por el funcionario.

Por “convertir” se entiende la acción de apoderarse de los valores recibidos sobre la base de las conductas típicas y sus modalidades ejecutivas reguladas por los arts. 266 y 267⁽²⁰⁵⁾. Esta expresión tiene un sentido puramente negativo análogo a la omisión de entregar o depositar⁽²⁰⁶⁾. De esta manera, el funcionario público priva a la Administración pública de sus ingresos legítimos y le da un destino distinto, en provecho propio o de un tercero. La doctrina nacional mantiene una postura unánime sobre la necesidad de que el desvío de los fondos percibidos por el autor sea anterior al ingreso de las arcas públicas, de lo contrario, si el funcionario público lo sustrae una vez contabilizado en el erario público cometerá el delito de peculado (art. 261 Cód. Penal). En cambio, si el contribuyente actúa inducido por error del funcionario público y supone de manera errónea que cumple con su deber de pagar el impuesto a la Administración pública, cuando en realidad el beneficiario es el propio funcionario público, entonces se aplica la figura de estafa (art. 172 Cód. Penal)⁽²⁰⁷⁾. Se trata de un delito complejo porque se requiere para su debida constitución la realización de las acciones previstas por los arts. 266 ó 267 del Cód. Penal, sumado a la acción de convertir en provecho propio o de un tercero los bienes recibidos⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁴⁾ Art. 268.- Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

⁽²⁰⁵⁾ DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, t. 3, p. 406; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 336.

⁽²⁰⁶⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 262.

⁽²⁰⁷⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 261.

⁽²⁰⁸⁾ CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 337.

Es un delito que exige dolo directo, puesto que el autor debe conocer que lo percibido en razón de su cargo obedece a un abuso funcional y que dichos valores estaba destinados a incrementar el erario público, es decir, el funcionario público no debe desconocer que carece de cualquier derecho sobre dichos bienes.

Es un delito especial, lo que significa que autor sólo puede ser el funcionario público con competencia para el cobro de contribuciones o derechos. El tercero beneficiado con esta maniobra delictiva debe responder, en principio, en calidad de partícipe, aunque también podría hacerlo a título de encubridor⁽²⁰⁹⁾.

Comete este delito el funcionario público que, en su calidad de integrante del Registro Civil, exigió y percibió diversas sumas de dinero en concepto de exhumaciones por encima de los montos fijados para dicha tarea⁽²¹⁰⁾. Por el contrario, se descartó la aplicación de esta figura de exacciones ilegales a la conducta del Alcalde que fijó una contribución especial para financiar los gastos derivados de una urbanización sin ceñirse al procedimiento legal para la creación de impuestos municipales⁽²¹¹⁾.

El delito se consuma con la conversión de lo recibido en provecho propio o de un tercero, siendo insuficiente la omisión de ingresar al erario público los bienes recibidos por el requerido⁽²¹²⁾. Es discutida la posibilidad de la tentativa de este delito⁽²¹³⁾.

Atento la finalidad lucrativa con la que actúa el funcionario público está expedita la posibilidad de aplicar la pena alternativa de multa prevista por el art. 22 bis del Cód. Penal.

6. Utilización de información privilegiada⁽²¹⁴⁾

Los dos tipos penales previstos en este Capítulo tienden a resguardar a la administración pública frente a hechos realizados con fines de lucro por

⁽²⁰⁹⁾ CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 337.

⁽²¹⁰⁾ STS, Nº 1224/97, de 13/10/97 (ponente Joaquín Martín Canivell).

⁽²¹¹⁾ STS, del 09/06/1994 (ponente Fernando Cotta Márquez de Prado).

⁽²¹²⁾ DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, p. 407; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, pp. 337 y 338.

⁽²¹³⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 264. A favor de la tentativa, NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 139; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, p. 407; en contra, CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 338.

⁽²¹⁴⁾ Art. 268 (1).- Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado, de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

parte de sus funcionarios que son actos de corrupción en función pública⁽²¹⁵⁾. Señala CREUS que estos tipos penales, en unión con el art. 265, tienden a proteger la imparcialidad de la administración pública frente a terceros, la que se ve atacada con el abuso de ciertos funcionarios que, valiéndose del poder que la función les concede, lucran a costa de terceros⁽²¹⁶⁾.

La acción tipificada es la de *utilizar* con fines de lucro las *informaciones* o *datos* de carácter reservado, adquiridos en razón de su cargo. La información o dato es utilizada tanto por el funcionario público que lo hace de propia mano, como aquel que lo hace a través de un tercero, entregando la información con un sentido utilitario. Queda comprendida la utilización provechosa, sin que aparezca necesaria la obtención del provecho⁽²¹⁷⁾.

Es objeto del delito la *información* o *dato* respecto de hechos o circunstancias vinculadas al ejercicio de la función pública, así por contrario imperio, toda información que tenga acceso por otras vías, y no por su actividad funcional, quedan excluidas de la amenaza de pena. De manera que información o datos equivalen a conocimientos relativos a disposiciones a tomarse por la administración pública o antecedentes que esta conserva.

Sujeto activo del delito es el funcionario que, por razón de su cargo, utiliza la información o dato reservado con fines de lucro. La recepción y manejo de la información debe haber sido adquirida por aquél en el ejercicio de su función.

Se trata de un delito doloso. El ánimo de lucro consiste en la aspiración del sujeto de ver incrementado su patrimonio, sea mediante aumento del activo o disminución del pasivo.

7. Enriquecimiento ilícito de funcionario público⁽²¹⁸⁾

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaban.

⁽²¹⁵⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p.140.

⁽²¹⁶⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 406.

⁽²¹⁷⁾ CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, p. 407.

⁽²¹⁸⁾ Art. 268 (2)- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Este delito ha sido tachado de inconstitucional por parte de la doctrina, pese a la existencia de férreos defensores⁽²¹⁹⁾.

Existen discrepancias en la doctrina nacional sobre el contenido y el alcance del bien jurídico tutelado por este delito. Algunos sostienen que es el interés social existente, en que los funcionarios públicos o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifique su enriquecimiento al ser requeridos. Otros afirman que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaleciendo de la condición de funcionario por parte del agente. Una tercera postura ha señalado que los intereses jurídicos tutelados son la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan⁽²²⁰⁾.

La acción típica consiste en *omitir justificar* la procedencia del enriquecimiento considerable. No justifica quién no da razones, del incremento de su patrimonio o disminución de su pasivo.

Es coincidente la doctrina en señalar que se trata de un *delito de sospecha*, por cuanto la persona se enriqueció pero no se sabe cómo. Se sostiene que como todo otro delito, llegará a conocimiento del Juez por denuncia o querrela sometida las normas propias de cada ordenamiento procesal. La prevención se orientará primero a probar que el imputado ha sido funcionario público, y segundo que posterioridad se ha enriquecido en su patrimonio. La concurrencia de estas dos pruebas crea una sospecha razonable, será entonces cuando sea llamado para justificar.

En esta dirección se ha sostenido que la acción del delito de enriquecimiento ilícito no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción sino que está imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento⁽²²¹⁾. Para algunos se trataría de un delito de omisión⁽²²²⁾.

Es presupuesto objetivo del tipo que exista un debido requerimiento de justificar el incremento patrimonial o la mejor situación económica. Para esto será menester la existencia de un sumario o proceso, aunque los autores no se ponen de acuerdo sobre su naturaleza, es decir, si debe ser un proceso penal o simplemente basta un procedimiento administrativo⁽²²³⁾.

(219) DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", *La Ley*, 2000-A, pp. 249 y ss.

(220) DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", pp. 249 y ss.

(221) DONNA, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, p. 442 con cita de jurisprudencia.

(222) DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", pp. 249 y ss.

(223) DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", pp. 249 y ss.

El enriquecimiento ilícito tiene su ubicación temporal, desde el momento de la asunción del cargo y hasta dos años posterior al cese de su desempeño. Para lo cual se tendrá en cuenta las condiciones económicas del agente al momento de la asunción del cargo, y de las posibilidades económicas ulteriores.

Sujeto activo como en el caso anterior, es el funcionario público como también el ex funcionario público, que en razón de su cargo deba presentar una declaración jurada patrimonial.

Se trata de un delito doloso.

8. Omisión dolosa de declaración jurada⁽²²⁴⁾

El presente artículo tipifica dos conductas, por un lado contempla la *omisión maliciosa de prestar declaración jurada patrimonial*; mientras que por otro lado reprime al que *falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables*.

Sujeto activo del delito son las personas que por disposición de la ley y en virtud del cargo que ocupan se encuentran obligados a prestar la correspondiente declaración jurada.

9. El prevaricato judicial⁽²²⁵⁾

El bien jurídico tutelado es la Administración de justicia⁽²²⁶⁾, que constituye uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho. El servicio

⁽²²⁴⁾ Art. 268 (3).- Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

⁽²²⁵⁾ Art. 269.- Sufrirá multa de \$ 3.000 a \$ 75.000 e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables compondores.

⁽²²⁶⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 147; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 271.

de justicia se lesiona cuando los jueces dictan resoluciones contrarias a la ley, generando desigualdades arbitrarias en la tutela de los derechos de los particulares⁽²²⁷⁾. Al dictar resoluciones contradictorias los magistrados afectan al servicio de justicia, provocan perjuicios a los litigantes a la par de crear una situación de desconfianza en los particulares sobre la efectividad de la tutela judicial. En consecuencia, puede identificarse al bien jurídico tutelado con la validez del ordenamiento jurídico y la confianza de la comunidad en la objetividad de las decisiones judiciales⁽²²⁸⁾. En Alemania esta figura ha tenido una importancia significativa en el juzgamiento de las decisiones judiciales adoptadas por los jueces en la ex- República Democrática alemana, en especial, en la abierta inobservancia de los derechos fundamentales personales⁽²²⁹⁾. A diferencia de la mayoría de los delitos de funcionario público que venimos analizando, se trata de un delito de peligro concreto, puesto que la sentencia ilícita debe perjudicar a una de las partes del proceso judicial⁽²³⁰⁾. Se trata de un delito doloso, compatible con el dolo directo, ya que el autor debe conocer el carácter de ilegítima de la resolución que dicta en el proceso sometido a su jurisdicción⁽²³¹⁾.

En el derecho penal romano, la *praevaricatio* indica en el procedimiento acusatorio la connivencia de las partes para llevar el proceso por vías que resultase injustamente favorecido el acusado, ya con la absolución o con una pena disminuida, o bien protegiéndolo de cualquier acusación⁽²³²⁾.

En este sentido ha dicho el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL que "Sobre el bien jurídico protegido debe quedar sentado que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de inter-

(227) MEYER, Hugo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pp. 883 y ss.

(228) FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., § 339/2.

(229) BGH 5 StR 354/93, sentencia del 9/5/94 (LG Berlin); 5 StR 713/94, sentencia del 15/9/95 (LG Berlin); 4 StR 23/94, sentencia del 6/10/94 (LG Schwerin); 5 StR 652/96, sentencia del 21/8/97 (LG Berlin); 5 StR 439/99, sentencia del 20/10/99 (LG Berlin); 5 StR 219/99, sentencia del 26/7/99 (LG Berlin); 5 StR 614/98, sentencia del 15/6/99 (LG Berlin).

(230) BGH 1 StR 376/96, sentencia del 5/12/96 (LG Bamberg).

(231) BGH 5 StR 555/09, sentnecia del 7/7/10 (LG Potsdam); 5 StR 92/01, sentencia del 3/9/01 (LG Hamburg).

(232) MOMMSEN, *Derecho penal romano*, pp. 315 y 316.

vención mínima del ordenamiento penal (SSTS 1015/2002, de 31 de mayo; 331/2003, de 5 de marzo y 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).⁽²³³⁾

El tipo penal indica que podrá incurrir en prevaricato el juez o los árbitros o arbitradores componedores. El juez puede ser nacional o provincial, de tribunales unipersonales o colegiados de cualquier instancia.

La acción tipificada consiste en el dictado de una resolución por parte del juez contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez (*prevaricato de derecho*) o en la cita para fundarlas de hechos o resoluciones falsas (*prevaricato de hecho*). En ambos casos deben tratarse de sentencias o resoluciones de naturaleza jurisdiccional, quedando al margen los simples decretos o autos de mero trámite. Las resoluciones dictadas en el marco del ejercicio de las potestades de superintendencia quedan excluidas como objeto de la acción⁽²³⁴⁾. Dentro de la categoría normativa de “resoluciones” se sitúan las sentencias y los autos interlocutorios que requieren en sí una debida fundamentación en derecho. La resolución dictada es contraria a la ley expresa si manda o prohíbe lo contrario de lo que de modo claro prohíbe o manda la ley aplicable al caso⁽²³⁵⁾. La acción típica del delito de prevaricato consiste en perjudicar deliberadamente la causa confiada⁽²³⁶⁾. El autor actúa con abuso funcional⁽²³⁷⁾. El concepto de “ley” abarca no sólo la ley formal sancionada por el Congreso de la Nación, sino también su reglamentación aplicable al caso. Es presupuesto objetivo del delito de prevaricato que la resolución dictada sea contraria a la ley expresa invocada por las partes, circunstancia que de estar ausente haría atípica a la conducta del juez.

En la doctrina nacional se sostiene que el *prevaricato de derecho* sólo puede ser cometido por los jueces, porque los árbitros y los amigables componedores no están sujetos al deber de ajustar su resolución a las leyes invocadas por las partes, ya que ellos sólo deben resolver según su leal saber y entender. Sin embargo, entendemos que el prevaricato de derecho puede ser cometido por estos sujetos especiales porque nada obsta a que ellos puedan actuar de manera maliciosa y así apartarse de la solución brindada por la ley⁽²³⁸⁾. La prevaricación de derecho puede referirse tanto a la ley sustantiva como a la adjetiva o procesal aplicables al caso. Si bien la doc-

(233) STS, N° 1026/09, de 16/10/09 (ponente José Ramón Soriano Soriano).

(234) SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 272.

(235) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 148.

(236) CNCC, Sala VII, c. 28.486, “La Casa, H. y otro”, del 8/3/06.

(237) STS, N° 3864/13, del 15/7/13.

(238) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 149; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 272.

trina nacional no ha hecho hincapié en la posibilidad de cometer este delito mediante la ausencia total de competencia o la inobservancia de las formas esenciales del procedimiento, es perfectamente factible cometerlo cuando el juez dicte una resolución fuera del ámbito de su competencia en razón de la materia, es decir, la resolución adoptada debe representar un burdo acto de abuso funcional por parte del funcionario judicial⁽²³⁹⁾. El error sobre la calificación del hecho, el grado de participación del acusado o la ausencia de valorar la existencia de una eximente de pena son insuficientes por sí solas para afirmar la prevaricación de derecho. No basta la aplicación de una ley distinta a las invocadas por las partes para prevaricar⁽²⁴⁰⁾.

En el caso del *prevaricato de hecho*, el juez o los sujetos equiparados a éste cometen esta modalidad típica mediante la cita de hechos o resoluciones falsas al fundamentar su resolución. Es preciso que exista una relación de conexidad entre las citas falsas y la solución dada al caso, de lo contrario resultará atípica esa conducta⁽²⁴¹⁾. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el juez cita erróneamente una resolución que no se ajusta al caso tratado⁽²⁴²⁾. Lo mismo acontece cuando el juez valora de manera errónea la prueba, o bien comete tautología al momento de fundamentar su resolución, o incurre en una inconsistencia lógica.

No es posible cometer el delito de prevaricación mediante omisión. Como veremos más adelante, esta cuestión podría plantearse en el caso de las resoluciones judiciales adoptadas por los integrantes de un tribunal colegiado, en especial en el caso de la emisión de votos adherentes al voto preopinante.

Al respecto se ha dicho que la mera intervención de un juez en un expediente en el que se encuentre inhibido o apartado por recusación, acarrea inmediatamente la nulidad de dicha actuación, pero de por sí no constituye delito, a menos que su decisión sea maliciosamente contraria a la ley o que hubiera citado para fundarla hechos o resoluciones falsas, independientemente de que beneficie o perjudique a las partes⁽²⁴³⁾. No basta para satisfacer las exigencias típicas que la resolución sea contraria a la pretensión de

(239) SSTS, N° 813/98, del 12/6/98; 877/98 de 24 de junio, 1012/95 de 13 de octubre, 1152/94 de 27 de mayo y 1095/93 de 10 de mayo, todas ellas citadas en la sentencia N° 308/09, de 23 de marzo (Ponente Joaquín Delgado García).

(240) CNCC, Sala V, c. 20.484, "Lobo, F.", del 18/2/03.

(241) SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 273; CNCP, Sala I, "Corchuelo de Huberman, H. L. y otros", del 4/7/06, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2007-I, p. 274.

(242) NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 149.

(243) CNCC, Sala VII, c. 23.681 "Filozof, M.", del 14/12/05.

las partes ni que ella haya sido fundamentada en criterios jurídicos controvertidos, así como tampoco que el juez haya actuado de manera negligente al momento de elaborar su fundamentación o dicha decisión sea contraria a derecho, lo trascendente es que la actuación maliciosa del juzgador⁽²⁴⁴⁾.

En el caso de las decisiones adoptadas por los tribunales colegiados se plantea una cuestión muy interesante relacionada con la prevaricación conjunta. Sin hesitar podemos afirmar que es posible cometer este delito mediante la forma de coautoría funcional, ya que la resolución adquiere validez jurídica con la suscripción sucesiva de los jueces que integran el tribunal colegiado. Asimismo pueden plantearse algunas hipótesis donde no necesariamente la totalidad de los jueces deberían responder por la comisión de este delito de prevaricato. En particular, puede plantearse un supuesto de disidencia entre los integrantes del tribunal, situación en la que no corresponde imputar en principio este delito al juez que emitió su voto en minoría. Tampoco responde por los delitos de prevaricato de derecho o de hecho el juez que concuerda con la solución del caso, pero lo hace gracias a argumentos distintos que no se muestran en tajante contradicción con el derecho aplicable al caso.

Los jueces no están obligados a decidir siempre de la misma forma, en cuyo caso deberán fundamentar debidamente el porqué de la adopción de una nueva postura a los efectos de aventar cualquier tipo de imputación delictiva por dictar resoluciones contrarias al derecho invocado por las partes. Como todo acto público, el juez debe dar debida cuenta en su resolución de los motivos que lo han persuadido de modificar su postura jurídica respecto de la solución del caso.

Este delito se agrava en su modalidad básica cuando la sentencia fuere condenatoria en causa criminal y el mayor contenido de lo injusto de este tipo agravado se encuentra en la privación ilegítima de la libertad que sufre el condenado. Esta forma agravada de delito sólo puede ser cometido por el juez con competencia penal. Cabe resaltar que no comete este delito el juez penal que dictó sentencia condenatoria basada en prueba obtenida de manera ilegítima y con desconocimiento de dicho extremo.

Es un delito especial propio, porque autor de este delito puede serlo el juez, los árbitros y arbitradores amigables componedores, que son equiparados al juez por su labor jurisdiccional, constituyéndose por voluntad de las partes en auténticos jueces para resolver en un caso concreto. Por "juez" se entiende la persona que integra de manera permanente o temporaria un

⁽²⁴⁴⁾ CSJN, *Fallos* 298:811; CNCC., Sala VI, c. 25.677, "Goggi, C. H.", del 23/3/05.

Poder Judicial nacional o provincial, con competencia para conocer y resolver como letrado o lego, como tribunal impersonal o colegiado, en cualquier instancia o grado, en asuntos sometidos a su conocimiento⁽²⁴⁵⁾. También se incluyen a los conjuces⁽²⁴⁶⁾. En cambio, la actuación de los "árbitros" y "arbitradores amigables componedores" está limitada al caso concreto sometido por voluntad de las partes para su resolución, sin necesidad de atenerse a formas legales y resuelven según su leal saber y entender⁽²⁴⁷⁾.

Únicamente puede cometerse con dolo directo, ya que se exige que el autor conozca la contrariedad de la resolución dictada o la falsedad del hecho o resolución citados⁽²⁴⁸⁾ y se consuma con el dictado de la resolución. La praxis judicial se refiere al elemento subjetivo de este delito al decir que "el tipo del prevaricato requiere un dolo específico en la actuación del funcionario, conforme surge de la fórmula que reza «perjudicare deliberadamente» la causa que le estuviere confiada."⁽²⁴⁹⁾

Por su parte, el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL señala al respecto que "El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión «a sabiendas» que, como ya dijeron dos antiguas sentencias de esa sala, las de 14.10.1884 y 22.11.1901, consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer así de una manera que no deje lugar a dudas (...) Esta expresión («a sabiendas») ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal."⁽²⁵⁰⁾

Si el dictado de la resolución injusta fue motivado por precio o promesa remuneratoria, el delito de prevaricación concursa de manera material con el delito de cohecho (arts. 55, 256 y 269 del Código Penal).

⁽²⁴⁵⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 148.

⁽²⁴⁶⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 272.

⁽²⁴⁷⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 148.

⁽²⁴⁸⁾ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, p. 150.

⁽²⁴⁹⁾ CNCC, Sala IV, c. 25.330, "Sala, A. O.", del 22/11/04; *id.*, c. 26.477, "Mourmdjian, E.", del 30/05/05; Sala VI, c. 20.093, "Lambois, S. E.", del 26/02/03; *id.*, c. 25.677, "Goggi, C. H.", del 23/03/05; *id.*, "Donna, E.", del 07/07/06; Sala VII, c. 25.737, "Kipper, C.", del 31/03/05; *id.*, c. 27.734, "Álvarez, A.", del 04/11/05; *id.*, c. 23.681, "Filozof, M.", del 14/12/05.

⁽²⁵⁰⁾ STS, N° 308/09, del 23/3/09 (ponente Joaquín Delgado García).

10. Dictado de prisión preventiva ilegal⁽²⁵¹⁾

El interés jurídicamente tutelado es la correcta administración de justicia, por un lado, y la libertad de la persona sometida a proceso. No cabe duda que el ofendido por este delito puede constituirse en querellante.

Las acciones típicas consisten en decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o en prolongar la prisión preventiva ya decretada más allá del tiempo que correspondería a la pena máxima del delito imputado. Ambos supuestos se refieren a la prisión preventiva, que es la medida cautelar por la cual el juez puede restringir la libertad de una persona, antes de la sentencia definitiva, mediante el dictado previo del auto de procesamiento siendo la única forma de restringir la libertad, a fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso. Sin embargo, hay que insistir que la medida debe ser de excepción debida al estado de inocencia de la persona reconocida constitucionalmente.

No se puede dictar prisión preventiva en los casos de delitos que solo tengan pena de multa o inhabilitación.

CREUS sostiene que de acuerdo a la redacción del código no se requiere que haya tenido lugar la efectiva detención, ya que la ley sólo dice decretar la prisión preventiva, cuyo primer bien jurídico protegido es la administración de justicia, que se vulnera *en forma liminar* con el mero decreto de algo que no tiene lugar.

En el segundo caso se trata de la prolongación de la prisión preventiva que computada en la forma establecida en el art. 24 del Código Penal, hubiera agotado al pena máxima que podía corresponder al procesado por el delito imputado.

Presupuesto del delito es que la persona esté cumpliendo la prisión preventiva y el juez omita la decisión de libertad cuando se han cumplido los plazos antes indicados.

Se trata de la pena máxima del delito imputado a la persona en el auto de procesamiento.

⁽²⁵¹⁾ Art. 270.- Será reprimido con multa de \$ 2.500 a \$ 30.000 e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

Autor sólo puede ser un juez con competencia penal para investigar delitos, con lo cual, quedan excluidos los jueces contravencionales.

Se trata de un delito de mano propia especial que no admite coautoría, pero sí puede haber complicidad.

Sujeto activo de este delito sólo puede ser el juez con competencia para investigar o juzgar delitos.

Sobre la tipicidad subjetiva la doctrina se encuentra dividida. Algunos autores, como SOLER, MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO afirman que no se trata de un delito doloso sino que el art. 270 se refiere a la "actuación negligente o imprudente del juez que por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva indebidamente o más allá de los límites resultantes del juego de la ley penal y la procesal". En igual sentido se pronuncia Núñez al decir que se trata de "la inobservancia inintencional de la norma reguladora de la prisión preventiva". Tales posturas encuentran su fundamento en la atenuación de la escala penal que tiene esta figura, con respecto a otras normas en las que podría encuadrar tal accionar, como los delitos de privación de la libertad (art. 141) o abuso de autoridad (art. 248), que prevén una pena privativa de libertad; mientras que la norma en comentario determina multa e inhabilitación. Según estos autores, carecería de sentido que un hecho que revistiese una gravedad evidentemente superior —en el caso que fuere doloso— a la de cualquier prevaricato fuera perseguido con una pena menor. Justamente dicha atenuación deviene del carácter culposos que reviste tal conducta. Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que el sistema *numerus clausus* seguido por nuestra ley penal en materia de delitos imprudentes determina que las restantes figuras delictivas sean dolosas. En idéntico sentido Maldonado establece que "la calidad de doloso o culposos de un delito no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de la estructura típica", en consecuencia, para esta rama doctrinaria, el delito previsto en el art. 270 del Código Penal deba ser doloso, lo cual implica que el autor debe conocer y querer disponer la prisión preventiva del acusado o prologar su detención bajo las condiciones analizadas en los puntos anteriores, es decir, conocer las circunstancias que tornan improcedente la aplicación de la prisión preventiva o la que obliga hacerla cesar, además de la voluntad de disponerla o prolongarla a pesar de ese conocimiento.

La consumación se dará cuando el juez ordene, mediante resolución, la prisión preventiva, y ésta se haga efectiva —según la postura que se adopte—, o cuando omita hacer cesar la detención en tiempo debido, prolongándola injustificadamente. No parece posible el delito tentado.

El art. 272 equipara a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

X. CONCLUSIONES

Cumplido nuestro objetivo inicial, podemos afirmar que el Título XI del Código Penal argentino protege distintos bienes jurídicos. Para esto hemos tenido en cuenta la propia agrupación de los delitos en capítulos y desde el análisis del contenido de lo injusto típico de cada una de dichas infracciones fuimos descubriendo las relaciones inter-normativas que existen en cada caso. Nuestro trabajo se circunscribió, en primer orden, a los delitos de funcionario, dejando a un lado aquellas otras conductas cometidas por los particulares que afectan al desarrollo de la función pública desde sus límites externos.

Los funcionarios públicos al ejercer sus funciones privativas al marco de su competencia fijada por ley o reglamento asumen un *estatus o posición especial* frente a los ciudadanos en general, y los administrados en particular. La posición institucional que ocupan dentro del seno de la Administración pública los transforma inexorablemente en las personas más idóneas para lesionar o menoscabar los bienes jurídicos en juego. Como lo sostiene la doctrina alemana, 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 fundamento de lo injusto de esta clase de delitos de carácter especial.

De acuerdo a esto, podemos distinguir aquellos comportamientos comisivos u omisivos que menoscaban el *patrimonio público, la objetividad en el ejercicio de las funciones públicas y la obediencia al marco constitucional* en la aplicación del derecho vigente a las resoluciones de los conflictos inter-subjetivos sujetos a su competencia.

El concepto de funcionario público ha sido definido en el Código Penal como reflejo de los tratados y pactos internacionales celebrados en el marco de la lucha contra la corrupción. En el caso argentino, ello ha provocado que la reforma introducida por la ley 25.188 haya ampliado el concepto jurídico de funcionario público. Sin embargo, los límites fijados por los tipos de injustos penales previstos en este Título han delimitado esta aplicación extensiva por una restrictiva: *el funcionario público debe cometer los delitos derivados de su posición o estatus en el marco de sus competencias materiales y en*

abuso de sus funciones. De esta manera, aquel concepto amplio de funcionario público recogido por el art. 77 del Cód. Penal argentino debe ser ajustado al contenido material del delito en concreto que exige una competencia y función determinadas para su comisión.

La caracterización de los delitos especiales propios (*Sonderdelikten*) como delitos de infracción de deber presentan algunas objeciones válidas sobre su correcta fundamentación y consecuencias, siendo en todo caso apresurado anunciar acá la necesidad de abandonar el criterio del dominio del hecho. En este punto, si bien se reconoce que la teoría del dominio del hecho compite directamente con la teoría de la infracción de deber, incluso que esta última podría ser más idónea para la solución de casos, ello no importa necesariamente que dicha infracción de deber pueda explicar convincentemente la autoría en los delitos especiales propios. Por lo demás, las consecuencias normativas que se siguen de adoptar abiertamente la citada teoría de la infracción de deber conducen a ciertas soluciones que no pueden compartirse en su totalidad, en especial, cuando se equipara la acción a la omisión en la realización del delito especial propio sin atender al contenido de lo injusto personal de estas infracciones, la extensión desmedida del ámbito de aplicación de los tipos penales que se sigue como consecuencia de identificar la realización del delito con la mera infracción del deber (*tentativa*), sumado a la pretensión de fundamentar sin más la autoría en estos delitos y así aplicar al menos un criterio extensivo de autor.

Bibliografía consultada

- ABOSO, Gustavo E., "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración. El delito de negociación incompatible con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido", *Revista de Derecho Penal*, 2004-1, "Delitos contra la Administración Pública I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 31-59.
- "Los delitos de tráfico activo y pasivo influencias: Aspectos esenciales de su configuración", *Delitos contra la administración de justicia*, AA.VV., Nelson Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2010, pp. 377-404.
- *Código Penal de la República Argentina*. Comentado, concordado y con jurisprudencia, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2012.
- *Los límites de la autoría mediata*, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2012.
- BELING, Ernst, *Die Lehre von Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906.

- BINDING, Karl, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil, Engelmann, Leipzig, 1902.
- BOCK, Dennis, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungsslehre*. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 178, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Monografías N° 170, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- BRINGEWAT, Peter, *Grundbegriffe des Strafrechts*. Grundlagen. Allgemeine Verbrechenslehre. Aufbauschemata, 1. Aufl., Nomos, Baden, 2003.
- BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de derecho penal, Parte especial*, t. 3, 3ª. ed. actualizado y ampliado, Astrea, Buenos Aires, 2009.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, "Principios garantistas del derecho penal y procesal penal", *Nuevo Foro Penal*, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, pp. 105-113.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, Fasc. II, 1993, pp. 697-730.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, "Los delitos de funcionario y la política criminal de la «sociedad de riesgo»", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 13/2003, pp. 65-74.
- CARO JOHN, José Antonio, "Prohibición de aplicación de leyes penales institucionales en la jurisprudencia del Tribunal constitucional en la lucha anticorrupción", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 31-50.
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal*. Parte general, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal*. Parte especial, t. 2, 6ª. ed., Astrea, 1999.
- "Reformas concretas y proyectadas durante 1999 en los delitos contra la administración (Tit. XI, L. II CPen.)", *Jurisprudencia Argentina*, t. 2000-II, pp. 964-967.

- CREUS, Carlos/BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal*. Parte especial, t. 2, 7ª. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael, "El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 119-132.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español*. Parte general, Vol. II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., "¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 23, 2009, pp. 245-259.
- "El funcionario público ante el Derecho Penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 20, enero, 2010, pp. 13-78.
- DE LUCA, Javier, "Cohecho y concusión", *La Ley*, 1999-E, pp. 331-351.
- DE LUCA, Javier/LÓPEZ CASARIEGO, Julio, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", *La Ley*, 2000-A, pp. 249-257.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- "Autoría y participación", *Revista de Estudios para la Justicia*, N° 10 (2008), pp. 13- 61.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El bien jurídico protegido en un sistema penal garantista", *Nuevo Foro Penal*, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, pp. 115-133.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, Parte especial, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.
- "El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal", en *Revista de Derecho Penal*, 2004-II "Delitos contra la administración pública -II", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005
- *La autoría y la participación criminal*, Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 2008.
- *Delitos contra la Administración pública*, 2ª- ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

- EBERT, Udo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2001.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal español. Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 7, 1997, pp. 489-537.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., Beck, München, 2012.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. IV, 1ª ed., actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- GAITÁN GARCÍA, Olga L., "Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión de protección de riesgos", *Nuevo Foro Penal*, N° 60 (enero-abril 1999), Revista del Centro de Estudios de la Universidad de Antioquía, Temis, pp. 31-42.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, "Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995)", *Jueces para la Democracia*, N° 48, 2003, pp. 50-66.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2ª ed., Maestros del Derecho Penal, Gonzalo D. Fernández (dir.), Gustavo E. Aboso (coord.), N° 20, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Edisofer s.l. y Bdef, Buenos Aires, 2006.
- "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Nelson Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 323-371.
- "Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional", *Delitos contra la administración de justicia*, AA.VV., Nelson Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2010, pp. 47-143.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant Monografías N° 41, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, t. I. Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- *Fundamentos de dogmática penal*. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2006.

- GUIMARAY MORI, Erick, "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 101-117.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HASSEMER, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", trad. Larrauri, en *Pena y Estado*, Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36.
- *Fundamentos del derecho penal*, trad. por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapater, Bosch, Barcelona, 1984.
- HEFFTER, August W., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Schwetschke, Halle, 1833.
- HEGLIN, María Florencia, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal", *Nueva Doctrina Penal*, Tomo 2000/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 203-228.
- HEINRICH, Bernd, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2012.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd v., *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, München, 2010.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José U., *La autoría mediata en derecho penal*, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 1996.
- HERZBERG, Rolf D., *Täterschaft und Teilnahme*, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, C. H. Beck, München, 1977.
- "Eigenhändige Delikte", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 82 (1970), pp. 896-947.
- IMAHORN, Analía G., "Abuso de autoridad de los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo en los delitos contra la administración pública", *Foro de Córdoba*, Año IX, N° 48 (1998), p. 34-40.
- JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, N° 97 (1985), pp. 751-785.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. por Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijóo Sánchez, 1ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

- “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. por Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- “El desistimiento como modificación del hecho”, trad. por Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, Madrid, 1997, pp. 325-345.
- *Injerencia y dominio del hecho*. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal, trad. por Cancio Meliá, Colección de Estudios N° 21, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho*, trad. por Manuel Cancio Meliá, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal- Culzoni Editores, 2000, pp. 87-120.
- *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Recht als Kultur, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.
- *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Nordrhein-Westfalen Akademie Wissenschaften und Künste, Schöningh, Paderborn, 2012.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JOECKS, Wolfgang, *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, 8. Aufl., Beck, München, 2009.
- KÄPERNICK, Hans, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. Mittelbare Täterschaft dargestellt nach dem deutschen und österreichischen geltendem Recht und dem gemeinsamen Entwurf von 1927*, Universitätsverlag von Robert Noske, Leipzig, 1932.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2006.
- KÖHLER, Josef, *Studien aus dem Strafrecht*, Das Strafrecht der italienischen Statuten von 12.-16 Jahrhundert, Heft 2-6, J. Bensheimer, Mannheim, 1897.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Vahlen, München, 2012.

- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München, 2007.
- LAJE ANAYA, Justo/GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª. ed. del tomo III de Notas al Código Penal, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001.
- LISZT, Franz v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, J. Guttentag Verlag, Berlin, 1900.
- LOOS, Fritz, "Del «bien jurídico» en los delitos de cohecho", trad. Guzmán Dalbora, *Zeitschrift für Internationale Strafrecht*, 5/2009, pp. 266-274.
- MANES, Vittorio, "Bene giuridico e Riforma die Delitti contro la P. A.", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, Vol. N° 1 y 2 (2000).
- MARLIE, Marcus, *Unrecht und Beteiligung*. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 58, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl H./ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, Parte general, trad. de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAYER, Max E., *Derecho penal. Parte general*, trad. por Sergio Politoff Lifschitz, Maestros del Derecho Penal, Gonzalo D. Fernández (dir.), Gustavo E. Aboso (coord.), N° 25, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2007.
- MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ferdinand Ente, Stuttgart, 1889.
- MEYER, Hugo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1888.
- MILLÁN, Alberto S., "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo (1970), pp. 25-40.
- MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, Biblioteca de Derecho Penal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Colección Maestros del Derecho Penal, Gonzalo D. Fernández (dir.), Gustavo E. Aboso (coord.), N° 5, 2ª. ed., Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2002.
- *Derecho penal. Parte general*, 9ª. ed., Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2011.

- MOCCIA, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", trad. por Ramón Ragués Vallès, *Política criminal y nuevo derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (ed.), Biblioteca de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113-142.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1991.
- MONTROYA VIVANCO, Yvan, "El delito de enriquecimiento ilícito como delitos especial de posesión", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 53-70.
- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Director), Aranzadi, Madrid,
- MÜNKEL, Sebastian, *Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger*. De lege lata un de lege ferenda, Bd. N° 61, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- NAVARRO, Guillermo R., *Prevaricato del juez y del abogado*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.
- NOVOA CURICH, Yvana/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Julio, "Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 71-99.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. V, Vol. II, Lerner, Córdoba, 1992.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, "Los delitos contra la Administración pública", *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores), Víctor Gómez Martín (Coord.), Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2006, pp. 361-403.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 105, III, Época II, diciembre 2011, pp. 62-86.

- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2004.
- PARIONA ARANA, Raúl, "El derecho penal «moderno»", *Revista de Derecho Penal*, N° 20 (julio-2007), pp. 155-166.
- "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?", *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 17-30.
- PETERS, Karl, "Beschränkung der Tatabstände im Besonderer Teil", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 77, 3/1965, pp. 470-505.
- PRADEL, Jean, "Vías para la creación de un espacio judicial europeo único", *Revista Penal* N° 3 (1999), pp. 42-50.
- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., Nomos, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Editorial CYMYS, Barcelona, 1974.
- RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión. Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Persona und die Allgemeinheit*, 10. Aufl., Beck, München, 2009.
- RENIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 85, Mohr Siebeck, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Colección Justicia Penal, Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, "La función pública como objeto de tutela penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, pp. 325-340.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "El autor mediato en derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1969, pp. 461-488.

- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal de la 2ª. ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C H. Beck, München, 2003.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., de Gruyter, Berlin, 2006.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, "Autoría en los delitos de infracción de deber [Fundamentos filosóficos-normativos y formas de autoría]", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Nelson Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 533-579.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge*, Bd. 117, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano", *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 465-491.
- SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", *Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 71-86.
- "Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de «enriquecimiento ilícito de funcionario público»", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ed. Ad Hoc, Vol. 8-C, Año V, pp. 915-968.
- SATZGER, Helmut/SCHMITT, Bertram/WIDMAIER, Gunter, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Aufl., Heymanns, Köln, 2009.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHROEDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., Beck, München, 2006.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Schriften zum Strafrecht, Bd. 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico- objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro", trad. por Mariana Sacher, en SCHÜNEMANN, *Obras*, t. I, Colección Autores del Derecho Penal dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp. 491-524.

- SIERRA, Hugo M., "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", *La Ley*, 2000-E, Doctrina, pp. 1128-1135.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La regulación de la «comisión por omisión» (art. 11)", *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Biblioteca de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 51-78.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4ª. reimp., t. V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992.
- STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. überarb. Erg. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2000.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6. Aufl., Vahlen, München, 2011.
- URQUIZO OLAECHEA, José, "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Edición especial sobre el Código Penal peruano, Instituto de Derecho Penal, 2002, Lima pp. 229-278.
- "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal peruano", *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, AA.VV., Nelson Salazar Sánchez (coord.), Idemsa, Lima, 2007, pp. 582-610.
- "El Código Penal de 1991", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número Especial a los 20 Años del Código Penal Peruano, N° 23, Instituto de Derecho Penal, 2011, Lima, pp. 7-28.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos «del cargo»", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 03-02 (2001),
- VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial*, 7ª. ed., Armand Colin, Paris, 1999.
- VILLADA, JORGE L., *Delitos contra la función pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- WELZEL, Hans, "Studien zum System des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 58 (1939), pp. 491-566.
- *Derecho Penal alemán*, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª. ed. castellano, 11ª. ed. alemana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

— *Estudios sobre el sistema del derecho penal*, trad, por Gustavo E. Aboso y Tea Löw, en *Estudios de Derecho Penal*, Colección, "Maestros del Derecho Penal", N° 6, Bdef, Buenos Aires, 2002.

WEEZEL, Alex v., *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln, *Schriften zum Strafrecht*, Heft 175, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal*, 1ª ed., 3ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2012.

ZIESCHANG, Frank, "Gibt es den Täter hinter dem Täter", *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz und Joerg Brammsen (Hrsg.), Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2007, pp. 505-524.

— *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Boorberg, Stuttgart, 2012.

ZIMMERL, Leopold, "Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung", *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. N° 54 (1935), pp. 575-590.

§3.
PARTE ESPECIAL

EL ABUSO DE AUTORIDAD: ASPECTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES*

Fidel Rojas Vargas
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

SUMARIO:

I. Introducción. II. Características generales. III. Aspectos específicos del tipo penal de abuso de autoridad: artículo 376 CP.

I. INTRODUCCIÓN

Junto al peculado y cohecho, ambos igualmente delitos cometidos por funcionarios, nos encontramos –desde la perspectiva mayoritaria en el Derecho– frente a uno de los más recurrentes delitos contra la Administración Pública, el más extendido de los ilícitos cometidos por funcionarios públicos, aunque no el más sancionado penalmente. Delito que se halla a todo nivel de las interacciones público-estatales, el que se encuentra por lo general limítrofe y conviviendo con infracciones administrativas, el que más despierta la indignación inmediata al incidir directamente sobre derechos de las personas, sean estos naturales o jurídicas.

El abuso de autoridad en tanto figura delictiva es un tema obligatorio a tratar en el país, como el Perú, donde aún no existe la debida internalización

* Este artículo además ha sido publicado en: ROJAS VARGAS, Fidel, *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 391-404.

conceptual y valorativa por parte de los funcionarios acerca de sus deberes con relación a los casos administrativos concretos y a los conflictos sobre los cuales tendrán que decidir; es en suma, materia a tomar muy en cuenta para poner de manifiesto las relaciones entre funcionariado y sociedad civil, entre deberes de función y Administración Pública, para medir el contenido democrático o autoritario de un país.

Y se entiende la importancia de las relaciones entre funcionariado y sociedad civil, si nos percatamos que es a este segundo elemento de toda sociedad hacia donde se dirigen los cometidos funcionales, debiendo, por lo mismo, estos contextualizarse bajo estándares de racionalidad, respeto a la condición humana, eficacia-eficiencia y evaluación por resultados de servicio óptimo. Por su parte, las relaciones internas entre funcionariado y Administración Pública se hallan caracterizadas por estar sometidas a estrictas reglas formales de sujeción y a principios de derecho, cuando no lo sea también a directivas administrativas y criterios discrecionales, en situaciones de excepcionalidad para este último caso. Este marco de relaciones internas a diferencia de lo que sucede con las externas, es el que expresa estrictamente la base normativa de responsabilidad por los actos de abuso cometidos.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

- a) Ningún otro delito como el abuso de autoridad define mejor el grado de consolidación o fragmentariedad o, en el peor de los casos, de inexistencia del Estado Constitucional de Derecho en un país, al entrar en juego la obediencia al ordenamiento jurídico y el respeto a la dignidad del ciudadano. Sociológicamente, mientras más incidencia de conductas abusivas de funcionarios públicos exista, más autoritaria o despótica se mostrará la sociedad política. Y lo que es aún peor, jurídicamente, en la medida que la impunidad o la lenidad normativa o la displicencia jurisdiccional sean las reglas de respuesta frente a los numerosos supuestos de hecho abusivos cometidos por los funcionarios públicos tendremos reflejadas con verdadero patetismo las características de un ordenamiento jurídico y de un sistema de práctica circulares que nos mostrarán las limitaciones evidentes de sociedades autocráticas y sumidas en el salvajismo jurídico.
- b) Pocos son los países, en los dos siglos que tenemos de codificación y comienzos del tercer milenio, que hayan pretendido elevar, a través de la normatividad jurídica, el delito de abuso de autoridad como indicador o referente de respeto por los derechos humanos fundamentales

de la persona y por lo mismo del Estado de Derecho. Destacan en esta tendencia Francia y España. El primero por haber planteado desde el principio, vale decir, con el Código Penal napoleónico de 1810, un sistema de regulación doble para dicho delito, uno de cuyos extremos se caracteriza por conminar con penas severas de la violación de los derechos ciudadanos con las detenciones injustificadas (opción y singularidad político-criminal que se mantiene en un hilo de continuidad en el cuerpo normativo francés de 1993). El Código Penal español de 1995 variando radicalmente la sistemática asumida la numerosa relación de cuerpos punitivos sucedidos en los dos siglos precedentes, ha optado por considerar al delito de abuso de autoridad una especie múltiple de ilícitos penales que contravienen las garantías constitucionales y la libertad individual (artículos 529 al 533).

- c) Tres son los modelos que existen, en función a las variables genérico-específico, en el Derecho comparado al momento de ofrecer tipos penales reguladores del abuso de autoridad:

En **primer lugar**, el diseño que establece un marco genérico y otro específico de abusos de autoridad (Italia, Suiza, Francia). Modelo que plantea un tipo innominado y lo suficientemente amplio como para comprender una vasta gama de supuestos fácticos que no puedan ser subsumidos por los tipos específicos o menos generales de abuso de autoridad, los cuales por lo general se hallan concentrados en un capítulo determinado al interior de la sistemática del Código Penal.

En **segundo término**, un modelo difuso de abusos de autoridad, sin que exista normativizado un tipo genérico (Alemania y España). Modelo que se inspira en la idea de adecuar las formulaciones típicas a los mandatos de determinación y taxatividad, huyendo de las formulaciones vagas o muy amplias, de modo que las conductas resulten plenamente subsumibles en dichas formulaciones de tipicidad.

Un **tercer modelo** caracterizado por la presencia triple de mecanismos reguladores del abuso de autoridad (Francia), por el cual se da un tipo genérico con dos variantes, una de las cuales toma a la Administración Pública como objeto de tutela (modelo tradicional), y la otra recoge a los individuos como objeto de protección de la acción u omisión abusiva cometidas por los funcionarios públicos. Este modelo no prescinde necesariamente de formulaciones genéricas, sino que combinan igualmente lo genérico y lo específico de los modos delictivos de abuso.

- d) Por lo general los Códigos penales europeos y los que se adscriben a su ámbito de irradiación, que en el caso de América Latina son casi todos, hacen uso técnico legislativamente del tipo penal genérico de abuso de autoridad para definir una orientación político-criminal que pretende cerrar el mundo posible de comportamientos penalmente relevantes por abuso funcional, en el caso de fracasar en tal empeño los tipos especiales de abuso. Tal contenido subsidiario e innominado de dicha figura penal, sin embargo –a efectos de limitar la vaguedad de dicho esquema– ha sido complementado con diversos filtros de tipicidad objetiva que deben darse además de la conducta típica para configurar delito.
- e) En lo que concierne a la ubicación de las diversas modalidades de abuso de autoridad, en la sistemática mayoritaria de los Códigos penales se adopta el conocido esquema que combina los sistemas concentrado y difuso de figuras delictivas; es decir, se agrupa en un capítulo especial a las más significativas conductas de abuso, por lo general dentro de los rubros de los delitos contra la Administración Pública, mientras que en otros títulos o secciones –a lo largo del Código Penal– se regulan igualmente una gran cantidad de tipos penales de abuso de autoridad específicos, configurando estos últimos en gran parte los denominados delitos especiales impropios, al ir como agravantes de tipos comunes de abuso no funcional, o constituyendo propiamente delitos de abuso que comportan infracción del deber funcional.
- f) Con la solitaria excepción del Código Penal francés (que establece agravantes y penas que van desde los 5 años hasta los 30 años de prisión y multa que corre desde los quinientos mil hasta los tres millones de francos), los tipos penales de abuso genérico o específicos observan una mínima criminalización-punición, tanto a nivel de formulaciones típicas, que conservan únicamente un modo básico, es decir, sin circunstancias agravantes o cuando existen estas no comportan agravaciones significativas del injusto penal, cuanto con las penas que son usualmente muy bajas y que no van a compota penalidad de prisión efectiva.

Con el abuso de autoridad se pone de manifiesto el mensaje tradicional del espíritu de cuerpo institucional y normativo que no ha considerado necesario conminar normativamente con penas graves o de relativa gravedad a los abusos funcionales. Corriente de opinión político-criminal que merece revisión a la luz del actual estado de la defensa de los derechos ciudadanos y de la sociedad en su conjunto frente al abuso de poder por parte de quienes representan y expresan la voluntad estatal.

Sin embargo, esta aparente situación de correspondencia con criterios de mínima penalización tiene su contraparte en la existencia del tipo genérico innominado de abuso de autoridad, que cumple la función de cajón de sastre, donde pueden ingresar los comportamientos que no reúnen las exigencias de tipicidad de las figuras de abuso específicas. Por supuesto, no de modo indiscriminado sino ateniéndose a determinadas condiciones de tipicidad.

- g) En realidad, los delitos cometidos por funcionarios públicos pueden ser considerados como de abuso de autoridad o si se quiere —desde una perspectiva más generosa— como delitos de abuso de poder y de corrupción. Ambas clasificaciones se muestran lo suficientemente comprensivas para abarcar toda la miscelánea posible de ilícitos penales imputables a los funcionarios públicos y que suponen tanto la infracción del deber funcional como la violación de expectativas ciudadanas afinadas en los funcionarios. Todo acto de infracción del deber funcional, ya se trate —por ejemplo— de malversación de fondos, peculado, concusión o cohecho pasivo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, abandono de cargo, incumplimiento de deberes, etc., supone un abuso funcional por parte del sujeto público, por cuanto este se aprovecha de la posición de ventaja que da el cargo para practicar actos delictivos, esto es, las atribuciones que posee por su vinculación con la Administración Pública sufren un deterioro en su destino. Como es sabido para abusar del poder o de la autoridad se tiene que poseer previamente y como condición *sine qua non* poder o autoridad, términos que aplicados al delito que nos aboca tienen idéntico significado. Incluso los cohechos practicados por funcionario público suponen ya una abusiva orientación, dado al poder que se tiene al ser funcionario, a efectos de enriquecerse ilícitamente. También en estos casos se puede concluir que en la base de dicha conducta desleal se hallan abusos funcionales, obviamente con los matices diferenciadores del caso.

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO PENAL DE ABUSO DE AUTORIDAD: ARTÍCULO 376 CP.

- a) Nuestro diseño normativo de abuso de autoridad contenido en el artículo 376 tiene gran similitud con el modelo de abuso contenido en el artículo 175 del Código Penal italiana de 1889 (en la actualidad derogado y sustituido por el código de 1930), el mismo que hacía referencia al abuso del cargo y al acto arbitrario y aludía expresamente —aquí reside una diferencia con el modelo peruano actual— al factor de subsidiaridad expre-

sa del mismo, cuando señalaba que el acto arbitrario no debía hallarse contemplado como infracción en una disposición especial de la ley.

El modelo peruano de abuso de autoridad, difiere de otros diseños técnico-legislativos, como por ejemplo del argentino, cuyo artículo 248 (Código Penal de 1922 vigente) concentra la conducta típica de abuso en el dictar resoluciones y órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o en ejecutar las órdenes o resoluciones de esta clase existente o en no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere. Como es fácil darse cuenta, aquí no estamos propiamente ante un tipo genérico y subsidiario con las características anotadas para tal diseño legal, ni tampoco frente a un tipo penal que enfatice directamente la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, pese a que ello pueda inferirse indirectamente y en parte de la tutela de la legalidad de las resoluciones y de las órdenes y de la legalidad en su ejecución; ha sido más bien una suerte de abuso prevaricador el que ha interesado al legislador argentino. Si lo comparamos con la fórmula italiana actual o con la portuguesa, notaremos que ambas –a diferencia de la peruana– condicionan la consumación del delito a la existencia de finalidades, tan equidistantes que causan sorpresa al analista de la legislación comparada. En efecto, el Código Penal italiano (1930) en su artículo 323 señala que el abuso de poder no debe estar orientado a buscar fines patrimoniales; mientras que el Código Penal portugués (1982), a través de su artículo 382, indica que el abuso de poder o la violación de deberes inherentes a sus funciones sea realizado con la intención de obtener para sí o para un tercer beneficio ilegítimo o causar perjuicio a otra persona.

- b) El primer problema de interpretación que hay que encarar en la fórmula peruana está relacionado a si estamos propiamente ante un abuso de autoridad o frente a un abuso de atribuciones inherentes a la función. Si nos adscribimos a la primera orientación tendremos como consecuencia una gran restricción del círculo posible de autores, ya que no todos los funcionarios se hallan dotados de autoridad; esto es, de poder ejercido en una jurisdicción con capacidad de obligar a su ejecución (coerción), sino solo los señalados en la Constitución (artículo 100) y en las leyes de modo taxativo. La autoridad como facultad de *ius imperium* le está pues reservado en exclusividad a determinado ámbito de funcionarios. En consonancia con esta interpretación restrictiva solo ellos podrían cometer abuso de autoridad.

La segunda lectura interpretativa, más conforme con el ámbito de tutela de la norma penal, parte de considerar a la denominación "abuso de autoridad" un *nomen iuris* clasificatorio caracterizado por su alto valor histórico, por lo mismo sin que ello sea implicante para excluir al vasto rango de funcionarios que no reúnen las condiciones inherentes a la autoridad; y ello se colige además del elemento normativo contenido en los tipos penales de abuso que aluden al funcionario público, no a la autoridad.

Un tercer argumento de orden sistemático lo podemos encontrar en el hecho de que determinados tipos penales de abuso específico no solo están referidos al funcionario, sino también al servidor público, lo cual de ser válida la tesis de la autoridad como único sujeto activo del delito de abuso innominado o genérico con base al *nomen iuris* generaría un intrincado problema de interpretación, pues no sabríamos a qué tipo de funcionario se estarían refiriendo las normas especiales de abuso (por ejemplo, el artículo 380 del Código Penal), teniendo que concluirse para ser coherentes con la tesis reduccionista que tiene que tratarse de una autoridad, lo cual de por sí es una apreciación errónea.

- c) Manteniendo la línea político-criminal objetable al Código Penal peruano vigente solo toma como sujeto activo del delito al funcionario no así al servidor público. Esta restricción realizada en función del sujeto activo del delito tiene el inconveniente de mantener una amplia faja de impunidad para un vasto sector de agentes públicos que igualmente gozan de cuotas de poder en sus relaciones con los destinatarios de los servicios públicos. El razonamiento de que solo los funcionarios tienen poder del cual abusar se torna hoy insostenible en una sociedad donde las atribuciones basadas en el cargo o empleo se hallan repartidas también horizontalmente y de modo estratificado en amplios sectores de servidores públicos.

Esta orientación político-criminal positivada en tres tipos penales de abuso de autoridad (376, 377 y 379) que sintomáticamente mantiene un perfil punitivo exiguo, no guarda coherencia con el ámbito de tutela de la norma penal ni con el bien jurídico protegido que se fundamenta en las pautas de corrección en el desempeño exigido a los agentes públicos, que poseen atribuciones y actúan a nombre del Estado o las reparticiones públicas en general. Pero además se halla al margen de la tendencia comparada de derecho que amplía a los servidores públicos al círculo de autores de los delitos de abuso de autoridad, tanto genéricos o innominados como específicos.

Ahora bien, ingresando al terreno de la tipicidad objetiva, la inexistencia de funcionario público descarta la relevancia penal por abuso de autoridad, del acto lesivo arbitrario cometido por el sujeto. Así se grafica en la resolución del Expediente N° 7120, en la cual los jueces consideraron que la agresión sufrida por la víctima no constituye abuso de autoridad, pues si bien el agresor fue un Policía Nacional, pero las circunstancias que rodearon al hecho no permiten colegir que hubiera abuso de atribuciones, al contextualizarse en un marco de desavenencias y discusiones.

- d) La base jurídica del delito genérico de autoridad está casi siempre en conexión con actos administrativos adoptados o decididos en sede institucional, vale decir que, del análisis remisivos de los actos arbitrarios, encontraremos mayoritariamente órdenes ejecutadas en atención a resoluciones (adoptadas administrativamente) y por lo mismo factibles de análisis y evaluación por parte del operador jurídico, acerca de su licitud o irregularidad. La existencia de legalidad en la orden y, por lo tanto, en el acto administrativo hará atípico el acto arbitrario cometido, es más dejará de poseer dicho acto tal condición de arbitrariedad. Pero, obviamente el carácter administrativo de la orden ejecutada no exclusiviza el marco relevante de esta parte de la conducta típica, pues la misma puede manifestarse igualmente sin necesidad de estar precedida de documentación alguna que hacía ella retrotraiga su mensaje penalmente comunicativo ya que, en efecto, el abuso puede manifestarse con actos de ejecución inmediata y sin que exista de por medio decisión formal establecida documentalmente, sino tan solo la materialización instantánea de actos abusivos de consumación inmediata (es ejemplo de esto último el caso que trae consigo el Expediente N° 6919-97) en el cual se patentiza la conducta arbitraria del Policía Nacional que abusando de sus atribuciones, en estado de ebriedad y aduciendo razones no probadas, agredió a dos ciudadanos a quienes condujo a la delegación policial.

Lo administrativo, si bien es una de las más usuales expresiones de base del supuesto delictivo por abuso de autoridad —muy frecuente en sedes burocráticas de decisión o en las diversas reparticiones de la Administración Pública—, sin embargo no agota el mundo posible de remisiones de la antijurídica del hecho.

El Expediente N° 572-97 se presenta especialmente ilustrativo para mostrarnos cómo un acto administrativo, adoptado de conformidad a derecho, no puede generar acto arbitrario típico de abuso de autoridad: lo que para el caso concreto implicó la retención del cheque de remunera-

ciones de parte del funcionario, para quien había solicitado vacaciones sin goce de haber. La denuncia por abuso de autoridad planteada por esta persona "afectada" carecía de legitimidad para atribuir delito, máxime si no existió en autos resolución que concedía licencia al agraviado, como bien señala la ejecutoria.

- e) Los temas concernientes a la autoría y participación en el delito de abuso genérico de autoridad se rigen por las teorías conjuntas del dominio del hecho y de la infracción de deber funcional, siendo esta última la determinante para configurar el marco de autoría, ya que es ella la que da sentido al dominio funcional sobre el hecho que tiene que ejercer el autor, ya sea ejecutando él mismo el acto arbitrario que genera perjuicio o disponiendo que sean otros los que lo lleven a cabo, pero en cumplimiento de sus órdenes; en ambos casos hay dominio del hecho, pues reside en el funcionario público que abusa de sus atribuciones para poder detener o acelerar el curso causal. No se tratará, en muchos de los casos, de un dominio material o fáctico, pero sí de un control decisorio o funcional. El ámbito de complicidad está reservado para quienes no siendo funcionarios colaboren o incluso ejecuten materialmente el acto arbitrario, ya sea en la fase preparatoria o en la de ejecución. Pero pueden ser también cómplices otros funcionarios o servidores públicos que colaboran dolosamente con los actos del autor, con la condición que no deban hallarse en la capacidad de disponer administrativamente el acto administrativo o no estar en ámbito de sus facultades la ejecución o el ordenamiento de dicho acto, pues de suceder esto último se definirán como autores. La complicidad se rige aquí por la tesis de la accesoriedad limitada que permite imputarle al cómplice responsabilidad por el delito cometido por el autor, superándose de tal forma la tesis de la autonomía de la imputación.

Precisamente, la Consulta N° 106-97, permite a los magistrados supremos (vocales y fiscales, siendo estos últimos quienes ofrecen la fundamentación para la ejecutoria) efectuar las precisiones sobre quién es el sujeto activo en el delito de abuso genérico de autoridad y advertir acerca de la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a título de cómplice con relación a las auxiliares coactivos quienes actuaron bajo las órdenes del autor del delito, en un contexto de comportamiento doloso. Si bien fueron dichos auxiliares quienes ejecutaron materialmente el acto arbitrario al embargar bienes que no podían ser objeto de tal medida, esto es, practicaron un acto arbitrario, el hecho de haber actuado a órdenes del ejecutor coactivo les exime de la calidad de autores, al no reunir las características del elemento normativo del funcionario público.

La imputación por autoría o coautoría para los auxiliares evidencia así una atipicidad absoluta; en lo que no concierne a la imputación por complicidad, la misma hubiera sido plenamente válida si se hubiera demostrado que los auxiliares tuvieron conocimiento de lo arbitrario del acto ordenado por el ejecutor coactivo y con la presencia de dicho elemento cognoscitivo determinaron su voluntad de materializar el acto arbitrario. Con base a las consideraciones del Fiscal Supremo, de hallarse amparado el procedimiento de embargo en el ordenamiento jurídico y no encontrarse dolo en el accionar de los auxiliares, se tendría solamente una irregularidad administrativa, siendo el ejecutor coactivo en su condición de funcionario público quien debe responder penalmente por haber ordenado la ejecución material del acto arbitrario en perjuicio de terceros, poseyendo control funcional sobre el curso causal. La ejecutoria junto al dictamen son correctos en términos generales, sin embargo, de lo esquivo de su texto no se puede derivar vinculación directa acerca de si al practicar los auxiliares el embargo sobre bienes no pertinentes, estuvo esa decisión no vinculante asumido por aquellos, es decir, si lo embargado fue un exceso de exclusiva responsabilidad de los auxiliares o si ello fue previsto y autorizado por el ejecutor. Tema en el que nos puede orientar el lugar donde se practicó el embargo: el domicilio del agraviado y no el gimnasio donde debió haberse practicado la medida.

El abuso de atribuciones es una de las condiciones objetivas establecidas en el tipo penal para ulteriormente continuar con la evaluación de si el acto cometido fue o no arbitrario, pues como es lógico entender el abuso de la función aún no es condición suficiente para derivar consecuencias penales, si es que tal abuso no se concreta en un acto arbitrario perjudicial a alguien. Resultan así indisolublemente vinculados al acto arbitrario como acto material irregular y el abuso de atribuciones como factor causal; relación que se constituye en el núcleo de la tipicidad objetiva del delito que explica la relevancia penal del hecho. En el Expediente N° 7362-97, el abuso o exceso en la disposición de actos administrativos irregulares, consistentes en calificar como impuestos materias que no lo son, cursar órdenes de pago cuando concernía la emisión de resolución de determinación, notificar la orden de pago sin que se haya producido el vencimiento del plazo acordado y ejecutar medida cautelar, se muestra particularmente ostensible ya que el ejecutor coactivo rebasando y haciendo mal uso de sus atribuciones cometió actos arbitrarios que resultaron perjudiciales formalmente a la Administración Pública y materialmente a las personas afectadas. En el Expediente N° 7963-97, el abuso de atribuciones que generó acto perjudicial contra un ciudada-

no está expresado en la detención ilegal que practicó un efectivo policial al no permitir que quien fue citado para dar su manifestación ante una denuncia verbal por faltas, pueda hacer uso de su libertad para abandonar la delegación policial, con el argumento de esperar la respuesta de requisitorias. Otro caso de abuso de atribuciones y de presencia de acto arbitrario perjudicial lo encontramos en el Expediente N° 236-97, en el cual nuevamente son efectivos policiales quienes premunidos de armas de armas de fuego practicaron actos abusivos al intervenir un taxi donde iba un grupo de personas a quienes intimidaron y dirigieron palabras soeces, introduciendo a la fuerza (jalándole de los cabellos) a una de las pasajeras al interior del vehículo policial.

La existencia de dolo es una exigencia imprescindible para acreditar la consumación del delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus variedades, al no existir en nuestro ordenamiento el abuso funcional por culpa, el mismo que se halla regulado en el ámbito de la relevancia administrativa, en el cual se sanciona a través de un variado elenco de consecuencias, desde la amonestación hasta las destituciones, los comportamientos infuncionales, negligentes o de ligereza perjudicial a terceros en los que incurran funcionarios públicos. Y se aprecia el dolo en el funcionario cuando este deliberadamente hace mal uso de las atribuciones de las que goza para ir en contra de los deberes de su cargo, que le obligan a desempeñarse de acuerdo a criterios de corrección y respeto por las leyes y normas jurídicas en general, buscando perjudicar la situación jurídica administrativa, de imagen, económica, etc., de la víctima material directa; es decir, del "alguien" (persona natural o jurídica e incluso otro funcionario o servidor público) a quien se refiere el tipo penal 376. El dolo es así un dolo directo o de intención, o como se diría coloquialmente de mala intención.

Al no concurrir dolo en el comportamiento del funcionario público, existiendo en el supuesto de hecho abuso de funciones, acto arbitrario e incluso efectos lesivos a terceros, nos encontraremos ante una figura de atipicidad subjetiva que descarta la presencia de delito pero deja subsistente la respectiva valoración del ilícito en sede administrativa e incluso la posibilidad civil por el daño causado.

EL NUEVO CONSTRUCTO DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

Jorge Hugo Álvarez
Perú

SUMARIO:

I. Abuso de autoridad por acto arbitrario determinado. 1. Breves consideraciones generales que caracterizan al tipo. 2. Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual. 3. De algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos. 4. De la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión. 5. De las características esenciales del tipo penal: abuso de autoridad. 6. De situaciones probables que puedan presentarse en la aplicación del tipo. 7. Del concepto de acto arbitrario. 8. Del bien jurídico tutelado. 9. Del sujeto activo. 10. Del sujeto pasivo. 11. Del supuesto agravado por las circunstancias especiales. 12. De la pena. II. Abuso de autoridad condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios en general. 1. De algunas generalidades propias del injusto. 2. Del verbo rector y los supuestos típicos del injusto. 3. De la naturaleza jurídica del tipo. 4. La complicidad en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios. 5. Sobre la cuestión de la coautoría en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal. 6. Sobre la instigación en el injusto pena. 7. Del bien jurídico tutelado. 8. Del sujeto activo. 9. Sujeto pasivo. 10. De la pena contemplada en la norma penal. 11. Del injusto en la jurisprudencia nacional. III. Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función. 1. Antecedentes legislativos del tipo. 2. Características y descripción del tipo. 3. De los conceptos de omitir, rehusar o retardar. 4. De la autoría, coautoría e instigación y la complicidad. 5. Del bien jurídico tutelado. 6. Del sujeto activo. 7. Del sujeto pasivo. 8. De la pena. 9. El injusto en la legislación comparada.

I. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO DETERMINADO

Artículo 376.- *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos años ni mayor de cuatro años".

El 10 de junio del 2011 se publicó la Ley N° 29703 que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública. Modificaciones que implicaron aumento de pena; entre ellas el delito de abuso de autoridad.

1. Breves consideraciones generales que caracterizan al tipo

La reciente modificación de este artículo, parece referencial y no sustancial. Sin embargo, permite otra lectura importante sobre la naturaleza constitutiva del tipo penal en cuestión. Verdad que incrementa la pena para el tipo básico a un año más (de dos a tres); pero al suprimir el vocablo: "cualquiera", seguida de la frase acto arbitrario que figuraba anteriormente parece admitir una interpretación más restrictiva de lo que se suponía. La expresión a secas: un acto arbitrario parece así determinarlo. Entonces, establecer de manera concreta este concepto del tipo resulta importante al haberse restringido sus alcances. Ahora se parte de un concepto amplio (acto arbitrario cualquiera) a uno restringido (simplemente acto arbitrario)⁽¹⁾. Sin embargo, no es del todo suficiente para solucionar el problema central a establecer: ¿Qué se entiende por acto arbitrario? a desarrollar en un capítulo especial.

Su configuración híbrida lo hace, técnicamente, discutible. La norma sólo sanciona al agente infractor con una pena extremadamente benigna si lo comparamos con la legislación penal europea⁽²⁾. No se ha

⁽¹⁾ **Art. 376.-** "El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena en perjuicio de alguien, un acto arbitrario **cualquiera**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de **dos años**.

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos años ni mayor de cuatro años".

(Artículo modificado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004(ya derogada).

⁽²⁾ He aquí un ejemplo de severidad en las penas para estos delitos en la legislación europea:

Código Penal Francés

considerado, en el nivel que corresponde, la jerarquía del bien jurídico tutelado, tampoco la calidad preponderante del agente o sujeto activo y toda la grave incidencia del cual es objeto la dignidad de la persona humana, la sociedad y las instituciones fundamentales de la Nación. En todo caso estos hechos punibles deben ser sancionados con mayor rigor, porque afectan considerablemente la confianza en el sistema democrático y fundamentalmente la dignidad de la persona humana. La severidad debe ir asociada con la tipificación cierta, cerrada, nominada y determinada.

El delito de abuso de atribución es modalidad específica de lo genérico: abuso de autoridad. Entonces, la discusión teórica entre uso y abuso de atribución cobra mayor relevancia. El nuevo constructo del tipo penal más específico o determinado obliga establecer parámetros limitativos entre uso de atribución adecuado a derecho y abuso de atribución como su negación. Cuestiones que en una figura indeterminada, residual y genérica no resulta sencillo establecer dichos parámetros, a favor de la libertad y las garantías constitucionales. Lo cual sí es posible en una determinada, definida y precisa.

Queda claro que el abuso es extralimitación del uso y, por consiguiente, su negación; recusa al derecho como legalidad. Ambos conceptos se excluyen; todo funcionario desde que asume el cargo tiene obligación de hacer uso de sus atribuciones en un contexto pautado de reglas y observaciones contenidos en normas generales o específicas (justas o injustas), no extralimitarse porque toda extralimitación ya tiene un contenido real de arbitrariedad como negación de legalidad⁽³⁾. Por tanto,

Artículo 432-4: "El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de ordenar o realizar arbitrariamente un acto atentatorio contra la libertad individual, actuando en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, será castigado con siete años de prisión y multa de 100.000 euros.

Cuando el acto atentatorio consista en una detención o una retención de duración superior a siete días, la pena se elevará a treinta años de reclusión criminal y a 450.000 euros de multa".

- ⁽³⁾ Todo acto administrativo, en su carácter extensivo o restrictivo, es manifestación de voluntad, unilateral o colegiada que expresan decisiones de autoridad competente en el ejercicio de potestad pública. Todo se ejerce en un contexto pautado de reglas y observaciones normativas. En una sociedad de democracia social moderna se gobierna, administra y se toma decisiones fundada en las relaciones del derecho y no fundadas en la relaciones del poder material. La supremacía de la ley es evidente; todo se gobierna, administra o se decide con arreglo a derecho. No se concibe una actuación de potestad pública fuera o por encima de la ley.

lo que acabamos de decir nos permite establecer un primer referente primario: No hay acto arbitrario si el uso de atribuciones es adecuado a derecho o dicho de otra manera todo acto arbitrario lo es por ser antijurídico y carecer de legitimidad.

Cuando por excepción se establece la discrecionalidad en el ejercicio de potestad pública lleva implícita un marco de libertad relativa para decidir antes deficiencia, vacíos, insuficiencias de reglas pautadas. Frente a estos supuestos de hechos que requieren pronta solución, se hacen uso de estas atribuciones fundadas en referentes de legalidad. El ejercicio pautado importa que la discrecionalidad no pueda colisionar con el derecho por ser limitativa. La facultad discrecional otorgada debe ejercerse dentro del marco de la ley, no es un criterio personal y subjetivo. Por tanto, nada se sustrae a la legalidad. No se puede abusar de atribuciones para perpetrar actos arbitrarios que pervierten la finalidad establecida por la legalidad, sea por actos materiales de órdenes o ejecuciones que impliquen infracción del procedimiento conforme el cual se ejerce la competencia atribuida.

El uso de atribuciones es pautado no se determina por el estado de ánimo del funcionario público, simpatías o antipatías con el administrado o de cualquier otra naturaleza afín a ella. Sin embargo, en casos concretos, hace falta establecer otros referentes, primarios, adicionales como: racionalidad y proporcionalidad del uso de estas atribuciones (sea ordenando o ejecutando).

Una norma puede no ser justa pero es legal; puede no ser proporcionado pero se ubica en el ámbito de legalidad. Entonces, no se concibe la desproporcionalidad del accionar del funcionario público como acto arbitrario si ésta es pautada o reglada⁽⁴⁾. El fin que nos proponemos no es justificar la norma injusta en cuanto contenido y de procedimiento; sino entender que todo funcionario público desde que asume el cargo, lo hacen en un contexto de pautas, reglas y observaciones expresadas en normas generales o específicas (justas o injustas). En tal contexto se trata del uso de atribuciones determinadas por ley y no creadas por

(4) "No habrá arbitrariedad, si la propia ley ampara las decisiones del funcionario". Conforme afirma Abanto Vásquez, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Palestra Editores. Lima, 2011, p.. 187. En efecto, puede existir reglas desproporcionadas para el caso concreto dependiendo del ángulo que se mire. Para el funcionario no le queda otra opción que cumplirla, para otros puede hacer uso del control difuso o discrecional. Para los efectos penales lo arbitrario es la negación o recusación del derecho como legalidad.

él. En tal sentido, las normas que conceden estas atribuciones pueden ser injustas pero se cumplen mientras estén vigentes. En mundo de la legalidad si la norma no tiene un contenido o procedimiento desproporcionado; entonces, el agente en el uso de estas atribuciones no puede agregarle desproporcionalidad. Es antijurídica e ilegal; la arbitrariedad como libertad mal orientada⁽⁵⁾. En tal contexto no pautado la desproporción constituye otro referente prevalente del acto arbitrario.

La simple existencia de conductas de variabilidad individual fuera de la normatividad o abusando de ella es incompatible con la legalidad. Todo es pautado, reglado u observado. Es lo que concierne a todo funcionario público que se desenvuelve en un contexto de pautas y observaciones regladas de funciones generales y atribuciones específicas; excepcionalmente, las atribuciones específicas de militares y policías están en función al cargo y no al grado. No obstante independientemente del cargo bien puede ordenar (como función general) la detención de una persona cuando es descubierto en flagrante delito; este ejercicio de ordenar o ejecutar se ubica en el ámbito de la legalidad sólo si se ejecuta con proporcionalidad y racionalidad en cada caso concreto⁽⁶⁾.

En este estado de reflexión teórica el principio de legalidad y legitimidad del accionar del funcionario público es un tema importante. No toda aquella atribución que pueda tener origen legal adquiere legitimidad. Ésta puede perderse por accionar desproporcionado del funcionario e incurrir en abuso de autoridad. Caso del policía que contando con orden debidamente motivada por un juez penal interviene a un requisitoriado, quien no ofrece resistencia alguna, colocándole marrocas y maltratándolo física y moralmente. Este accionar desproporcionado o utilización indebida de la fuerza constituye una evidente acción arbitraria. La detención tuvo origen legal pero perdió legitimidad por el accionar abusivo, desproporcionado del agente policial⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines propuestos por la norma que bien puede ser el interés público; en cambio, el acto arbitrario se aparta de esta finalidad a que el acto emitido o ejecutado debe responder. Es en ese sentido que la arbitrariedad es una libertad mal orientada.

⁽⁶⁾ "La justificación de este Estado está en la legalidad general de todo el ejercicio del poder estatal. El fundamento del deber de obediencia y la justificación de la supresión de todo derecho de resistencia están constituidas por un sistema de legalidad cerrado". C. Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Ediciones Aguilar, 1971. Madrid-España. p. 5.

⁽⁷⁾ En este caso, se cumplió la orden del juez pero debe procesarse al policial por abuso de autoridad al haberse extralimitado en sus atribuciones. Si no hubo resistencia, su accionar es desproporcionado y por tanto, antijurídico". En este Estado, imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Más exactamente: las leyes no imperan se

Norma, proporcionalidad y legitimidad tres referentes indicativos materiales que diferencia uso y abuso de atribuciones. El abuso es la negación del uso establecida por la norma que puede perder legitimidad por accionar desproporcionado del agente. Por eso, cuando se habla de abuso de autoridad implica toda forma de extralimitación o mal uso del poder de decisión dentro del ámbito de su competencia. El poder es material, coercitivo y determinativo dentro de su competencia. Si el funcionario ejerce este poder fuera de su competencia incurre en usurpación de funciones; desde luego, hacer un mal uso de este poder, es arbitrario, genera perjuicio parecería abuso de autoridad pero no lo es, por que se ejerce fuera de su competencia; por tanto, se subsume en otro tipo penal específico (usurpación de funciones). En suma, el delito de abuso de atribuciones sólo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia; no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de atribución no, de usurpación.

El concepto de abuso de autoridad no puede ser considerado amplio porque genera confusiones innecesarias. Es más apropiado denominar al tipo descrito en los supuestos prohibidos del artículo 376 del Código penal como: "Abuso de Atribuciones Públicas". Es evidente la evolución de la estructura típica del hecho punible de uno genérico a uno cada vez más específico; el constructo del tipo varió de lo genérico y subsidiario a más específico. Asimismo, es un hecho punible de cualificación especial propia (funcionario público) excluye al servidor público, no obstante puede tener algún tipo de participación como cómplice primario del delito de "Abuso de Atribuciones Públicas" cuando ejecuta la orden de acto arbitrario; también un particular. El abuso de atribuciones se expresa como acto arbitrario porque todo abuso es antijurídico, se salta la norma; no es adecuada a derecho y lleva implícita un perjuicio a terceros. El acto arbitrario se expresa como abuso que carece de juridicidad como consecuencia de la desnaturalización de la norma.

En suma el abuso escapa a lo reglado y es antijurídico. Se puede cometer abuso de autoridad por abuso de atribuciones contra los particulares (personas naturales o jurídicas), contra el Estado o ambas al mismo tiempo, porque el acto arbitrario sea ordenando o ejecutando siempre genera perjuicio moral u económico en su acepción más amplia.

limita a regir como normas. Ya no hay poder soberano ni mero poder. Quien ejerce uno y otro, actúa sobre la base de una ley o en nombre de la ley. Se limita hacer valer en forma competente una norma vigente". C. Schmitt. Ob. Cit. p. 4.

Un dato adicional a tomar en consideración que la razón de creación del tipo en cuestión tuvo una connotación complementaria, genérica y subsidiaria; pero a través de la evolución legislativa fue perdiendo esta naturaleza. Se creó genérico pero evolucionó hacia lo específico. La norma penal creación del hombre y para el hombre sufre los embates de los nuevos creadores de derecho en pro de la dignidad y pro de la libertad del individuo.

2. Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual

Con un propósito distinto el Código penal peruano de 1863 criminalizó diversos supuestos vinculados al ejercicio de la función pública, bajo el rubro de abuso de autoridad. El artículo 168 reunía 18 supuestos de conductas susceptibles de ser consideradas expresiones materiales de abuso de autoridad. El legislador de entonces cuidó de no especificarlas recurriendo para tal efecto a la casuística como técnica legislativa. No tuvo origen genérico, innominado tampoco subsidiario sino específico. A posteriori, importando disposiciones e ideas contenidas en códigos foráneos sin análisis y discusión alguna se aprueba un nuevo texto en el código penal de 1924⁽⁸⁾. En ella, se da una orientación complementaria a supuestos innominativo contenidos en el artículo 337 del Código penal de 1924.

Entonces, toma como modelo al Código Penal italiano de 1889, conocido como Código Penal de Zanardelli, artículo 175 que establecía lo siguiente: *"Al funcionario que abusando de su cargo **ordene o cometa** contra los derechos de otros cualquier **acto arbitrario no previsto como infracción de una disposición especial de la Ley**; o que instigue a alguien a infringir las leyes o las disposiciones de la autoridad"*. Se conocía las dificultades de esta pésima técnica legislativa que el propio legislador italiano corrigió oportunamente. Por el lado peruano nada de eso importó, bastaba copiar en la creencia que lo foráneo es bueno⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ "En algunos casos, asimiló una idea para plasmar una norma legal sin precedentes nacionales o para modificar una vigente.", "En el Parlamento se aprobó, en bloque y sin discutir el texto mismo, al proyecto definitivo", José Hurtado Pozo, *La Ley Importada-Recepción del derecho penal en el Perú*, CEDYS, 1979, Lima, p. 58. Prosaicas formas que aún subsiste.

⁽⁹⁾ Práctica bastante usual en el legislador peruano henchido de inflación legislativa de orden penal. Buena parte de la doctrina nacional, hace lo suyo; poco creativo.

Siguiendo este modelo el legislador peruano adoptó un doble criterio de criminalización. Tipificó como delito de abuso de autoridad nominativa (artículos 338 a 342) y, de otro lado, incorporó el abuso de autoridad innominado (artículo 337)⁽¹⁰⁾ como tipo penal subsidiario⁽¹¹⁾. Este carácter subsidiario lo expresó el legislador (importando la idea foránea) de manera expresa en la norma por razones de política criminal del italiano. Se dice que el legislador peruano, buscó llenar algunos vacíos de la ley sancionando abusos de poder no clasificados de manera expresa e inequívoca en el Código penal⁽¹²⁾. De haber existido debate es probable que se hubiera establecido ¿hasta qué puntos estos “propósitos” guardaban coherencia con el principio de la legalidad o determinación? Pero nada de eso sucedió.

Al configurar, el artículo 376 del nuevo Código penal de 1991; el legislador, siguió bajo la misma sombra del Código Zanardelli de 1889, utilizando erróneamente dos verbos rectores: ordenar y cometer⁽¹³⁾; no tomó en cuenta las dificultades de interpretación relativo a la tentativa o naturaleza jurídica del tipo penal. Determinar, por los verbos rectores, si es un delito de mera actividad o de resultado no fue una cuestión resuelta en su momento. Llama la atención que no se importara lo resuelto por el legislador italiano que suprimió el verbo rector *ordenar*⁽¹⁴⁾ del artículo 323 del Código penal de Rocco de 1930. El legislador nacional no ha tomado en cuenta dicha reforma persistiendo estas dificultades. Así el legislador

⁽¹⁰⁾ Código Penal derogado de 1924.

Art. 337.-“ *El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por doble tiempo de la condena*”.

⁽¹¹⁾ No es cierto que el legislador creó este tipo penal, importó y copió mal. De manera que la razón de su creación por parte de los italianos del tipo en cuestión, como norma de complementación, no es propia. Como sostiene Hurtado Pozo se importó, no se discutió.

⁽¹²⁾ Ninguna prueba documental indican que esto fue así. “No se dieron discusiones públicas en torno al proyecto, aun cuando fue publicado en un diario de gran circulación como la prensa. La comisión redactora no dejó actas de los debates que sostuvieron sus miembros”. Hurtado Pozo, ob, cit, p. 58.

⁽¹³⁾ El orden de los verbos rectores no guarda secuencia lógica.

⁽¹⁴⁾ Código penal de Rocco de 1930.

Art.323.-“ *El oficial público que abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete para irrogar a otro daño o procurarle una ventaja, cualquier hecho no previsto como delito por una particular disposición de ley, es castigado con la reclusión hasta de dos años o con la multa de quinientos a diez mil liras*”.

italiano optaba considerar que se trataba de un delito de comisión; por tanto, de resultado.

Con todo lo importado el Código derogado de 1924 hacía referencia expresa a un acto arbitrario no clasificado en la ley penal, señalando normativa el carácter subsidiario del tipo. Lo cual, evolucionó a formas menos genéricas e indeterminada. Tenía razón el maestro Gustavo Cornejo, cuando sostenía "... se obra abusando de la función pública cuando se ordena u ejecuta un acto arbitrario, un acto ilegítimo o no justificado. La sola condición es que el acto no constituya un delito calificado expresamente por la ley. Vale decir, que no puede insumirse en otro tipo legal"⁽¹⁵⁾ para su tiempo, dado el constructo del tipo.

Hubo reformas de reformas; cambios de cambios, en denominación de este injusto. Los nuevos constructos del tipo penal incluyeron supresión del vocablo "funciones" por "atribuciones"; permitiendo mejor interpretación real de lo que se desea reprimir. Posteriormente se suprimió el vocablo "cualquiera" posterior a la expresión acto arbitrario siendo la más importante, porque cambia de alguna manera la naturaleza jurídica del tipo. No todo está dicho de la mejor manera, pero tampoco, constituye, lo denominado plenos jurisdiccionales, la solución a las cuestiones planteada. Esta fuente informal no es ni puede ser determinante, porque no siempre respeta el principio básico de interpretación de la norma penal para favorecer al procesado y no perjudicarlo. La única fuente formal es la ley.

La verdad no está sustentada en mayorías o unanimidades de plenos, porque corresponde la interpretación auténtica al Congreso de la República. Esto es así, porque en nuestro sistema de administración de justicia la fuente formal por excelencia es la ley, no la interpretación de plenos jurisdiccionales ni jurisprudencial, porque no gobiernan sino reinan⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ CORNEJO, Gustavo, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Editorial Librería Peruana, 1938, Lima, p..109.

⁽¹⁶⁾ El lado negativo de los Plenos Jurisdiccionales, orientados a unificar criterios en asuntos puestos a su consideración, incentiva en los jueces penales una suerte de pereza mental o fórmula simplista para emitir sentencia sin mayor esfuerzo de rigor en los argumentos siguiendo dictados de estos acuerdos en plenos; generalmente no respetan en cuanto a interpretación (extensiva, restrictiva, ontológica, etc.) la regla esencial de favorecer al reo sino perjudicarlo. Casi no se conoce sentencias que se alejen de estos criterios como si la conducta criminal pueda reducirse a cuestiones matemáticas. Llegará un día por esta vía que se llegue a extremos de proclamar: todo está acordado, todo está resuelto. Entonces los jueces tienen que priorizar el conocimiento de los acuerdos de plenos más allá de lo que prescribe el Código penal.

3. De algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos

Lo híbrido del constructo del tipo penal establece restricciones al concepto de acto arbitrario. De un concepto amplio (acto arbitrario cualquiera) a uno restringido (simplemente acto arbitrario). Este concepto restringido que emplea el tipo penal debe interpretarse bajo parámetros de reglas que rigen la interpretación de toda norma penal para favorecer al reo y no perjudicarlo. No obstante, se hace necesario su desarrollo en este nuevo contexto legislativo.

Las dificultades, en este constructo, emergen cuando el legislador emplea en la configuración del tipo dos verbos rectores que no guardan secuencia lógica: ejecutar y ordenar un acto arbitrario seguida de la frase: "que cause perjuicio a alguien"⁽¹⁷⁾; los verbos rectores determina la característica de la naturaleza jurídica del injusto, **como delito de resultado o de mera actividad**, porque describe, de mejor manera, la acción material del agente.

Queda claro en relación con el verbo rector: "ejecutar"; pero no sucede lo propio con el supuesto prohibido relacionado con el otro verbo rector: "ordenar" indicativo, aparente, de un tipo de mera actividad que no requiere para su configuración de resultado. ¿Cómo conciliar este último verbo rector con el perjuicio para evitar que un hecho de tal naturaleza quede impune?. Existen varias hipótesis a plantear: El acto de ordenar un acto arbitrario no ejecutado no implica perjuicio directo al particular pero sí al Estado; entonces se lesiona el bien jurídico específico protegido por la norma penal: entendida como ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa. La otra hipótesis: No hubo perjuicio pero se puso en peligro (concreto o abstracto) el bien jurídico tutelado lo cual justifica un merecimiento de pena.

Pero esta situación no resuelve la naturaleza híbrida de esta figura penal: no hay configuración de tipo sin perjuicio⁽¹⁸⁾. El legislador no ha empleado la frase: "...que pudiera causar perjuicio a alguien..." que sí indicaría un delito de peligro; no de resultado. Sucede que la expresión "que cause perjuicio a alguien" evidencia con meridiana claridad que se trata de un tipo penal de resultado; es decir, si no hay perjuicio no hay tipo. ¿Cómo relacionar el verbo

⁽¹⁷⁾ ¿Puede alguien ejecutar sin antes ordenar?. Es indicativo de lo poco consistente de esta técnica legislativa del uso de los verbos rectores de manera incorrecta. Algo que los legisladores italianos superaron.

⁽¹⁸⁾ Estas dificultades fue resuelta en su tiempo por el legislador italiano suprimiendo en el artículo 323 del Código de Rocco de 1930 el verbo rector ordenar.

rector “ordenar” con la expresión aludida? Tómese en consideración que el agente activo sólo puede ser el funcionario público no el servidor público; por ejemplo, el funcionario ordena un acto arbitrario que sabe que va a generar perjuicio tanto al particular como al Estado; sin embargo, el servidor público (no sujeto activo del tipo en cuestión) decide no ejecutarlo. La acción material del agente se concretizó (ordenó) pero no hubo perjuicio directo al particular (por omisión del otro agente ejecutor) pero es evidente el perjuicio al Estado quien se constituye como agente pasivo del hecho punible.

Por técnica legislativa, el buen legislador, emplea verbos rectores en la configuración del tipo para indicar la acción material del agente. Facilita su interpretación pero se complican cuando siendo sustancialmente diferentes éstas no caracterizan, adecuadamente, la naturaleza constitutiva de los supuestos prohibidos o exigidos. El tipo penal en comentario contempla supuestos que participen del acto arbitrario al mismo tiempo tanto el agente que ordena como el otro que ejecuta o del modo unilateral del agente que ordena un acto arbitrario que el otro agente no cumple por considerar arbitraria. Son éstas y otras las incongruencias y/o dificultades que surgen en la aplicación fáctica.

Otra imprecisión se determina cuando el legislador emplea en la configuración del tipo la frase: “...comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien...” siendo que bien jurídico tutelado por la norma penal es el correcto ejercicio de las atribuciones del funcionario público aparentemente el perjuicio es para el Estado; tal como lo ha entendido uniformemente la jurisprudencia nacional. Si, *per se*, todo acto arbitrario es perjudicial para el Estado no entendemos por qué utilizar la frase: “...que cause perjuicio a alguien...” relacionado, aparentemente, al particular afectado (persona natural o jurídica), cuando toda afectación por acto arbitrario al particular necesariamente afecta; también, al Estado; por tanto, bastaba sólo señalar: “...que cause perjuicio...” Salvo, claro está, que dicho acto arbitrario cause perjuicio al Estado y no al particular o, afecte al particular y no al Estado. Hipótesis difícil de sostener en la medida que el sujeto pasivo es siempre el Estado.

El supuesto prohibido indica que el acto arbitrario tiene como objeto fundamental el perjuicio al particular, pero también al Estado. ¿De qué manera se perjudica al particular y de qué manera al Estado?. Aquello se determina en cada caso concreto; resultando irrelevante establecer generalidades. Las afectaciones al particular tienen una connotación muy amplia y en relación al Estado restringida. En todo caso, se afectan bienes protegidos tanto del particular como del Estado. Téngase en consideración que entre la protección de los intereses del particular y del Estado prevalece éste último como bien

jurídico específico tutelado; entendida como el correcto y adecuado ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos dentro de la legalidad administrativa.

¿Qué acto arbitrario no es perjudicial para la administración pública? Toda acción que importe un ejercicio abusivo de sus atribuciones perturba el orden regular de la administración. Abusar de atribuciones *per se* es con-sustancial al acto arbitrario. El perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al particular, sea al Estado o ambos al mismo tiempo. La cuestión se reduce a determinar el tipo de perjuicio al particular porque en relación al Estado es evidente. En tal sentido deviene tautológico emplear la expresión "... en perjuicio de alguien...".

La estructura de todo nuestro ordenamiento penal se basa en la responsabilidad individual y no colectiva; en tal sentido, se hace necesario establecer ¿cuál es la responsabilidad del servidor público que ejecuta la orden del funcionario público? Si el sujeto activo del tipo penal en cuestión es sólo el funcionario público; no así el servidor público o el particular. Entonces, la intervención de estos últimos deben ser resueltas con otras categorías de participación en la configuración del hecho punible (cómplice primario, secundario o instigador) Resulta que quienes ejecutan, usualmente, son servidores y no funcionarios públicos (estos últimos ordenan; excepcionalmente es posible que otro funcionario ejecute un acto arbitrario). Por la forma del constructo del tipo penal (híbrido) era posible considerar, normativamente, como sujetos activos tanto al funcionario como al servidor público facilitando, en mejor manera, la aplicación de la norma penal.

Entiéndase que abusar de las atribuciones concedidas por ley, *per se*, es repulsivo; lo es por la sencilla razón que en un Estado de Derecho imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades. Las leyes imperan porque se limitan a regir como normas. Quien ejerce una atribución reglada actúa sobre la base de una norma o en nombre de la ley; se limita hacer valer en forma adecuada una norma vigente. En tal sentido, en la mera existencia de una autoridad va implícita una decisión y la decisión tiene valor en sí misma por la ley, no por encima o fuera de ella. Por eso importa más decidir pero no de cualquier modo sino de la forma como manda la ley fundada en la racionalidad y la equidad. No hay autoridad sin poder. Desde luego que el poder se descubre en un accionar dentro de una situación normal o en una situación excepcional, según quien conserve la capacidad de decisión de acuerdo con sus atribuciones de ley. Todos los conceptos sobresalientes del poder de la autoridad son conceptos teológicos secularizados.

No ajeno a la complejidad de la conducta humana se hace muy difícil hallar una respuesta única o absoluta frente a la interrogante de los móviles que impulsan al agente abusar de su poder material. Puede explicarse por móviles que van desde la venganza, la antipatía, la errónea apreciación que las atribuciones le son conferidas en propiedad o que de ellas se puede hacer uso como mejor convenga.

4. De la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión

La doctrina nacional de manera casi unánime considera que el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código penal es innominado, genérico y subsidiario. El profesor Fidel Rojas Vargas⁽¹⁹⁾ parece colegir que la frase **cualquiera** identifica esta generalidad. Sin embargo, al haberse suprimido este vocablo, desaparece esta determinación, lo cual hace del tipo algo más específico que genérico. Ha sido, pues, esta última modificación, lo cual da mayores luces de la nueva orientación estructural del tipo penal, de lo más genérico a lo más específico.

Claro está, que todo antecedente de esta figura penal determinaba de manera expresa este constructo de generalidad. Así el Código penal italiano; artículo 175 lo establecía taxativamente: "El funcionario que abusando del cargo ordena o comete contra los derechos de ***otros cualquier acto arbitrario no previsto, como infracción en una disposición especial de la ley...***", de manera que lo genérico y subsidiario estuvo determinado de manera expresa por la propia norma; no surge de una interpretación doctrinaria. Similar es el caso del artículo 337 del Código penal peruano derogado de 1924 que, también, prescribía: "El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro ***un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal***, será reprimido..."⁽²⁰⁾; evidencian en ambas fuentes que, la propia norma establecía, de

(19) Fidel ROJAS VARGAS sostiene: "Al haberse empleado la frase un acto arbitrario **cualquiera**, se ha querido comprender un sinnúmero de comportamientos delictivos imputados a un funcionario público que comporte perjuicio de tercero y presencia de arbitrariedad" (ob. Cit. p. 128).

(20) Otro referente importante, que confirma nuestro aserto, en el constructo de tipos penal lo constituye el Código Penal de Venezuela. El artículo 204 prescribe: "***Todo funcionario público que, abusando de sus funciones, ordene o ejecute, en daño de una persona, cualquier acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de la ley, será castigado con prisión de quince días a un año, y si obra por interés privado, la pena se aumentará en una sexta parte. Con la misma pena se castigará al funcionario público que, en ejercicio de sus funciones instigue a algunas personas a desobedecer las leyes o las medidas tomadas por la autoridad***". Ajeno a toda discusión sobre falencia de una correcta técnica legislativa lo real es que, la

manera expresa e inequívoca, esta generalidad y subsidiaridad. A diferencia de la última modificación del artículo 376 del Código penal vigente no indica tal determinación. El tipo ha sufrido variaciones en su estructura típica y en su penalidad, por tanto, es posible una lectura diferente a partir de este nuevo constructo del tipo.

También se ha sostenido que la regla de subsidiaridad se colige de su estructura normativa. En efecto, así lo determinaba expresamente la norma. Lo cual no sucede actualmente. Al establecer como núcleo de la acción material del agente expresado en acto arbitrario a secas (entiéndase como abuso de atribución) restringe sus alcances indicando una acción más específica y determinada, no indicativa de subsidiaridad. El núcleo material del acto doloso expresa una extralimitación o abuso de atribuciones como acto arbitrario. Abuso y acto arbitrario son consustanciales; no se concibe una sin la otra. Donde hay abuso hay arbitrariedad; puede no afectarse al particular pero, siempre se afectará al Estado⁽²¹⁾; siendo el Estado el sujeto pasivo del tipo, nos relevan de mayores comentarios.

La estructura típica ha variado, para dejar ser un acto arbitrario cualquiera a un acto arbitrario a secas. En estas condiciones este tipo de abuso de autoridad actual ya no cumple una función político-criminal complementario. **Dejó de ser abierto en la medida que concurre un acto arbitrario determinado (restringido) lo cual hace de éste un injusto independiente con contenido propio.** Contenido propio, porque el supuesto prohibido está referido a toda forma de extralimitación o mal uso de atribuciones dentro del ámbito de su competencia. El delito de abuso de atribuciones sólo puede ser cometido por el funcionario público dentro de su competencia; no fuera de ella. El tipo se identifica con abuso de atribución, no de usurpación. Es otro indicativo de tener un contenido propio que lo diferencia de otras figuras dentro del contexto general del abuso de autoridad. Ninguna de las otras modalidades de abuso de autoridad tipificado en los artículos 377 al 381 son figuras penales que implican conductas de extralimitación de atribuciones actuales.

propia norma penal, de manera expresa e inequívoca, determina su naturaleza jurídica (genérica y subsidiaria).

⁽²¹⁾ El bien jurídico específico tutelado por la norma penal es el ejercicio regular o correcto de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa. Tratándose de un delito de resultado en relación al verbo ejecutar, a nadie se le ocurre pensar que abusar de atribuciones no constituye una afectación al bien jurídico tutelado como ejercicio regular de las atribuciones. El abusar no constituye un ejercicio regular sino de negación o afectación de la legalidad administrativa que la sustenta.

Donde hay un abuso de atribución hay un acto arbitrario; sea ordenando o ejecutando. Entonces, sería mucho más apropiado denominar al tipo: "Delito de Abuso de Atribuciones Públicas" en lugar de abuso de autoridad. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución (el perjuicio es implícito al abuso) que se constituye como un medio-fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente. El constructo híbrido de esta figura penal admite dos tipos de configuración; de mera actividad en relación al verbo rector "ordenar" y de resultado con relación al verbo "ejecutar". En ambos casos se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En tal sentido, si es un medio-fin, entonces, no puede constituir un tipo remanente aplicable sólo cuando el abuso no es el medio de comisión de otros delitos como sugiere cierto sector de la doctrina nacional. Normativamente no se comete el delito de peculado, cohecho, etc. abusando de atribuciones; no es atribución pecular, cohechar; dicha afirmación deviene tautológica. Grave error sostener que con la nueva estructura tipifica, el abuso de autoridad es subsidiario de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la administración pública como lo sugiere Abanto Vásquez⁽²²⁾. Nada de eso sucede estando por lo indicado.

Modernamente, la frase abuso de autoridad, normativamente, tiene una conceptualización cada vez más restringida que comprende supuestos de acción como omisiones comprendidos en los artículos 376 al 381 del Código penal; esa conceptualización general se restringe con mayor intensidad en el abuso de atribuciones (modalidad específica de abuso de autoridad) por ser actual, de contenido propio y de un supuesto prohibido determinado.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación genérica y subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable ni congruente hablar de tipo penal abierto, genérico e indeterminado que supuestamente sigue caracterizando al artículo 376 del Código penal. No, al menos con la supresión del vocablo "cualquiera". Con los extremismos extensivos ni restrictivos se pueden garantizar el correcto desempeño de los funcionarios públicos, tampoco, garantizar al ciudadano sus derechos frente al abuso de poder.

El nuevo texto parece evolucionar de uno genérico a uno cada vez más específico. El viejo Código penal peruano de 1863 no era genérico, sino específico con características casuísticas. Al haber eliminado la palabra: un *perjuicio cualquiera* por un *perjuicio*, parece indicar una interpretación

⁽²²⁾ Ver obra citada, p. 192.

más restrictiva que extensiva; de manera que reduce su carácter genérico por una más específica. Lo cual es posible en la medida que el contenido material del concepto de abuso de autoridad lo constituye todo abuso de atribución.

Por lo que se refiere al mundo normativo, podemos, al menos, llegar a exponer: sospechamos que el acto arbitrario está determinado por el abuso de atribuciones que, no es un mecanismo o medio, sino el acto arbitrio en sí (per se) de manera que podamos entender que todo acto arbitrario es abuso de atribuciones o de poder que lesionan intereses plurales (Estado-privado al mismo tiempo) o individuales (Estado).

No se concibe abuso de autoridad en su versión acto arbitrario sin perjuicio económico, moral o material. Todo se explica por el perjuicio que generan estas conductas arbitrarias por abuso de poder o atribución al Estado o al particular (persona natural o jurídica). Lo cual conllevan, necesariamente, una lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal: El ejercicio regular de las atribuciones conferidas al funcionario público por la ley, dentro de la legalidad administrativa (bien jurídico específico).

Con las singularidades establecidas el tipo sólo admite acción material dolosa del agente; lo es propiamente de dolo directo. No admite culpa ni dolo eventual; en términos generales por lo híbrido del constructo es un tipo penal de resultado con relación al verbo rector, "ejecutar" y de mera actividad en relación al vocablo "ordenar. Para la configuración del tipo, en el primer caso, se requiere como resultado el perjuicio tanto para el particular como para el Estado al mismo tiempo. No puedo entender un perjuicio que recae sobre Estado sin afectar a un particular; no al menos en situaciones generales y por la forma como se encuentra redactada esta figura innovada por la última reforma del artículo 376 del Código penal; por tanto, la acción dolosa del agente perjudica tanto el interés del Estado como el interés del particular. Esa es la regla general, pero en situaciones de excepcionalidad extrema como una tentativa acabada o inacabada esta regla se relativiza; no opera porque se pretendió perjudicar el interés del particular pero de todos modos se afectó el interés del Estado. Por tanto, aun en esta situación el resultado *perjuicio* para el Estado también configura el tipo. De esta manera sintetizó el eje central que se desprende del texto normativo en cuestión. Desde luego que el interés preponderante de protección le corresponderá al Estado como bien jurídico tutelado por la norma penal.

Cuando el texto se expresa como sigue: "El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien..." nos trae a colocación varios conceptos que se utili-

zan aparentemente como sinónimos en materia penal. Veamos: se sintetiza esta figura como abuso de autoridad, pero emplea el vocablo "atribución", la doctrina agrega poder, autoridad y decisión. Obviamente que se relacionan estos conceptos propios del Estado histórico-genealógicos por la estructura sistemática que comparten. Los nexos entre estos conceptos se evidencian política y ontológicamente. No hay atribución de autoridad sin poder y ésta se expresa en la decisión correcta tomada por el funcionario público en situaciones de relativa normalidad y excepcionalidad.

El acto arbitrario no puede ser un concepto tan abierto y maleable que, puede decirse, no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento. Se tiene que limitar sus alcances. Por naturaleza constitutiva el funcionario público correcto usa y no abusa de sus atribuciones, tampoco de su poder material del que goza. No obstante, un poder sin control abriga la posibilidad real del abuso; de allí la necesidad de limitar y controlar el poder sancionando todo abuso determinado.

Si entendemos que el acto arbitrario es abuso de atribución o de poder nos acercamos a algo más específico que genérico. El acto material de los verbos rectores: ordenar o ejecutar un acto arbitrario equivale a abuso y se abusa de las atribuciones y del poder. Desde luego, tiene que ameritarse casos concretos como el de los policías y militares que pueden ser sujetos activo del tipo penal en cuestión en consideración al cargo y al grado. Por el cargo, en la medida que sus atribuciones son específicas y en relación al grado por sus funciones generales en ambos casos pueden abusar de estas atribuciones o del poder material del cual gozan.

A diferencia de otros funcionarios civiles en el cual sólo opera las atribuciones específicas y generales en relación con el cargo. Las atribuciones específicas lo cumplen directamente o las funciones general a través de los órganos de ejecución. En tal sentido, quien se vale sólo de su condición de funcionario público sin tener atribuciones específicas para ordenar o ejecutar algo que sabe que no puede hacerlo porque compete estas atribuciones a otro funcionario no abusa de sus atribuciones (porque no la tiene) sino usurpa. El tipo penal descrito en el artículo 376 del Código penal está referido al abuso de atribuciones, no de usurpación de éstas.

Entender el acto arbitrario como abuso de atribución o de poder constituiría la fuente más caudalosa del acto arbitrario que sólo admitiría abuso de atribución o de poder, sean éstas, generales o específicas determinado. La norma sólo sanciona el abuso no el uso dentro de la legalidad administrativa. La idea de un acto arbitrario no puede ser extensiva sino restrictiva. El

único sentido claro de la palabra: *acto arbitrario* es en oposición a lo regulado fijado o establecido por norma propia. Esta expresión no puede usarse en sentido amplio para que en ella pueda caber cualquier cosa.

La simple existencia de conductas de variabilidad individual fuera de la normatividad o abuso de poder no es un tema sencillo ya resuelto. Es imperativo establecer cuándo se abusa de sus atribuciones y cuando actúa fundado en el abuso del poder de autoridad fuera de la legalidad administrativa.

Un argumento que da consistencia a la tesis que la legislación penal se orienta de uno genérico a uno más determinado se da cuando se sostiene que el abuso de autoridad puede cometerse por acción u omisión pero, éstas últimas tienen tipificación propia de manera que se sustraen de los supuestos contenidos en el artículo 276 del Código Penal para redefinirse en los contenidos de los artículos 377 y 378 del Código sustancial penal. Es decir, las acciones dolosas de abuso de autoridad tienen tipificación propia determinada distinta del abuso de autoridad por omisión.

En efecto, toda conducta omisiva o exigida de relevancia penal encuentran tipificación propia previstas ya en los artículos 377 y 378 del Código penal. De manera que la protección a que se refiere el artículo 376 del Código penal no es propiamente subsidiaria. Si el contenido de toda acción dolosa tiene tipificación propia, tanto como lo omisivo doloso; entonces, qué vacíos legales queda por cubrir, si todo abuso de atribuciones o de poderes encuentra tipificación propia en el artículo 376 del Código penal.

Giuseppe Maggiore, en su tiempo, sostenía que el "hecho abusivo o arbitrario es el viciado por abuso de poder, el acto ilegítimo y antijurídico. La arbitrariedad del acto debe establecerse según las normas del Derecho Público, que definen la esfera de competencia del funcionario público. Esta indagación debe hacerse en concreto y caso por caso; sería imprudente y falaz cualquier definición y limitación a priori".⁽²³⁾

Apreciación que compartimos si lo determinamos por los referentes de abuso de atribución, razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad. Ya no estaríamos ante una imprecisión del tipo descrito en el art. 376 del Código Penal que requiera ser a ser llenada interpretativamente por vía jurisprudencial, doctrinaria o acuerdos plenarios (de poca garantía para la libertad del individuo). Los referentes expuestos nos ayudarían fijar el campo exacto para la aplicación de la norma penal específica.

⁽²³⁾ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III, Ed. TEMIS, Bogotá, 1955, p.. 210.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación por lo genérico y subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable ni congruente hablar de tipo penal abierto, genérico e indeterminado que supuestamente sigue caracterizando al artículo 376 del Código penal. No, al menos con la supresión del vocablo "cualquiera". Con los extremismos extensivos ni restrictivos se pueden garantizar el correcto desempeño de los funcionarios públicos, tampoco, garantizar al ciudadano sus derechos frente al abuso de poder.

Desde luego que, ninguna conducta arbitraria (entiéndase abuso de atribución o de poder) quedaría impune. El funcionario público tiene el deber, el derecho de hacer uso de sus atribuciones pero ejercidas con razonabilidad, cordura, con criterio de equidad y justicia que guarda las formalidades; no fuera de ellas. El agente intolerante, abusivo y prepotente es un funcionario público impropio de las democracias sociales basadas en las relaciones del derecho y no del poder.

5. De las características esenciales del tipo penal: abuso de autoridad

Partiendo de la naturaleza jurídica híbrida del nuevo constructo del tipo penal ya no contienen disposiciones acusadas que consagran precisamente un tipo subsidiario cuando prescribían: "siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor" y "siempre que el hecho no constituya otro delito" que supeditaban la aplicación de estos tipos a hechos punibles de abuso de autoridad descritos que no tengan configuración específica en otro tipo penal o sancionados en otra disposición con pena mayor. En tal sentido, el tipo dejó de ser genérica, subsidiaria e indeterminado.

El tipo una tipicidad de función garantista suficiente porque está determinada de manera expresa e inequívoca el supuesto que ha sido considerado como infracción punible. Cumple con las exigencias que se desprende del principio de la legalidad y su expresión inmediata el principio de determinación que tiene su sustento constitucional en lo prescrito por el artículo 2º inciso 24º Literal d): "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que la tiempo de cometerse **no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible**; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Aun cuando el injusto emerge con una finalidad política criminal-complementaria; el nuevo constructo opta por una finalidad distinta. Nació subsidiaria pero se convirtió específica. El viejo constructo del tipo coincidía en forma y contenido; el nuevo al variar su forma y su contenido, se constituye en otra finalidad.

El injusto se alejó de ser un tipo penal subsidiario; su *ratio legis* o la razón política criminal de su creación, antes, lo determinaba de esa manera; por tanto, no es el reconocimiento de la doctrina lo que en definitiva determinaba su naturaleza subsidiaria⁽²⁴⁾, sino su propio constructo. Otros autores nacionales expresan otra percepción de la naturaleza del tipo en cuestión como lo expresa el destacado jurista peruano Juan Portocarrero: "El hecho de que la ley actual haya excluido la referida expresión -no clasificada especialmente en la ley penal- no significa que ha variado su contenido, se trata de lo mismo, pues no se requiere de tal especificación para interpretar técnicamente que se refiere a conductas ajenas a las que ya tienen tipo"⁽²⁵⁾. Fidel Rojas Vargas para quien en el caso de este injusto penal "se trata de una figura subsidiaria implícita..."⁽²⁶⁾. Otros autores peruanos como Manuel A. Abanto también comparten el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión. Frisancho Aparicio y Fernando Ángeles González siguiendo a Peña Ossa admiten tal caracterización. No se conoce autor nacional que sostenga lo contrario o dicho de otra manera que sostengan que el injusto penal no tiene la condición o característica de ser un tipo subsidiario; de manera que existe consenso relativo en establecer tal condición.

Las consecuencias que supuestamente podrían derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son:

- a. La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales de abuso (Incumplimiento de Deberes Funcionales Omisión o Retardo Injustificado de Apoyo Judicial Requerimiento Indebido de la Fuerza Pública, Abandono de Cargo y Nombramiento o Aceptación Indebida del Cargo.) dado que el carácter subsidiario del tipo (abuso de autoridad) es excluido por

(24) Código Penal Peruano de 1924.

Art. 337.-" El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por doble tiempo de la condena".

Nótese como el legislador nacional primigeniamente en la configuración del tipo descrito señaló normativa el carácter subsidiario del tipo al emplear la frase: "...no clasificado especialmente en la ley penal..."; esta declaración expresa del carácter subsidiario no ha sido tomado en cuenta por el legislador del Código penal de 1991 ya que normativamente nuestra legislación vigente no expresa tal condición pero no por ello se deja de reconocer la subsidiaridad del tipo.

(25) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Portocarrero. Lima-Perú, 1996, p. 106.

(26) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Editorial Grijley, 2002, p. 128.

el tipo principal (Abandono del Cargo, Incumplimiento de Deberes Funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos denominados principales por exclusión de lo secundario tiene un contenido actual que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría si en ambos tipos mantiene una misma raíz emergente.

- b. Que, el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente; es decir carece de supuestos típicos propio suficientemente determinado. Lo expuesto indican todo lo contrario. El contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.
- c. La subsidiaridad del tipo implica reconocer que de darse el concurso aparente de leyes éste se resuelve por la regla de subsidiaridad de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial; entonces al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación. El hecho confirma todo lo contrario.

Se evidencia que el tipo penal de abuso de autoridad, no operaría con carácter subsidiario (tipo residual) que abarcaría, supuestas conductas no comprendidas por otros tipos penales. Pues bien, sostener que lo que caracteriza la condición de la subsidiaridad lo determina la pena que en el tipo subsidiario es menor en relación al tipo penal principal no es verdad. Normativamente los otros tipos principales en términos generales tienen penas menores al supuesto subsidiario. Ejemplo, el delito de abuso de atribuciones descrito en el artículo 376 del Código penal sanciona el hecho con pena privativa de la libertad menor en relación a los tipos principales. Por ejemplo, el delito de abuso de autoridad por omisión, rehusamiento o retardo de función escrito en el art. 377 del Código penal establece una pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Dícese lo propio en relación al delito de abuso de autoridad por omisión injustificada de auxilio policial descrito en el artículo 378 que establece, para el supuesto básico, una pena privativa de libertad no mayor de dos años y para el tipo agravado, una pena no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Asimismo, el artículo 379 (no mayor de tres años de pena privativa de libertad) Art. 380, 2do párrafo (se establece una pena privativa no mayor a tres años), etc. No es lógico, ni determinante establecer la subsidiaridad a partir de la pena.

Un dato adicional al nuevo constructo del tipo en comentario; ya no es necesario dejar a discreción del juzgador determinar los supuestos prohibido, porque es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; la creación de tipos penales es privativa del órgano legislativo a quien le compete crear los tipos de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política del Estado dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos; no establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es “crear” supuestos vía interpretación y, precisamente, el nuestro constructo del tipo penal se torna mucho más precisa y determinada.

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico. Al centro de todo tipo legal se encuentran los bienes jurídicos los que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas. En razón a que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, éste tiene ese rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen un excelente medio de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la parte especial de los códigos penales.

6. De situaciones probables que puedan presentarse en la aplicación del tipo

En el *iter criminis* del injusto, abuso de autoridad, es posible admitir varias situaciones a considerar:

- a. El agente da la orden abusiva y la ejecuta conjuntamente con otro funcionario o particular. En este supuesto el primero responde como autor del delito de abuso de autoridad y el segundo como cómplice del hecho punible en determinadas condiciones concretas.
- b. El agente da la orden y el funcionario o servidor público a quien se ordena no la cumple por considerarlo ilegal. El agente que dio la orden arbitraria lesionó el bien jurídico tutelado por ser un delito de mera actividad en razón del verbo rector *ordenar*, perjudicando los intereses del Estado y puesto en peligro el interés del particular. Como tal responde como autor del delito de abuso de autoridad. La orden fue arbitraria y reunía la idoneidad para causar perjuicio, dolo, etc.
- c. El agente da la orden y el servidor público o particular empieza a ejecutar la orden pero luego se desiste espontáneamente. El autor

de la orden arbitraria responderá por el delito de abuso de autoridad y el segundo no.

- d. El agente da una orden arbitraria y el servidor público o particular a sabiendas de la arbitrariedad de tal mandato ejecuta la orden. Ambos responden, el primero como autor y el segundo como cómplices.
- e. Un órgano colegiado da la orden en perjuicio de un tercero de un acto arbitrario cualquiera. Todos los agentes conformantes del colegiado responde como coautores del hecho punible: abuso de autoridad. En estos casos es posible admitir lo supuestos antes indicados.

La acción dolosa es directa no necesariamente requiere la orden de otro funcionario facultado para ello; en situaciones concretas el mismo la ejecuta abusando de sus atribuciones (porque las tiene en determinada condiciones). Es el caso típico del policía que por sí y ante sí priva de su libertad a un particular sin mandato judicial, ni en situación de delito fragante, ni en las condiciones establecidas por la ley

"Los elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad son : el cargo de funcionario público del agente, la privación de la libertad garantizado por el art. 56 de la Constitución , la ilegalidad de la medida y la ausencia de motivo fundado para la detención". (Ejecutoria Suprema del 26.04.1962, Anales Judiciales, 1962, p. 63).

No cabe duda que los verbos rector expresados en los vocablos: "ordenar" y "cometer" aun cuando en determinado casos concretos puedan tener una relación estrecha de continuidad por el dominio del hecho punible por parte del agente; también ,es verdad que pueden muy bien diferenciarse como injusto penales independientes; bien sea como un injusto penal de mera actividad (ordenar) o de resultado (ejecutar).En ambos casos siempre se lesiona el bien jurídico tutelado en la medida que afecta los intereses del Estado aun cuando no pueda suceder lo propio al particular. El Estado el sujeto pasivo y no el particular.

Recordemos que de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código penal la pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley (Principio de Lesividad de bienes jurídicos-penales)⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Código Penal Peruano
Título Preliminar.

Lo real como bien sostenía Viterbo José, comentando el Código Penal Peruano de 1863 definiendo el injusto abuso de autoridad como "... un acto oficial que se practica por un funcionario contraviniendo a las leyes reguladores de sus atribuciones y excediéndose de las facultades que ellas le acuerdan"⁽²⁸⁾. Esta contravención en la forma descrita lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal que sustenta la aplicación de una sanción.

Etimológicamente la palabra "abuso" proviene del latín "abusus", de "ub" que tiene sentido de: contra, y "usus" que significa: uso. Literalmente se traduce como: el mal uso de una cosa. "En derecho, por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio..."⁽²⁹⁾.

"No se configura el delito de abuso de autoridad cuando los que delinquen no lo hicieron en ejercicio de sus funciones, ni con sus uniformes respectivos, La pena debe imponerse en función a la intervención de cada acusado" (Ejecutoria Suprema del 11.04.1986, Normas Legales, Tomo 148, p. 379).

7. Del concepto de acto arbitrario

Un primer referente a considerar en el nuevo concepto de acto arbitrario dentro del constructo del tipo penal en cuestión implica siempre un perjuicio para el interés del Estado. Todo ejercicio abusivo de atribuciones perturba el orden regular de la administración. Por tanto, el perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al particular, sea al Estado o ambos al mismo tiempo. La ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro

Art. IV.- "La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

Una de las características del pensamiento liberal del Derecho penal radicaba precisamente en limitar al poder punitivo del Estado en función del principio de exclusividad tutelar de los bienes jurídicos. El derecho penal solo protege bienes jurídicos como requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales en un Estado de Derecho. De maneja que todo hecho punible debe comportar necesariamente una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal. El derecho penal se orienta a la preservación o conservación del bien jurídico tutelado.

En el caso típico del hecho punible abuso de autoridad el bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de la administración pública expresada en el normal y correcto ejercicio de sus atribuciones. De manera que el Estado viene a ser el sujeto activo del tipo y no el particular.

⁽²⁸⁾ VITERBO, José, Ob. Cit. p. 310.

⁽²⁹⁾ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Ed. ARAYÚ, Buenos Aires, 1953, p. 3.

e inequívoco con todo caso de abuso de atribución por su carácter pluriofensivo. No se concibe abuso de autoridad en su versión acto arbitrario sin perjuicio económico, moral o material del particular o del interés del Estado. La norma penal protege el bien jurídico tutelado entendido como el ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa.

La idea del acto arbitrario no puede ser interpretada extensivamente, sino restrictiva. El único sentido claro de la palabra está determinado por abuso de atribuciones no al uso. Ello en oposición a lo regulado, fijado o establecido como norma propia. Si el abuso es extralimitación de atribuciones formalizado; por tanto, constituye el contenido del acto arbitrario en la medida que recusa al derecho como legalidad. Acto arbitrario equivale a abuso de atribuciones. El funcionario público desde que asume el cargo tiene la obligación de hacer uso de sus atribuciones en un contexto pautado de reglas y observaciones contenidos en normas generales o específicas (justas o injustas); no puede abusar de dichas atribuciones porque cae en la arbitrariedad; su negación. El acto arbitrario es antijurídico y carece de legitimidad.

Donde hay abuso de atribución hay acto arbitrario; sea ordenando o ejecutando. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución (el perjuicio es implícita al abuso) que se constituye como un medio-fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente. El constructo híbrido de esta figura penal admite dos tipos de configuración; de mera actividad en relación al verbo rector "ordenar" y de resultado con relación al verbo "ejecutar". En ambos casos se lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

El acto arbitrario no puede ser un concepto tan abierto y maleable que, puede decirse, no hay nada que no pueda ser introducido en ella y pueda después ser extraído en forma de argumento. Se tiene que limitar sus alcances. Por naturaleza constitutiva el funcionario público correcto usa y no abusa de sus atribuciones, tampoco de su poder material del que goza. No obstante, un poder sin control abriga la posibilidad real del abuso; de allí la necesidad de limitar y controlar el poder sancionando todo abuso determinado.

La locución "acto arbitrario" que utiliza el legislador peruano en el nuevo constructo del art. 376 del Código penal vigente constituye un elemento material; no psíquico. De connotación determinada y más específica. Por ejemplo, constituye acto arbitrario el disolver una manifestación, que cuenta con autorización sin razones atendibles o justificantes; decretar la incomu-

nicación de un detenido sin las formalidades de ley, detener a una persona como consecuencia de una investigación policial sin una orden debidamente motivada por Juez Penal competente, mantener detenida a una persona, por más de 24 horas sin poner a disposición del Juez, etc.

En suma, la ley establece los parámetros dentro de los cuales deben realizar los actos de función y el ejercicio de sus atribuciones; excederse de sus límites constituye un acto arbitrario.

He aquí como la Jurisprudencia nacional ha tratado el injusto penal en comentario: *“Es requisito fundamental para que se configure el delito instruido que el funcionario imputado realice un acto arbitrario en perjuicio o daño de otra persona en forma dolosa”*. Exp. N° 71-87, 8° T.C.L., 1987, en JPL II, 121.

“Al haberse privado arbitrariamente de su libertad por más de 24 horas al agraviado, sin haber puesto oportunamente a disposición de la Fiscalía de Turno conforme a ley; se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado”. Sala Penal. R.N. N° 3425-96 Lambayeque, en Jur-PeGaceta, I, 632.

“Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencia disciplinarias”. Sala Penal. R.N. N° 5541-97 Piura-Tumbes, en JurPeGaceta, I, 642.

“Al haber sido detenido el agraviado en la unidad policial, luego de dar su declaración por la presunta comisión de faltas para ver si tenía pendiente requisitoria por delito contra el patrimonio, habiéndose realizado esto por la sola imputación de la agraviada y no de autoridad judicial competente, se concluye que el agraviado se le detuvo irregularmente”. Exp. 7963-120-97 Lima, en JurPeGaceta, III, 508⁽³⁰⁾.

1. Es un hecho cometido por funcionario público.
2. Se explica como abuso de atribuciones.
3. Carece de juridicidad como consecuencia de la desmaterialización de la normas.

⁽³⁰⁾ Todas estas jurisprudencias fueron tomados del libro de Felipe Villavicencio Terreros, *Código Penal Comentado*, Editora Jurídica Grijley, 1ra. Reimpresión, 2002, Lima.

8. Del bien jurídico tutelado

Para los fines de nuestro comentario toda discusión doctrinaria sobre el concepto de bien jurídico o sobre si el Derecho penal cumple una función tutelar o una función de vigencia de la norma (como sostienen los fundamentalistas Jakobsianos) optamos remitirnos a nuestra realidad normativa. El artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal precisa como garantía de ejecución de la pena la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados; **no de normas**. En tal sentido, el Derecho penal cumple una función protectora de bienes jurídicos.

"Que, para la configuración de un delito se requiere, necesariamente, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, siendo éste, en consecuencia, requisito sine qua non, para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imposición de una pena sin delito". (Ejecutoria Suprema del 30.06.97 Exp. N° 1780-96).

"El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo". (Ejecutoria Suprema del 20.04.99. Exp. N° 668.99. Lima. Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". p. 30. Gaceta Jurídica.

En este sentido la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los casos siguientes: *"Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico-penal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito". (Resolución Superior 2da Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 547-95. Caro Coria p. 96)*

"En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo". (Ejecutoria Suprema 05/08/99. Exp. N° 2529-99 Huánuco. Caro. Pág.97)⁽³¹⁾.

"Con la tipicidad de un hecho reputado delictivo se afirma el principio de legalidad y la función protectora del Derecho Penal. Ello se explica así,

⁽³¹⁾ Ambas jurisprudencia tomadas del Libro: *Código Penal Comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1ª Ed., 2004, pp. 149-150.

por cuanto solo cuando se haya verificado- luego del análisis de tipicidad- que en el hecho imputado concurren todos los elementos exigidos en el tipo penal será admisible considerar la posibilidad del ejercicio punitivo de Estado y la realización del efecto tutelador de bienes jurídicos. Se trata aún de una posibilidad de punición, por cuanto al afirmación de la tipicidad es únicamente uno de los planos del delito que tendrá que se complementado con la ulterior evaluación de la antijuricidad del comportamiento, que igualmente se afirmará cuando el sujeto activo no haya tenido a su favor ninguna justificación legal para obrar lesionando bienes jurídicos de otra persona. Es entonces que se habrá generado el ilícito penal, que aumentará el respectivo juicio de culpabilidad o inculpabilidad por el acto". (Ejecutoria Suprema 22/07/98. Exp. N° 1749-98 Huánuco).

El objeto de la tutela penal es el normal funcionamiento de la administración pública expresada en el correcto y moderado ejercicio de las atribuciones concedidas por ley se materialicen adecuada a derecho.

Algunos autores nacionales como Fidel Rojas sostienen que "... el bien jurídico específico de la norma penal de abuso de autoridad tiene como objeto asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándolas con exclusividad en la obediencia a la ley, al derecho y el ordenamiento jurídico⁽³²⁾". Para Manuel Frisancho Aparicio es el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública para luego agrega: "...en el caso particular del abuso de autoridad por acto arbitrario, el bien jurídico se ve afectado en la dimensión que atañe a la legalidad del acto oficial. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autorización ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares"⁽³³⁾. La expresión utilizada por el legislador en la configuración del tipo: "...en perjuicio de alguien..." denota la amplitud del vocablo que bien puede comprender a una persona natural o jurídica tanto particular como estatal.

En suma se trata de asegurar el correcto ejercicio de sus atribuciones y que la legalidad del acto funcional de todo funcionario público.

9. Del sujeto activo

El constructo del tipo penal indica que sólo puede ser sujeto activo el funcionario público. No comprende al servidor público; tampoco al particular. Sin embargo pueden ser comprendidos en el tipo en otras formas de participación (cómplice primario o secundario, instigador).

⁽³²⁾ Ob. Cit. p. 132.

⁽³³⁾ Ob. Cit. pp. 3207-3208.

El Código Penal peruano a diferencia del Código Penal español⁽³⁴⁾ no ha diferenciado entre autoridad y funcionario público, sin embargo tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia equipara ambos conceptos en un mismo contenido funcional. Dícese lo propio de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción que en su artículo I (De las Definiciones) que sólo conceptúa al “funcionario público”, “servidor público” u “oficial gubernamental” como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos lo 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. Naturalmente esta generalidad tan amplia de la Convención no ha sido del todo considerado por nuestro legislador nacional.

Si bien es cierto que el Código penal peruano utiliza la frase “abuso de autoridad” para establecer supuestos prohibidos o exigidos comprendidos en los artículos 376 al 381 del Código penal y consideran como sujeto activo al funcionario público no resulta incongruente; por cuanto toda autoridad es un funcionario público que a decir de Fidel Rojas: “El Código está empleando el término autoridad en su acepción subjetiva funcional; es decir,

(34) Código penal español de 1995

Art. 24.

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 reputarán 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.

En lo que existe coincidencia tanto en la doctrina nacional como extranjera es en establecer que cualquiera que sea el concepto que se utilice de funcionario público o autoridad o servidor públicos éstas, a efectos penales, no tienen necesariamente por qué tener el mismo contenido que utiliza el derecho administrativo. La expresión a los efectos penales es indicativo de esta característica. Siempre el concepto de estas categorías a los efectos penales tendrán una mayor amplitud que la utilizada por el derecho administrativo.

Ahora bien, la distinción hecha por legislador español entre autoridad y funcionario público responden a su realidad normativa; sin embargo para nuestra legislación nacional hizo bien el legislador distinguir entre funcionario o servidor público y no hacer lo propio entre funcionario o autoridad y utilizar ambas categorías como sinónimos sin dificultad alguna. Es verdad que teóricamente pueda hallarse algunas distinciones pero no lo suficiente para utilizar en derecho penal como categorías sustancialmente distintas excluyentes. En el hecho práctico se ha hallado pocas dificultades.

como facultad de poder público y no en su acepción institucional orgánica; para esta última concepción hace uso de la frase funcionario público. Ello tiene enorme repercusiones por cuanto no es en exclusividad la autoridad, el sujeto activo del delito sino cualquier funcionario público que abuse de sus atribuciones: No es exigible que tenga jurisdicción y/o mando, si los tiene y abusa de su autoridad también será pasible de las sanciones establecidas al igual que el que sólo posee capacidad de decisión⁽³⁵⁾. Comentarios que de alguna manera compartimos, pero lo transcribimos por la elocuencia con que se expresa el autor.

Por nuestra parte sostenemos que la norma penal está referida tanto a la autoridad como al funcionario público, más no así al servidor público. Sin embargo, para algunos autores en nuestro medio sostienen que el legislador nacional no ha comprendido como sujeto activo a la autoridad⁽³⁶⁾. Ello es irrelevante para nuestra legislación nacional.

⁽³⁵⁾ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª Ed., Edit. Grijley, 2002, p. 118.

⁽³⁶⁾ ABANTO VASQUEZ; Manuel A., *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Palestra Editores, 2001, p. 182.

Para este autor nacional el legislador en el tipo no se ha referido a la autoridad, por cuanto de acuerdo al tenor literal de la norma se refiere al funcionario público, asimismo por cuanto el tipo no hace distinción y por tanto el sujeto activo será cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 de Código penal. También porque el tipo prevé dos modalidades delictivas expresadas en los verbos rectores: "cometer" y "ordenar"; etc. No entendemos tal razonamiento que parece ser bastante contradictorio. El hecho que el legislador no haya distinguido entre autoridad y funcionario público no implica que no pueda ser comprendido como sujeto activo a la autoridad por cuanto ambos agentes tienen facultades de poder público o funcional y como tal pueden hacer uso abusivo de sus atribuciones; sobre todo ordenado un acto arbitrario en perjuicio de un tercero que puede ser un particular o el propio estado. Las dificultades que surgen de los supuestos contenidos en los verbos rectores mencionados han sido ampliamente desarrollados como injustos independientes contemplado en la norma penal en comentario.

Si el tipo no hace distinciones y por tanto sujeto activo puede ser cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 del Código penal llegamos al mismo punto donde se parte. Sólo puede ser sujeto activo el funcionario público o autoridad. Diferenciar ambos conceptos es distinguir haya donde la norma penal no hace distinción. Ahora bien, es posible distinguir o precisara que este hecho punible no puede ser cometido necesariamente por cualquier funcionario público; sobre todo tratándose del que ejecuta, sino por aquel que tiene facultades de ordenar y de que sus órdenes sean cumplidas.

Partimos del hecho concreto que todo funcionario público tiene atribuciones de mando, pero no todos tienen las mismas facultades de poder público en cuanto a mando en todos los niveles. Por ejemplo, un Ministro de Estado tiene poder, autoridad o mando; también el Viceministro, el Presidente de un Organismo Público Descentralizado (OPD) dependiente de un ministerio X, etc. Todos son funcionarios públicos con atribuciones formalmente establecidas normativamente de manera que su actividad es funcional; de

Naturalmente sólo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario público con atribuciones formalmente establecida normativamente de manera que su actividad es funcional.

"El sujeto activo debe actuar como funcionario dentro de sus atribuciones que tiene. Si se tratara de actos fuera del ejercicio de sus funciones (como privado o saliéndose del marco de las propias funciones), el funcionario no comete abuso de autoridad penal. Si el funcionario ejerciere funciones que no le competen, estaremos ante el supuesto de usurpación de funciones públicas en su tercera alternativa"⁽³⁷⁾.

Para Fernando Ángeles Gonzáles el sujeto activo "es el funcionario que afecta la diligencia con que deben realizarse los actos administrativos. El agente incumple con los deberes administrativos del cargo"⁽³⁸⁾.

En estas condiciones no puede ser sujeto activo, por ejemplo, la secretaria, el chofer, etc. En el mismo sentido opina Fidel Vargas Rojas quien sostiene que el sujeto activo "lo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público. Aquellos que cumplen órdenes de éste, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por el funcionario, responderán en calidad de cómplice o, según el caso, actuarán como instrumentos en el contexto de la autoría mediata"⁽³⁹⁾.

El tipo penal admite la coautoría en el caso de los órganos colegiados (Sala Penal, Sesión de Consejo, Consejo de Ministros, etc.) salvo que el miembro deje expresa constancia de su oposición. Es posible que el órgano colegiado ordene un acto arbitrario en perjuicio de alguien.

"Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente, de modo que si uno de ellos hu-

manera que el ejercicio de sus atribuciones legalmente determinadas pueden ordenar en los niveles que les correspondan. Es decir, un ministro ordena al viceministro y éste a otro funcionario público de menor nivel, en esta cadena es posible que un funcionario ordene abusando de sus atribuciones un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero y otro funcionario público de menor nivel con facultades también de ordenar lo ejecute. Todos están obligados a hacer uso de sus atribuciones pero no abusar de ellas. Esa atribución cuando está referidas a una facultad de ordenar sin duda alguna significa que tiene poder y autoridad para ello; de manera que todos tiene poder de autoridad en el nivel que les corresponda; tratándose de funcionario público o autoridad.

(37) ABANTO VASQUEZ, Manuel A., Ob. Cit. p. 183.

(38) ÁNGELES GONZALES, Fernando y Otro: Ob. Cit. p. 3209.

(39) ROJAS VARGAS, Fidel: Ob. Cit. p. 132.

biera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) toma parte en la fase de la ejecución; cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría". (Ejecutoria Suprema del 11.03.98 Exp. 6017-97. Lima).

"Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional" (Ejecutoria Suprema 09/10/97. (Exp. 4484-97. Cañete. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez Años de Jurisprudencia Sistematizada" pp. 101-102).

"La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos". (Expediente 22874-94-B. 05/10/95. Lima, Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". p. 169).

10. Del sujeto pasivo

El sujeto pasivo preponderante es el Estado; y en actos concretos en que el acto arbitrario también afecta a un particular, éste se constituye en un sujeto pasivo secundario y no esencial.

Modernamente, se discute en doctrina la conveniencia o no de considerar al particular como sujeto activo primario del tipo o de aquellos otros que consideran que sólo puede ser sujeto activo en el tipo el Estado. La posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto activo a la administración pública en sentido amplio.

Otros consideran que debe extenderse la titularidad del sujeto activo también a los particulares agraviados directamente, sean estos de manera individual o colectiva. Es preciso considerar que tanto el Estado como el particular son agraviados; por tanto, debe considerarse como sujeto activo primario al Estado y como sujeto activo secundario al particular de manera individual o colectivo; según sea el caso específico concreto. No debe aceptarse la exclusión del particular como parte civil en los procesos que se le siguen a los funcionarios públicos que cometieron el hecho punible: abuso

de autoridad. Ello pese a que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública como tal.

La Jurisprudencia nacional casi unánimemente en este sentido, ha dejado establecido que: *"Que, en los delitos previstos en el Título decimoctavo del Código Penal el Estado siempre es agraviado, pues son cometidos contra la Administración Pública; que el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; y, no habiéndose acreditado la arbitrariedad del acto y del perjuicio procede la absolución"*

(Ejecutoria Suprema del 14/11/96. Exp. 3436-96. Carmen Rojasi, Ejecutorias Supremas, p. 234).

"En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado". (Ejecutoria Suprema del 31.01.97. Normas Legales, Ejecutorias, Pág.119).

Dos cuestiones fundamentales quedan resuelta en esta ejecutoria suprema: que solo puede ser sujeto pasivo de este hecho punible el Estado y no el particular; asimismo, que es un delito de resultado que para se configure el hecho punible se requiere de un resultado (perjuicio de alguien) si no hay perjuicio no se configura el tipo aun cuando el agente haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado. No admitiéndose la tentativa.

"En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no un particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado"

(Ejecutoria Suprema del 31/1/97. Normas Legales Ejecutorias, p. 119)

"Los errores en que incurrn las autoridades judiciales al practicar diligencia en una instrucción , al margen de actuación dolosa no comprobada, no constituyen delito de abuso de autoridad sino faltas disciplinario; y el Estado en estos casos no resulta agraviado del delito de abuso de autoridad que sólo puede cometerse en daño a de un particular. Procede dictarse sentencia absolutoria". (Ejecutoria Suprema del 11.03.1981, Anales Judiciales, Tomo LXXI-1979 a 1981- p. 517).

11. Del supuesto agravado por las circunstancias especiales

El legislador nacional agregó al tipo básico descrito en el artículo 376 del Código penal una figura agravada por las circunstancias especiales que se da cuando los hechos (el agente ordena o ejecuta en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera) deriven de un procedimiento de cobranza coac-

tiva, estableciendo una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años. Ello en virtud de la 7° Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10.01-2004. Por ejemplo, el caso del Ejecutor Coactivo que ordena cobrar coactivamente tasas y/o contribuciones no contempladas en la ley.

Por ley N° 28165 se establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que ejercen los órganos de gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. Si el agente ordena o ejecuta un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero; es decir, fuera del marco legal de los actos de ejecución coactiva no garantizando al obligado el desarrollo de un debido proceso u ordenado una medida cautelar sin sustentarse mediante el correspondiente acto administrativo y constar en resolución motiva; o ejecutar una medida cautelar previa trabada antes del inicio del procedimiento sin la formalidad, etc. son algunos de los supuestos que bien pueden ser consideradas actos arbitrarios.

El ejecutor coactivo es el titular del procedimiento y ejerce, a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la obligación. Su cargo es indelegable.

De manera que para el tipo agravado sólo puede ser sujeto activo el ejecutor coactivo excluyéndose de alguna manera a todo otro funcionario por más elevado que sea su cargo.

Esta formas de crear supuesto agravados o formas no agravadas de supuestos considerados por leyes especiales como delito de abuso de autoridad no es lo más recomendable técnicamente dado el carácter detallista (en ocasiones), excesivamente genérico o extensivo a particulares que desnaturalizan el injusto penal.

He aquí algunos ejemplos palmarios: El artículo 13° del Decreto Ley N° 25988 (Ley de Racionalización del Sistema Tributario), Artículo 10 del Decreto Legislativo N°705 (Ley de Micro y Pequeña Empresa), Artículo 140 de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero), incluso por Decreto Supremo como el N° 94-92/PCM (de cuestionada constitucionalidad por crear tipo penales con norma de menor jerarquía)⁽⁴⁰⁾, etc.

⁽⁴⁰⁾ Decreto Ley N° 25988 (Ley de Racionalización del Sistema Tributario).

Art. 13°.-" Los funcionarios públicos que dispongan el cobro por cualquier concepto que no esté expresamente previsto en el presente Decreto-Ley o incumplan lo prescrito, en los artículos 11° y 12°, estarán sujetos a la responsabilidad administrativa conforme

12. De la pena

A diferencias de otras legislaciones como las de los países de la Unión Europea que sanciona estos hechos punible con pena más o menos severas; en nuestra legislación curiosamente las penas contempladas para este injusto penal en caso de los supuestos contemplados en el tipo básico el legislador nacional ha establecido una pena privativa de la libertad no mayor de tres años. Para el tipo agravado; es decir, cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva la pena es no menor de dos ni mayor de cuatro.

a lo previsto en el inciso h) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 276, y penal según lo prescrito en el artículo 376 del Código Penal, referido al delito de abuso de autoridad, estando obligados las entidades correspondientes a devolver el monto de los indebidamente cobrado.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior alcanza a los Directores y Gerentes de las empresas privada que presente servicios públicos de cualquier naturaleza, así como a los funcionarios administrativos de mayor nivel de las Universidades Públicas y Privadas" (SIC).

Nótese como este decreto ley hace extensiva estos supuestos y asimila a la condición de funcionario público y por tanto sujeto activo del delito de abuso de autoridad innominado descrito en el artículo 376 del Código penal a los directores y gerentes de las empresas privadas. Asimismo, el primer supuesto más parece propio del artículo 383 del Código Penal (Exacción ilegal) y no del artículo 376 (abuso de autoridad innominativo) del mismo cuerpo normativo.

Increíblemente, también se crearon nuevos supuestos por Decreto Supremo N°94-92/PCM al establecer lo siguiente:

Art.38°.- "El funcionario titular de la Oficina de administración de la entidad correspondiente que determine para su inclusión en el TUPA un cobro por concepto de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos que no se ajuste a lo establecido en el artículo 31° del presente Reglamento, incurrirá en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376° del Código Penal". Esta forma de crear nuevos supuestos que configuran un delito de abuso de autoridad por Decreto Supremo nos relevan de mayores comentarios.

Decreto Legislativo N° 705

Art.10°.- "No serán exigibles a las Microempresas y Pequeñas Empresas que se acojan a lo dispuesto en el a los dispuesto en el presente Decreto Legislativo, por parte de autoridad alguna del Gobierno Central, Instituciones Públicas, Gobiernos Regionales o Locales, otras licencias, registros o permisos de operación diferente al Registro Unificado creado por Decreto Supremo N° 118-90-PCM y a la Licencia Municipal de Funcionamiento normada según el presente Decreto Legislativo. El funcionario público que exija la presentación de otras licencias, registros, autorizaciones o permisos de operación a Microempresas y Pequeñas Empresas incurre en abuso de autoridad". En este caso el legislador no ha precisado el tipo específico.

II. ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONAMIENTO ILEGAL PARA LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS EN GENERAL

Art. 376-A.-“El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los inciso 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”⁽⁴¹⁾.

1. De algunas generalidades propias del injusto

Esta nueva modalidad de abuso de autoridad reformado y reubicado por el art. 2° de la ley N° 28355 no tiene antecedentes en nuestra legislación nacional tampoco en la legislación comparada. No lo contempló el viejo Código Penal peruano de 1863, tampoco el Código penal derogado de 1924. Esta ausencia de tipicidad se hace extensivo a todos los proyectos de Códigos penales que antecedieron al nuevo Código Penal peruano de 1991, aún vigente.

Quizás el único referente tomado en consideración por el legislador nacional lo constituya como bien refiere Rojas Vargas el artículo 432-14 del Código Penal francés de 1993⁽⁴²⁾. No obstante, constituye un hecho punible discutible en cuanto a su naturaleza jurídica, sistematización, técnica legislativa y ubicación del tipo en nuestro ordenamiento penal. Puede conside-

⁽⁴¹⁾ (Texto del artículo 394°-A del Código Penal, reformado y reubicado por el art. 2 de la Ley N° 28355 del 06-10-2004. Anteriormente ese artículo fue adicionado por el art. 1° de la Ley N° 27722 del 14.05.2002).

⁽⁴²⁾ Ob. Cit. p. 491. Sin embargo la técnica legislativa empleada por el legislador nacional en la configuración del tipo primigeniamente en el artículo 394-A como Cohecho Pasivo con finalidad política y/o electoral dista mucho del artículo 432-14 del Código penal francés de 1993 que literalmente expresa: “ Será castigado con la pena de dos años de prisión y 200.000 F de multa el que, siendo depositario de la autoridad pública, estando encargado de una misión de servicio público, ostentando un mandato electivo público o ejerciendo las funciones de representante, administrador o agente del Estado, de las entidades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargada de una misión de servicio público y de las sociedades locales de economía mixta, o cualquier persona que actúe en beneficio de una de las anteriores citadas, proporcione o trate de proporcionar a otro un beneficio injustificado mediante un acto contrario a las disposiciones legislativas o reglamentarias que pretenden garantizar la libertad de acceso y la igualdad de los candidatos en los mercados públicos y en las delegaciones de servicios público”.

rarse un delito de acción finalista, en tanto, la norma penal emplea el verbo rector “condicionar” o “prestación” sujeta a una finalidad de obtención de ventaja política y/o electoral por parte del agente. Lo cual implica para su configuración que el dolo directo del agente se oriente a dicha finalidad; desde luego que si el condicionamiento es crematístico no estaríamos ante esta figura penal sino de cohecho.

Esta novedosa figura penal irregular primigeniamente fue adicionado por el art. 1° de la ley N° 27722 publicada en el Diario Oficial El Peruano del 14.05.2002 en el artículo 394-A como cohecho pasivo con finalidad política y/o electoral para luego ser reubicada por el art. 2° de la ley N° 28355 entre los delitos de abuso de autoridad y específicamente en el artículo 376-A como una nueva modalidad de abuso de autoridad nominativo.

No del todo es exacto hablar de una modalidad de abuso de autoridad en la medida que el funcionario o servidor público sólo se vale de su condición especial (funcionario o servidor público)⁽⁴³⁾ no por razón de su cargo para condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros⁽⁴⁴⁾. En todo caso, es más exacto ubicarlo y sistematizarlo en el Título XVII-Delitos contra la Voluntad Popular, como una forma de corrupción del elector; al orientar la acción dolosa del agente a ventajas de cualquier naturaleza política o electoral.

Usualmente estas conductas reprochables no tienen la connotación de ser permanente o recurrentes; suelen cometerse faltando poco tiempo para las elecciones políticas o durante el desarrollo de ellas; de manera que existe un relación de continuidad a consecuencia de la convocatoria a elecciones políticas en la que el agente valiéndose de su condición de funcionario o

⁽⁴³⁾ La Expresión: “*El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público,...*” es indicativa que basta la condición de funcionario o servidor pública, no importando para la configuración del tipo la razón del cargo. Es importante destacar esta condición por cuanto permite una interpretación extensiva del tipo penal para una mejor protección del bien jurídico tutelado por la norma penal. Es decir, basta el condición de funcionario o servidor público para ser considerado sujeto activo de este injusto penal.

⁽⁴⁴⁾ El agente del hecho punible no necesariamente puede hacer abuso de sus atribuciones por razón del cargo por cuanto puede, simplemente, se le delegó la tarea de distribuir dichos bienes con la finalidad antes indicada. Desde luego que el agente que ordena dicha distribución en estas condiciones puede no tener la atribución de ordenar distribución de bienes o servicios. Es el caso del Presidente de la República, del Ministerio de Estado o de Congresistas; sin embargo bien pueden estos ordenar en estas condiciones por tanto, solo se valen de su condición de funcionario del más alto nivel.

servidor público condiciona expresa o tácitamente la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social como una forma de sacar ventaja política frente a otras personas particulares potenciales candidatos para movilizar a beneficiarios de estos programas a mítines, marchas, proselitismo político, inducir el voto favorables a sus partidos o a ellos mismos en el caso que no requieran renunciar al cargo para postular, etc. Bien puede considerarse como un delito estacionario; es decir, propia de elecciones generales o específicas.

En determinado momento, incluso, este injusto penal puede hallarse en concurso aparente de leyes con el artículo 356° del Código penal (corrupción del elector)⁽⁴⁵⁾.

Sin duda alguna los supuestos contemplados en la norma penal descrito están estrechamente vinculados de manera sustancial con los actos ejecutivos tanto de los programas públicos de apoyo o desarrollo social, del cual se vale el agente para condicionar su entrega con el deliberado propósito de obtener ventajas antes indicada a favor propio o de terceros; sean éstas personas naturales o jurídicas. Por tanto, es un delito de acción dolosa finalista condicionante a una exigencia determinada; el agente utiliza el medio de la distribución como una forma de buscar que someter o presionar sibilinamente o directamente la voluntad de los beneficiarios de estos programas para fines electorales o políticos.

Todo funcionario de acuerdo con el artículo 39⁽⁴⁶⁾ de la Constitución Política del Estado está al servicio de la nación. Es decir servir a los objetivos de la nación que orienta la actividad del Estado en orden a la atención de los intereses del país y de la población en general, de manera que no está al servicio de sí mismo o de sus intereses de grupos políticos y/o económicos.

En tal sentido y dentro de los objetivos de la actividad del Estado se hallan los programas públicos de apoyo o desarrollo social; como por ejemplo,

⁽⁴⁵⁾ Código penal

Art.356.- " El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

⁽⁴⁶⁾ Constitución Política del Estado

Art. 39.- "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley".

el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria –PRONAA con la finalidad de contribuir a la elevación de los niveles alimentarios u nutricionales de la población en los sectores focalizados de pobreza o el caso del Programa: Techo Propio, entre otros.

Dícese lo propio de la Oficina Nacional de Cooperación Popular-COO-POP, que se creó el 04 de noviembre de 1980 por Decreto Legislativo N° 001 con la misión de dotar de infraestructura a los pueblos del Perú, el mismo que fue integrado por Decreto Legislativo N° 893 del 08 de noviembre de 1996 al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES. En este marco, Cooperación Popular, impulsa las iniciativas de generación de oportunidades realizadas por la población en situación de pobreza extrema, con la finalidad reforzar sus habilidades y capacidades contribuyendo a su desarrollo integral. También es el caso del Programa Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social-FONCODES; entre otros programas y muy en particular aquella creada por el denominado: Descentralización de la inversión pública a través de los núcleos ejecutores.

En todos estos programas de apoyo o desarrollo social el agente (funcionario o servidor público) donde los beneficiarios se hallan en una situación de pobreza o extrema pobreza o dicho de otra manera que son los sectores denominados poblaciones de riesgos, se orientan las acciones del Estado en prevención, atención y apoyo a las población en riesgo. En este contexto, resulta particularmente reprochable valerse de las necesidades apremiantes de la población para condicionar con fines electorales y/o político la prestación de bienes o la prestación de servicios. En ella radica el mayor reproche que se hace a dichos sujetos activos (valerse de las necesidades imperiosas de esta población para sacar ventajas indebidas).

Estas prácticas usuales sobretodo en el ámbito regional donde operan los Programas Nacionales: Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social-FONCODES, Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar-INABIF y el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria-PRONAA, quienes vienen realizando las actividades operativos de los programas sociales mientras éstos no sean transferidos a los Gobiernos Locales. Dícese también del Programa del Vaso de Leche, de los Comedores Populares, Programa Canje de Deuda Externa por Inversión, caso del Consorcio Italo-Peruano, Proyectos Especiales, etc.

En estos y otros programas el agente se vale de su condición de funcionario o servidor público para condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes con la finalidad de obtener ventajas política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros.

La forma como está redactado el tipo penal en cuestión parece indicar que es un hecho punible de mera actividad; es decir, que esta figura penal se configura en el momento en que el agente condiciona dicha entrega para la finalidad antes indicada. Siendo esto así, entonces, sólo puede ser sujeto activos del hecho punible todo aquel funcionario o servidor público que tiene en el momento de los hechos la capacidad de distribuir o disponer de los bienes o servicios o dicho de otra manera, todo aquel que tiene la potestad de administrar y ordenar su distribución (relación funcional) y del agente que distribuye por razón de su cargo, por delegación u por orden de los que manejan estos programas.

2. Del verbo rector y los supuestos típicos del injusto

El verbo rector en el tipo se encuentra expresado en el vocablo “condicionar” que equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácitas o expresamente en la ley o el reglamento que regulan estos programas públicos de apoyo o desarrollo social. Focalizados o que se expresan básicamente en la distribución de bienes o la prestación de servicios a cargo de determinados funcionario o servidores públicos. Pues, no todo funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este hecho punible sino sólo aquél que tiene la potestad de administrar y ordenar su distribución (relación funcional) y del agente que distribuye por razón de su cargo, por delegación o por orden de los que manejan estos programas. Todos los antes indicados, funcionarios o servidor públicos, civiles o militares, bien pueden valerse de su condición especial (funcionario o servidores públicos) encargados de administrar, ordenar y distribuir los bienes o la prestación de servicios para imponer exigencia o peticiones por iniciativa propia o con el concurso de otros agentes o a sabiendas que la orden de distribución es ilegal contribuye a la realización del hecho punible.

Naturalmente, esta responsabilidad puede alcanzar a los más altos funcionarios de la Nación como el Presidente de la República, Ministros de Estado, etc. quienes por imperio de la ley tienen la disponibilidad jurídica de disponer de estos programas públicos de apoyo o desarrollo social. En tal sentido el tipo admite la coautoría, la instigación y la complicidad

Todo este funcionario o servidor público están obligados a cumplir con sus obligaciones de distribuir los bienes o servicios contextualizados en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social sin exigencia

o condicionamiento para obtener ventaja política y/o electoral a favor suyo o de terceros⁽⁴⁷⁾.

Ahora bien, la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social puede entenderse; en el primer caso, como la fase que comprende desde el traslado hasta la entrega efectiva de los bienes y en segundo caso, tratándose de la prestación de servicios también; lo cual permite indicar que la acción dolosa puede darse en cualquiera de estos niveles del proceso de distribución tanto de bienes como servicios; es decir, antes y durante este proceso.

Ahora bien debe entenderse por bienes en sentido más amplio de la expresión que bien puede comprender a todas las cosas corporales o no y que pueden constituir objeto de una relación jurídico, de un derecho, de una obligación, o de una y otra a la vez. Ésta pueden ser bienes muebles o inmuebles, alimentos, materiales de construcción, semillas, etc. En este caso no importa el importe o el valor de las mismas (de poco valor, superior o extremadamente superior) lo cual resulta irrelevante en la configuración del tipo; lo relevante es la condicionalidad para su distribución con el objeto de obtener ventajas políticas y/o electorales. Dícese lo propio de los servicios la misma que puede ser de gran valor o escaso, de buena o mala calidad, lo

⁽⁴⁷⁾ De allí que se pueda entender de alguna manera porque el legislador primigeniamente haya considerado a este injusto penal como una modalidad de Cohecho Pasivo con finalidad Política y/o Electoral tipificado en el artículo 394-A del Código penal. Primero, por que el verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo es el vocablo: "condicionar" equivale a imponer exigencias o peticiones no contempladas tácita o expresamente en la ley o el reglamento que regulan estos programas públicos de apoyo o desarrollo social. Es decir, condicionar, exigir e imponer son análogos o equivalentes de manera que el agente (funcionario o servidor público) al condicionar o exigir al público beneficiado también cualquier ventaja política y/o electoral, lo hace para realizar o practicar o un acto propio de sus funciones (que vendría ser la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social) que es más o menos semejante al primer supuesto descrito en el artículo 394 del Código Penal (Cohecho Pasivo Impropio): " El funcionario o servidor público que solicita, acepta donativo, promesa o **cualquier otra ventaja indebida** para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de" (Este artículo fue modificado por sustancialmente por el artículo 1° de la Ley N° 28355 del 06.10.2004). Nótese que en ambos tipo legales existen factores comunes: a. Condicionamiento o solicitud. b. Ambos agentes están obligados a cumplir con sus obligaciones previamente determinadas y c. en ambos pueden coincidir que se condicione o se solicite ventajas indebidas sin faltar a su obligación como también diferenciarse en el segundo caso con falta a su obligación etc. En el primer caso se trata de cualquier ventaja y en el segundo una ventaja política y/o electoral de cualquier tipo. En ambos casos se hace abuso de vale de su condición de funcionario o servidor público. Naturalmente que hay notables diferencias.

fundamental es que ese servicio llegue sin condicionamiento alguno en los términos antes indicados.

3. De la naturaleza jurídica del tipo

El hecho punible constituye un delito de mera actividad y de peligro, se configura en el momento en que el agente condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Situación que puede darse antes y durante el proceso de distribución o entrega.

Lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del agente o dicho de otra manera el propósito perseguido por el sujeto activo; que se traduce en lograr obtener ventaja política/o electoral de cualquier tipo a favor suyo o de terceros. Este tercero puede ser una persona natural o jurídica. Ahora bien si el condicionamiento específico obedece a otros propósitos; bien sea crematísticos o de cualquier otra naturaleza se configura otro tipo penal pero no el de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios. Esta conducta punible debe llevarse a cabo dentro del contexto de los programas públicos de apoyo o ayuda social.

Se trata de un delito especial de propósito o finalidad específica cometidos por funcionarios o servidores públicos. Dada la naturaleza jurídica del injusto el tipo exige en el agente el dolo directo. Lo que implica sostener que el agente además de conocer los elementos objetivos del tipo dirige su acción dolosa a la prosecución de la finalidad esperada de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo.

El hecho se consuma en el momento que el agente condiciona la distribución de los programas públicos de ayuda o apoyo social; de manera que en la configuración del tipo no se requiere que necesariamente el agente haya obtenido aquellas ventajas específicamente señalada por la norma penal. Basta el sólo condicionamiento sea aceptada o no por los beneficiarios. En estas condiciones es muy difícil admitir la posibilidad de la tentativa. Este condicionamiento puede ser tácito o expreso, de manera directa o indirecta, de manera individual o colectiva.

En suma para la configuración del tipo penal solo basta el condicionamiento de la distribución; desde luego, siempre que se haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. **Por tanto, es un delito de peligro y no de resultado.**

Cuando se hace referencia a delitos de peligro en relación al bien jurídico tutelado debe tomarse en consideración que los delitos de peligro se dividen en delito de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Para el primero se requiere expresamente de una efectiva situación de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal; en cambio, para el segundo, no se precisa que la acción del agente cree un peligro efectivo para el bien jurídico. El sustento para su penalización se halla en que suponen un peligro no determinado o presunto; dicho de otra manera no es preciso que la conducta del agente haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico y por tanto se sanciona una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en el agente.

“...en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano...⁽⁴⁸⁾”. ¿Hasta qué punto puede conciliarse el principio de lesividad que contempla el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal con los delitos de peligro abstracto?. La norma parece sugerir que excluye a los delitos de peligro abstracto; en todo caso si se trata de proteger bienes jurídicos a ello contribuye todo el sistema jurídico de un País. Ello es así porque el Derecho Penal es la última ratio entre todas las medidas protectoras; por tanto, se define su función como protección subsidiaria de bienes jurídicos.

Ahora bien, el Título Preliminar de nuestro ordenamiento penal sustenta un conjunto de principios garantistas, consagrandos entre ellos el de lesividad, por el que para la imposición de una pena, necesariamente, se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo.

La jurisprudencia nacional en este sentido ha confirmado reiteradas veces que esta norma rectora es una de las más importantes garantías del Derecho Penal liberal, pues asegura el cumplimiento del principio de legalidad

⁽⁴⁸⁾ MIR PUIG; Santiago: “Derecho Penal”. Parte General. 4ta. Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996. pp. 209-210.

y otras garantías fundamentales que consagran la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales que en materia de derechos humanos y otras fueron suscritas por el Perú. La consecuencia inmediata de tal principio se traduce que para que una conducta típica sea reprimida se exige que la acción dolosa del agente lesione o haya puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la ley.

4. La complicidad en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios

El delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios como hecho punible especial de función pública es de acción finalista y sólo puede ser sujeto activo en el tipo el funcionario o servidor público. Dichos agentes responderán a títulos de autores o coautores. No puede ser un particular bajo ningún punto de vista. Y esto lo es, tanto así, que el legislador peruano ha utilizado en la configuración del tipo la frase: "El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor públicos, condiciona...." personalizando de esa manera a quien debe considerarse como autor o coautor del hecho punible excluyendo, por tanto al particular; este último jamás podría valerse de esa condición especial. Lo cual no significa que los particulares no puedan tener algún tipo de participación en la consumación del hecho punible; en todo caso este último podrá ser considerado, según sea el caso concreto, cómplice del delito en comentario.

Siendo un delito denominado propio como tal exige una particularidad personal en el agente; es decir, debe tener la calidad de funcionario o servidor público y por tanto sólo puede cometerlo el que tiene como autor la calidad especial de funcionario o servidor público según sea el caso.

Ahora bien, la complicidad tiene la connotación esencial de ser subsidiaria con relación al autor o los coautores. Aquí el hecho punible está ligado fundamentalmente al autor, no al cómplice; de manera que el cómplice, de realizar el autor en su totalidad el tipo, sigue la suerte punitiva del segundo. Es decir, el desvalor de la complicidad procede del desvalor del hecho principal. Por ejemplo, el particular que con planillones electorales en mano del partido político del funcionario público que ha condicionado la entrega de la ayuda social, hace suscribir a dichos beneficiarios. Aquí el particular contribuye a la ejecución del hecho punible pero es el agente (funcionario o servidor público) quien ha condicionado dicha entrega para obtener esta ventaja electoral.

El cómplice sólo contribuye a la realización del hecho punible mediante actos que no caen dentro del tipo penal. La realización de un acto ejecutivo

perteneciente al tipo legal excluye la complicidad. Esta última sólo puede ser realizada por un funcionario o servidor público; el tercero particular no podría realizar un acto ejecutivo perteneciente al tipo: abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de ayuda social; por no tener dicha condición especial exigida.

El artículo 25 del Código Penal viene a reconocer que estos agentes no son "autores" y sus conductas no caen dentro de las exigencias del tipo principal, pero son sancionados con la misma pena que corresponde al autor, si de sus actos para la realización del hecho punible fueron determinantes.

"El cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado". (Ejecutoria Suprema del 02-10-97. Exp. N° 4354-97. Callao.

"La condición primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente que además está presente en la etapa de preparación del delito, constituyendo u aporte necesario al hecho". Ejecutoria Suprema del 19-08-99 Exp. N° 2441-99. Lima.

Todas estas conductas del cómplice que no caen dentro de las exigencias del tipo principal tienen en común el hecho de que aluden a actos de auxilio material o de asistencia para la realización del hecho punible; bien sea determinantes para la realización del hecho punible o de simple asistencia no determinante. En ambos supuestos estas no entran dentro de la esfera del delito.

Es posible, no sin expresar algunas dificultades que puedan presentarse establecer que de acuerdo a nuestro ordenamiento penal la complicidad pueda darse en el hecho punible abuso de autoridad por condicionamiento electoral y/o política. Una complicidad dolosa porque el tipo no admite una complicidad culposa. Consecuentemente el agente cooperante debe actuar con conciencia y voluntad.

"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores". (Ejecutoria Suprema del 06.05.99 Exp. 3446-98. Cañete. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año I. N° 01. p. 326 N° 164).

"Que, la condición de cómplice sólo la puede tener el sujeto que dolosamente haya presentado asistencia de cualquier modo para la realización del hecho punible, ya sea en la fase previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la ejecución del mismo, pero de ninguna manera puede

calificarse como cómplice al sujeto que haya intervenido después de la consumación del ilícito".

(Ejecutoria Suprema del 23.08.99. Exp. N° 2345-99. Lima.

Ahora bien, las dos formas de complicidad con relevancia penal que contempla el artículo 25 del Código penal, suponen el dolo de parte del cómplice quien actúa con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del accionar doloso que realiza el autor (funcionario o servidor público). De allí que en doctrina se sostenga la teoría del doble dolo del cómplice.

La racionalidad en la aplicación de las penas debe depender de la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho punible; es posible hacerla a través de un juicio valorativo no sólo con la naturaleza intrínseca del aporte, sino sobre todo, en relación con las circunstancias propia de cada caso en particular.

Esto es así porque el cómplice no ejecuta directa o indirectamente el hecho ilícito sólo coopera o ayuda a la consecución del delito. O dicho de otra manera, ayuda o coopera con el funcionario o servidor público que condiciona valiéndose de su condición de funcionario o servidor público la entrega de bienes o servicios para obtener ventaja política y/o electoral.

Naturalmente, nos parece bastante discutible sancionar al cómplice con la misma pena contemplada para el autor del hecho punible. Ello porque atentaría con el principio de la equidad punitiva, proporcionalidad de las penas y su racionalidad contemplada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código penal (principio de proporcionalidad de la pena). Es precisamente la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho punible la que constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del juzgador o de la actividad punitiva del Estado.

5. Sobre la cuestión de la coautoría en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal

Es posible que varios funcionarios o servidores públicos puedan cometer conjuntamente el hecho punible en comentario. Todos estos agente responderán a título de coautores por que estos sí ejecutan directamente el delito. Es decir, ***realizan actos que caen dentro del tipo penal descrito***. Pero, ¿es suficiente que los actos ejecutivos de los agentes caigan dentro del tipo penal en comentario para ser considerados como coautores del delito de abuso de autoridad por condicionamiento de entrega o distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos

de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros?

El artículo 23 del Código penal peruano prescribe: *“El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente será reprimidos con la pena establecida para esta infracción”*; de manera que, es posible que varios funcionarios o servidores público de manera concertada condicionen la distribución de bienes y servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros.

El legislador nacional ha diferenciado, dentro del artículo 23 del Código penal, al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o los que realiza mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase *“... y los que los cometan conjuntamente...”* está refiriéndose a los que toman parte directa en la ejecución de los actos propios del delito; es decir, a los coautores y no al autor, ya que éste no ***“toma parte de la ejecución”***, sino simplemente ***“efectúa el hecho punible”***. Ello es posible, en el delito acotado, tratándose de funcionarios o servidores públicos más no en el caso de un particular.

“Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) toma parte en la fase de la ejecución; cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría”. (Ejecutoria Suprema del 11.03.98 Exp. 6017-97. Lima).

“Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional” (Ejecutoria Suprema 09/10/97. (Exp. 4484-97. Cañete. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. “Código Penal. Diez Años de Jurisprudencia Sistematizada” pp. 101-102).

“La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de

imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos". (Expediente 22874-94-B. 05/10/95. Lima, Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". p. 169).

Es posible en este caso de delito especial de acción finalista que varios agentes (funcionarios o servidores públicos) puedan tomar parte en la ejecución de la acción típica en **una intención común de realizar el hecho punible**. La existencia de esta comunidad de intención o concertación es fundamental para establecer la coautoría.

Cuando el legislador emplea la frase en la descripción del artículo 23 del Código penal "... y los que los cometan conjuntamente..." está refiriéndose y exigiendo que se considere como coautores sólo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. Por ser un delito especial de función pública en el hecho punible. Con sus intervenciones, pues, los coautores no se limitan a ayudar o cooperar en la ejecución de la infracción, **sino que ellos mismos la ejecutan**. Si los actos de los coautores caen dentro del tipo legal.

6. Sobre la instigación en el injusto pena

Es posible admitir la instigación en este tipo de delito especial propio conforme al artículo 24 del Código penal; ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios o servidores públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, abuso de autoridad por condicionamiento para obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo.

Maurach, conceptúa: "Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete"⁽⁴⁹⁾. El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario o servidor público) cometer el hecho punible. Nuestra legislación a diferencia de otras no enumera los medios instigadores; de manera que éstas puedan ser diversas.

El instigador, que puede ser otro funcionario o servidor público o un particular, no realiza actos ejecutivos, ni toma parte, en la realización del hecho punible, se limita a ejercer una influencia sobre el agente principal, con el

⁽⁴⁹⁾ MAURACH, Reinhart: "Tratado de Derecho Penal". Ediciones Ariel. Barcelona Tomo II. 1962 Pág.368.

objeto de hacerle cometer el ilícito penal. De allí que se hable de una forma accesoria de participación por parte del agente.

Al instigador no puede calificarse como autor intelectual, ya que ello generaría mayor confusión. La instigación, en todo caso es, junto con la complicidad, una forma de participación (*estricto sensu*); es decir, dependiente de la existencia del autor. De allí su naturaleza de ser accesoria. Por ejemplo el Presidente de la República puede instigar a sus Ministros a que distribuyan los alimentos que forman parte de un programa público de asistencia alimentaria condicionando su entrega a que voten o firmen los planillones a favor de su partido asegurándoles que no les pasará nada. Instigación que bien puede estar motivada por razones de chantaje, de una posibilidad de encubrimiento en el caso que el Presidente incurra en el mismo u otro delito de función pública, etc.

Los medios de los cuales se puede valer el instigador son múltiples que pueden abarcar desde los ruegos, la persuasión, el ofrecimiento de recompensa, la sugestiva indicación de los provechosos que pueden derivarse de este delito hasta otras formas veladas de forzar al funcionario o servidor público a cometer el hecho punible. Entre estos casos puede considerarse la amenaza o abuso de autoridad; pero, en estos casos, debe tomarse en consideración que no sean medios de tal intensidad que transforme o conviertan al funcionario o servidor público en un autor inmediato. Es un caso distinto. Porque la diferencia entre el autor mediato y el instigador radica precisamente en que el autor mediato realiza el hecho punible a través de un tercero. El instigador, en cambio, no realiza ni participa del hecho punible.

Como lo establece de manera expresa nuestro ordenamiento penal, el instigador debe actuar dolosamente; es decir, determina al instigado con conciencia y voluntad de realizar el hecho punible. **La norma penal (art.24 C.P.) no admite una instigación culposa.** El dolo del instigador (funcionario o servidor público) ha de comprender tanto la actividad de generar en el instigado la voluntad de cometer la infracción penal especial, como la realización de ésta.

Naturalmente esta "persuasión" no debe anular la voluntad del instigado, sino esta se convierte en un instrumento carente de voluntad y por tanto, ante un caso de autoría mediata e inmediata. Ambos deben tener conciencia y voluntad de querer la realización del hecho punible. El primero persuadiendo y el otro ejecutando el hecho punible. De allí que se hable de un "doble dolo" del instigador.

La instigación presupone una propia acción cuyo resultado, por el que debe responder el instigador, es el acto principal cometido por el sujeto instigado que se ha dispuesto a la realización del hecho punible. Por tanto, el tipo del acto principal representa también el punto de partida de la pena que corresponde al instigador. Obviamente que el instigador no responderá por la parte excedente realizada por el autor principal.

La instigación es accesoria y depende de la acción del agente principal en la realización del hecho punible. Los actos de persuasión del instigador no caen dentro de las exigencias del tipo penal específico, son actos marginales al tipo. Siendo esto así, el instigador no debe, necesariamente, poseer las características que se exige al instigado para la comisión del delito en comentario, es irrelevante la condición especial o no del instigador. Es posible, por tanto, la instigación en un delito especial (abuso de autoridad por condicionamiento) por un "extraneus".

En la instigación, lo determinante es que instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar dolosamente en la realización del hecho punible. ***De allí que la instigación de acuerdo con el artículo 24 del Código penal tenga relevancia penal.*** El límite de la responsabilidad del instigador radica en el hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado. Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado, no hace variar la responsabilidad del primero.

El instigador será reprimido con la pena que corresponde al autor del hecho punible. De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado.

"Uno de los principio rectores de nuestro ordenamiento jurídico-penal es el de proporcionalidad de las penas que exige tomar en consideración al grado de participación delictiva del reo, ya sea en calidad de autor en sus diversas facetas, instigador, cómplice primario o cómplice secundario" (Ejecutoria Suprema del 25.09-01. Exp. 3234-2001. Lima. Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4. N° 13. p. 45 y 18).

7. Del bien jurídico tutelado

En términos generales se precisa que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el normal y correcto ejercicio de la función pública. El funcionario o servidor público está al servicio de la nación y no de los intereses personales o de grupos; de tal manera que específicamente se busca proteger que el servicio o la actividad del Estado se desenvuelva correctamente en beneficio de los sectores beneficiarios de los programas públicos de apo-

yo o desarrollo social sin condicionamiento para obtener ventajas de orden político o electoral.

8. Del sujeto activo

Por ser un delito cualificado por la calidad especial del agente del hecho punible; el sujeto activo sólo puede ser el funcionario o servidor público, pero no necesariamente por razón del cargo, sino por la relación funcional sea ésta delegada o no. Bien puede ser sujeto activo tanto el funcionario público, militar o civil, que tiene atribuciones de ordenar se reparta una ayuda social determinada como el funcionario o servidor público que cumple la orden a sabiendas de la ilegalidad del condicionamiento y en ese conocimiento ambos concurren a la materialización del hecho punible.

9. Sujeto pasivo

Definitivamente el sujeto pasivo preponderantemente es el Estado; pero también es el colectivo que debió o debe beneficiarse con los programas de desarrollo o ayuda social.

"En el delito de abuso de autoridad, el Estado es el sujeto pasivo y no un particular, como erróneamente se ha consignado en la resolución materia del grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado" (Ejecutoria Suprema del 31/1/97. Normas Legales Ejecutorias, p. 119)

No cabe duda que la posición reduccionista ha predominado en nuestra jurisprudencia al considerar como sujeto activo a la administración pública en sentido amplio y no al particular o el público colectivo a beneficiar con los programas públicos de apoyo o desarrollo social.

De manera que jurisprudencia nacional casi unánimemente en este sentido, ha dejado establecido que: *"Que, en los delitos previstos en el Título decimotercero del Código Penal el Estado siempre es agraviado, pues son cometidos contra la Administración Pública; que el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; y, no habiéndose acreditado la arbitrariedad del acto y del perjuicio procede la absolución"*.

(Ejecutoria Suprema del 14/11/96. Exp. 3436-96. Carmen Rojas, Ejecutorias Supremas, p. 234)

10. De la pena contemplada en la norma penal

La norma sanciona al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Art. 36°.-

- a. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
- b. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

11. Del injusto en la jurisprudencia nacional

No se conoce a la fecha ningún caso de este injusto penal puesta a consideración del Poder Judicial. Curiosamente si se introdujo esta nueva figura penal en nuestro ordenamiento penal fue precisamente porque estos hechos se daban con mucha frecuencia; hechos reprochables que quedaban en la más absoluta impunidad. Existen dos explicaciones posibles: La primera que al tener estas conductas un gran contenido de orden política y en circunstancias especiales las presiones son tales que las denuncias de esta naturaleza no prosperan; en segundo lugar, que la sanción contemplada en la norma penal es de tal "drasticidad" que ha persuadido a los probables infractores de la ley penal a no cometerlas. El primero es probable, el segundo indemostrable.

III. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN, REHUSAMIENTO Y RETARDO DE FUNCIÓN

Art. 377-*"El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa".*

1. Antecedentes legislativos del tipo

El artículo 377 del Código penal tiene como fuente al artículo 249 del Código Penal argentino y el artículo 182 del Código Penal de la República Oriental del Uruguay; asimismo del artículo 338 del Código Penal peruano de 1924, artículo 360 del Proyecto del Código Penal de 1986 y el artículo 370 del Proyecto de 1991.

El artículo 249 del Código Penal argentino sirvió como fuente para el legislador peruano, tuvo una clara influencia y muy notoria del viejo Código penal español de 1870 y del art. 182 del Código Penal del Uruguay. Pero la conducta omisiva configurada en el art. 249 del Código Penal Argentino está referida al cumplimiento genérico de funciones administrativas que la doctrina y la jurisprudencia de ese país desarrolló para diferenciarlas de la conducta omisiva prescrita en el art. 248 del C.P.A. (abuso de autoridad genérica) "...no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe"; que según Creus, "...la omisión prevista por el art. 248 se refiere a la de aquellos actos que son de autoridad por parte de los funcionarios dotados de tal competencia para realizarlos, en tanto que en el art. 249, quedan comprendidos las omisiones de los actos administrativos impuestas por las leyes".⁽⁵⁰⁾

Estas serias dificultades que encontraron los juristas argentinos para distinguir estas conductas omisivas, provienen según Soler "...de las distintas fuentes de ambas disposiciones, pues el proyecto de 1891 daba a estas cuestiones una ordenación distinta y en el art. 292 (el abuso genérico) solamente preveía la forma omisiva mientras que la omisión era prevista en el artículo siguiente en forma autónoma y con pena menor".⁽⁵¹⁾

Dificultades de interpretación que no hallamos en el artículo 377 del Código Penal peruano, porque el tipo sólo admite conductas omisivas de los actos de autoridad y de los actos administrativos propiamente dichos.

El Código Penal peruano de 1863 tipificó algunas conductas omisivas como abuso de autoridad dentro de otras de acciones dolosas prescrita en el artículo 168; por ejemplo en el inc. 4º, 5º, 6º, 8º y 13º de la norma acotada. También en el Título V en el rubro que denominó "Insubordinación de los Empleados Públicos e inexactitud en el Ejercicio de la Función", en los artículos 177 y 178 que evidentemente con las exigencias modernas de tipificación y su evolución legislativa han tenido nueva configuración.

Art. 177.- *"El empleado público, que en asuntos del servicio, desobedezca abiertamente las órdenes de sus superiores, sufrirá suspensión de tres a seis meses".*

Art. 178.- *"Incurrir con la misma pena del anterior:*

1. El Juez o Tribunal que se niega a administrar justicia.

⁽⁵⁰⁾ CREUS, Carlos: "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo II, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1990, p. 263.

⁽⁵¹⁾ SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", Tomo V, Ed. Tipografía Argentina, Buenos Aires, 1978, p. 141.

2. El empleado político que rehúsa proteger la administración de justicia, o hacer ejecutar las decisiones o providencias judiciales.
3. Los fiscales y agentes fiscales que no interponen su acción en los casos, en que la ley le impone este deber.
- 4.- Los escribanos, alguaciles y demás funcionarios, que debiendo intervenir de algún modo en la administración de justicia, se niega hacerlo en la parte que legalmente le corresponda".

Como se puede apreciar son conductas omisivas de incumplimiento de deberes del cargo por omisión o rehusamiento. Lo que el Código penal de 1863 buscaba con la configuración de los tipos descritos era la de proteger la regularidad de los servicios públicos.

Sin embargo, en su época el mejor comentarista del Código penal de 1863, el doctor Viterbo Arias, criticaba que estas conductas hayan sido tipificadas como delitos, por considerarlas faltas administrativas. "Traer al Código Penal hasta las faltas contra esa disciplina es desnaturalizar la noción del delito y delegar indebidamente en el Poder Judicial las atribuciones que corresponden a los otros".⁽⁶²⁾

El legislador peruano de 1924 consideró tipificar dentro del rubro genérico de abuso de autoridad, las conductas que se traducen en la omisión, el rehusar o retardar ilegalmente algún acto de su cargo, teniendo como fuente directa al art. 249 del C.P.A., guardando similitud en su redacción con el art. 338 del Código Penal peruano, pero agregando al tipo el verbo rector adicional "omitire".

El nuevo Código penal de 1991 configuró el tipo en el art. 337 cuya redacción es similar al art. 338 del Código Peruano de 1924 con la diferencia de que los verbos rectores: "omite", "rehúsa" y "retarda", empleado en el art. 337 denota conductas omisivas en tiempo presente y la del código derogado, es en futuro.⁽⁶³⁾ Asimismo el legislador, suprimió en el art. 397 del nuevo Código penal el vocablo "hacer" que utilizaba el art. 338 del Código peruano derogado.

Modernamente, en la legislación comparada son pocos los Códigos penales que tipifican como hecho ilícito estas conductas omisivas por considerarlas faltas administrativas, siendo la orientación predominante en la doctrina penal su despenalización.

⁽⁶²⁾ VITERBO, José: Ob. Cit., p. 397.-

⁽⁶³⁾ PORTOCARRERO, Juan: "Delitos Contra la Administración Pública". p. 110

2. Características y descripción del tipo

En el análisis de este injusto penal debe tomarse consideración que el tipo tenga la función de describir en forma objetiva la omisión de una acción exigida relacionada con algún acto funcional, sólo de esa manera esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio "nulla poena sine lege". Función de garantía del tipo que recoge el artículo 2º inciso 24º literal d) de la Carta Fundamental de la República⁽⁵⁴⁾. La norma penal ordena u exige que el agente haga lo que es propio a su cargo; es decir, que no incumpla sus deberes funcionales bien sea omitiendo, rehusando o retardando. Las dos primeras conductas son propiamente omisivas la segunda no. Requiere de una actividad (rehusar) que al ser, al ser corroborada por una inactividad, recién se configura el tipo porque viola el mandato de una acción exigida en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública. En este contexto se impone normativamente la exigencia de la realización de una determinada conducta relacionada con algún acto de su cargo de acuerdo con los principios de oportunidad y eficacia que el caso exige.

El agente (sólo funcionario público no el servidor) con su conducta en los dos supuestos ilegales (omitir y rehusar) quebranta la exigencia de una realización determinada por la norma penal; de esa manera, deja de hacer algo que por función le compete hacer, en el otro sencillamente dilata (retardar) difiere algún acto de su cargo pero sin desistir; de manera que dicha exigencia no se cumple en su oportunidad, por tal razón deviene en eficaz. De manera que el delito se consuma en el momento en que el agente debió realizarse la acción funcional exigida. Bien puede sostenerse que se concibe el delito de omisión de acuerdo con los criterios de la denominada teoría de la "acción funcional esperada".

⁽⁵⁴⁾ Constitución Política del Estado

Art. 2º Inciso 24

Literal d): " Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley".

No cabe duda que la interpretación judicial de la norma penal se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial. La función específica del juzgador es aplicar la ley pero está constantemente obligado a interpretar la norma que debe aplicar, buscando su sentido para el caso concreto que lo lleva muchas veces a flexibilizarla o interpretarla restrictivamente para ello debe preferir en materia de derechos humanos a los tratados y convenciones celebrados por el Estado en vigor y la Constitución.

“Como cualquier delito de Omisión”, sólo puede cometerlo el que este jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza.⁽⁵⁵⁾, de manera que los supuestos que contempla el tipo están referidos a los casos en que el agente tiene la obligación legalmente de cumplir con sus obligaciones funcionales en la forma y manera establecida por la ley.

Frecuentemente, el hecho de omitir una acción funcional exigida por el orden jurídico se relaciona con una situación socialmente dañina. Sin embargo, la punición del hecho punible de omisión no depende, salvo si se trata de un delito de peligro concreto, de la producción de un resultado. Basta la no realización ilegal de la acción funcional exigida por la norma penal para que se configure el tipo porque es un delito de peligro abstracto.

Ahora bien el tipo penal descrito en el artículo 377 del Código penal tiene las características que describen en forma objetiva los supuestos de una acción exigida que se traducen en ***ilegalmente, omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo***; sólo de esa manera, es posible sancionar punitivamente estas conductas omisivas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. Aquí debe tomarse en consideración el elemento contenido en su estructura normativa expresada en el vocablo: “ilegalmente”. Por ejemplo, el funcionario público que dilata innecesariamente emitir una resolución determinada pese a que circunstancia de tiempo, de personal, de carga procesal, etc. le permite resolver en el tiempo que señala de ley para que los efectos de dicha resolución sean oportunos y eficaces.

Recordemos que en materia penal todo lo exigido debe ser típico y tener un contenido de supuestos establecidos de manera expresa e inequívoca. De manera que todo lo que no está penalmente exigido está penalmente permitido su omisión.

Ahora bien, corresponde al juzgador evaluar en cada caso concretos estos actos funcionales exigidos que correspondan al cargo que desempeña, lo cual implica determinar la competencia, posibilidades reales del cumplimiento de los plazos establecidos por la ley, etc. tomando en consideración que se trata de una norma penal que se describe como un delito especial de función pública de conductas omisivas ilícitas cuyos contenidos o supuestos están expresados en los verbos rectores: “omitir”, “rehusar” y “retardar” relacionado a cualquier acto funcional vinculado al cargo que ostenta el agente; no fuera de ella. Así lo entendió la jurisprudencia que a continuación se detalla:

⁽⁵⁵⁾ CREUS, Carlos: “Derecho Penal”. Parte Especial Tomo 2 Ed. ASTREA p. 353.

“No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado, se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos.

(Sala Penal R.N. N° 4689-97. Junín, en Jur Per Gaceta. Tomo I p. 644).

Como bien refería el eminente tratadista argentino, Eusebio Gómez: “Los actos constitutivos de este delito, importan omisiones de deberes a cargo del funcionario público, cuando esa omisión es ilegal. La ley se refiere, en forma expresa a la ilegalidad”.⁽⁵⁶⁾ De manera que el contenido de un elemento normativo en la estructura del tipo, hace que estas conductas estén sujetas a una valorización jurídica por parte del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigibles.

La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción exigida como deber del funcionario del público; estas exigencias están referidas a los actos que le competen en razón al cargo que desempeña por imperio de la ley. La frase utilizada por el legislador en la configuración del tipo: “**El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo...**” es muy amplia porque están referidas a cualquier acto propio del cargo que desempeña el funcionario público.

Aquí el bien jurídico específico que protege la norma penal tiene como objetivo asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública como una forma de garantizar el normal y correcto desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública; de manera que la pena a aplicarse haya su fundamento en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley (Artículo IV del Título Preliminar del Código penal)⁽⁵⁷⁾.

La jurisprudencia nacional en este sentido es bastante ilustrativa: “*En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que deter-*

⁽⁵⁶⁾ GÓMEZ, Eusebio: “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Compañía Argentina Editores, Buenos Aires, 1941, p. 500.

⁽⁵⁷⁾ Código Penal

Art. IV. (Principio de Lesividad de Bienes Jurídico-Penales).

“La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Este principio del derecho penal liberal que recoge nuestro ordenamiento penal tiene por finalidad limitar el poder punitivo del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

minarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión o puesta en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo". (Ejecutoria Suprema 05/08/99. Exp. 2529-99. Huánuco).

"Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico-penal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito". (Resolución Superior 2da. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 547-95).

Estas jurisprudencia y lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano nos permite establecer que sin lesión o puesta en peligro el bien jurídico tutelado no hay tipo.

El dolo es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo. El agente es consciente de la situación concreta de cumplir diligentemente con sus obligaciones funcionales y de sus posibilidades de cumplir con el acto exigido por la norma penal y en ese conocimiento actúa omitiendo o rehusando, cuando no retardando un acto propio de sus funciones. Permanece inactivo a sabiendas de su ilegalidad en función del desarrollo de los hechos.

El contenido de un elemento normativo en el tipo, hace que estas conductas estén sujetas a una valorización jurídica del juzgador para determinar si dicha omisión es reprochable o no atendiendo a las circunstancias razonablemente exigibles. La omisión exige conceptualmente la posibilidad o capacidad de ejecutar una determinada acción, exigida como deber del funcionario.

Cuando legislador emplea en el tipo el elemento normativo que se traduce en el vocablo "ilegalmente" que antecede a los verbos rectores: "omitir", "rehusar" y "retardar" está refiriéndose a la omisión maliciosa del agente. Es decir, a la omisión de una acción posible razonablemente dentro de las circunstancias de tiempo, lugar, personal de apoyo, logística, etc. que le son exigibles a cumplir como actos de su cargo "La injusticia de esta actitud -elemento normativo del tipo legal- consiste en que el funcionario obra contraviniendo un deber de su función, denegando, omitiendo o retardando lo que debe hacer recta y oportunamente".⁽⁵⁸⁾

Toda función es por esencia constitutiva es normativa y las instituciones u organismos del Estado deben contar por mandato legal con instrumentos

⁽⁵⁸⁾ CORNEJO, Gustavo A. : Ob. Cit. Pág.110.

básicos de gestión: Reglamento de Organización y Funciones (R.O.F.), un Manual de Organización y Función (M.O.F), Un Texto Único de Procedimientos Administrativos (T.U.P.A.), etc. que prescriben funciones y atribuciones, deberes, plazos, etc. o normas de mayor rango, como leyes orgánica, decretos legislativos, leyes ordinarias, ordenanzas regionales, municipales, entre otras normas, que establecen derechos, deberes y/o obligaciones y responsabilidades al cual están sujetos todos los funcionarios públicos.

El juzgador deberá tener en cuenta el mandato jurídico de deberes y/o obligaciones establecidas por el derecho público y una valoración jurídica de la conducta omisiva a la exigencia del elemento normativo del tipo; lo que implica del juzgador la exigencia de un amplio dominio del conocimiento jurídico, razonamiento y experiencia.

Estando al elemento normativo "ilegalmente" la existencia del dolo directo es determinante para diferenciar una infracción administrativa (llegar tarde a su centro de labores) de otros actos de su cargo que conllevan relevancia penal (no acudir deliberadamente con el propósito de no resolver un asunto exigido prontamente).

Ahora bien, ¿cuándo una omisión, rehusamiento o retardo de algún acto de su cargo puede ser atípica, jurídicamente permisible o inculpable? o ¿cuáles son los factores concurrentes que motivan al funcionario o servidor público a omitir, rehusar o retardar un acto de su cargo sin relevancia penal?

Los supuestos atípicos se dan cuando no existe el elemento normativo "ilegalmente" por ejemplo, en el caso de las causas eximentes contempladas en los incisos 7°, 8°, 9° y 10° del artículo 20° del Código penal⁽⁵⁹⁾ o en los casos como el señalado en la siguiente Ejecutoria suprema : *"No constituye delito el hecho de haber omitido el juez ordenar la necropsia de ley, si no ha actuado ilegítimamente al incurrir en dicha omisión"* .(Ejecutoria Suprema del 06 de octubre de 1997. Exp. N° 4464-96, Lima).

⁽⁵⁹⁾ Código Penal

Art. 20°. Causas eximentes

Inc. 7° El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

8°.- El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

9°.- El que obra por orden obligatorio de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y

10°.- El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Casos o situaciones que bien pueden resolverse con la existencia de otra norma expresa que lo obligue a omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo como la no-exigibilidad de otra conducta, que de alguna manera contraviene el principio de la obligatoriedad y exigencia de los deberes del cargo contemplados en normas de orden público. Sebastián Soler comentando el art. 249 del Código Penal argentino sostenía que: "si un Juez falla las causas que permanentemente se puede fallar, sin un empleado revisa los expedientes en cantidad proporcionada al trabajo normal, no se dirá que ilegalmente omiten estudiar o resolver el resto, aun cuando la ley haya establecido los términos en que ello debía cumplirse. El vencimiento de un término legal no importa en sí mismo la comisión de este delito".⁽⁶⁰⁾ Comentarios que compartimos y hacemos extensiva al art.377 del Código penal.

Al no existir omisión maliciosa no hay tipo; hecho que lo distingue de aquella otra que contiene un dolo directo. Ambas omisiones maliciosas y no maliciosas de alguna manera implican incumplimiento de los deberes del cargo; pero se distinguen uno del otro porque el primero tiene relevancia penal y el segundo relevancia administrativa. En consecuentemente merecen un tratamiento distinto acorde con su naturaleza punitiva. Lo ilegal es contrario a lo legal, y lo legal es lo que establece la ley prescribiendo los deberes del cargo, plazos, responsabilidades, etc. como exigencia y cumplimiento obligatorio.

Quizás el único reproche a formular al legislador peruano en la formulación del tipo penal en comentario es haber empleado en la escruta del tipo un elemento normativo expresado en el vocablo: "ilegalmente" muy discutible porque va asociada a conductas que contienen dentro de la estructura del tipo un elemento psíquico y que es consustancial a las motivaciones de la omisión maliciosa. Si la motivación responde a razones de lucro el agente incurre en otra figura legal cohecho por Omisión. Art.393 C.P.), y no en el incumplimiento de deberes. Es verdad que el tipo suele referirse a los funcionarios públicos que, en determinado asunto, omite, rehúsa o retarda el cumplimiento de su deber; no es el caso del agente que cierra la puerta de su despacho y se abstiene de todo acto propio de su cargo pues, estamos ante otra figura legal.

El elemento normativo "ilegalmente" en la configuración del tipo requiere, necesariamente, de una valorización jurídica por parte del juzgador, muy discutible que "...pone en peligro la interpretación exacta del tipo, lo que no

⁽⁶⁰⁾ SEBASTIAN, Soler: Ob. Cit. p. 144.

ocurre con la precisión de los elementos descriptiva”⁽⁶¹⁾. Estas dificultades hacen inviable e impracticable su aplicación; el hecho práctico lo confirma.

Ahora bien, dejar a la discreción del juzgador el determinar los supuestos exigidos por la norma penal es ignorar todo el proceso de criminalización primaria; toda vez que la creación de los tipos penales es privativa del órgano legislativo a quien le compete crear tipo de manera expresa e inequívoca tal como manda la Constitución Política del Estado dejando al juzgador la función de aplicarla a casos concretos y no establecer los supuestos contenidos en la norma penal. Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y aplicar o no la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es “crear” supuestos vía interpretación.

La técnica legislativa empleada por el legislador en la configuración del tipo descrito en el artículo 377 del Código penal describe de manera expresa e inequívoca cuáles son los supuestos omisivos que se sancionan; pero al establecer en la estructura del tipo un elemento normativo pone a merced de la decisión judicial, indebidamente, los límites entre lo lícito y lo punible.

No cabe duda que la comprobación de que un acto se adecua o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley, o a no perseguir penalmente al autor de una omisión, en realidad típico. Esto es lo que hace el juez instructor aunque sea de manera provisional al momento de decidir si procede abrir instrucción. Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el principio de la legalidad.

La naturaleza de estas conductas omisivas hace de éstas más propias de las faltas administrativas que la de un ilícito penal.

3. De los conceptos de omitir, rehusar o retardar.

Estas conductas omisivas descritas en el tipo en comentario, contienen tres verbos rectores para denotar las omisiones ilegales que el legislador estimó como ilícitos penales.

Omitir.- Es no hacer o dejar de hacer. La omisión es una especie del género No Hacer. Jurídicamente, podría definirse en la expresión: “Es un no hacer que se debería hacer”. El concepto de omitir debe entenderse como el de dejar de hacer un acto propio de su cargo que se espera. Siendo los

⁽⁶¹⁾ PORTOCARRERO, Juan: Ob. Cit. Pág.111.

actos del cargo normativos, es preciso un mandato jurídico y una valoración jurídica. Estamos hablando de actos de función que tienen todos los funcionarios.

La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el tiempo útil para que produzca sus efectos normales.

Rehusar.- Es negarse hacer, eludir, rechazar, etc. a un requerimiento legalmente formulado, previamente. Como bien refiere Fontán Balestra "...rehusare a hacer es, además, negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido".⁽⁶²⁾

Retardar.- Significa dilatar, diferir un acto de su cargo, pero sin desistirse.

No se trata de una omisión en sí misma, sino, propiamente de una acción retardada maliciosamente. Retardar, es diferir la ejecución de un acto del cargo público de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna.

Giuseppe Maggiore, definía dicho vocablo: "Retardar es el intervalo de tiempo transcurrido entre el movimiento en que el acto debería ser realizado y aquel en que se realizó efectivamente. Si no se ha prescrito ningún término, habrá retardo cuando el acto no se realiza en el tiempo útil para producir su efecto".⁽⁶³⁾

En los dos últimos conceptos urge denotar algunos indicativos que permitan interpretar de alguna manera, cuando estamos ante un rehusamiento o retardo ilegal o malicioso; consideramos que estas podrían: a).- el requerimiento previo legalmente formulado. b).- El vencimiento de los términos establecidos por ley y, c) la posibilidad real de su cumplimiento por parte del agente.

El solo vencimiento de los plazos no basta para configuración del tipo, requiere, además, del requerimiento y el concurso de la posibilidad real para su cumplimiento; ésta posibilidad real está determinada por las circunstancias de lugar, tiempo, apoyo técnico logístico, etc. Son indicativos concurrentes que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de hacer el juicio valorativo de reproche.

⁽⁶²⁾ FONTAN, Balestra : Ob. Cit., Pág.266.

⁽⁶³⁾ MAGGIORE, Giuseppe: "Derecho Penal" Volumen III (Delitos en Particular) Editorial TEMIS. 1,955. p. 225.

El tipo suele referirse a los funcionarios que, en determinado asunto (omite, rehúsa o retarda) un acto de su cargo; es decir, el cumplimiento de su deber; no es el caso del funcionario que cierra las puertas de su despacho y se abstiene de todo acto propio de su cargo.

Naturalmente que el agente tiene que tener facultad o competencia para resolver el asunto en cuestión sea administrativa o de cualquier otra naturaleza para que se configure el tipo.

"No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente al expedición de la resolución que resolvió la queja del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos.

(Sala Penal R.N. N° 4689-97. Junín, en Jur Per Gaceta. Tomo I, p. 644).

4. De la autoría, coautoría e instigación y la complicidad.

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: *"El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente será reprimidos con la pena establecida para esta infracción"*; de manera que, es posible que varios funcionarios o servidores público de manera concertada incurran en el hecho punible prescrito por el artículo 377 del Código penal. Por ejemplo, es el caso de los órganos colegiados conformados por funcionarios públicos quienes incumplen maliciosamente cualquier acto de su cargo de manera concertada.

El legislador nacional ha diferenciado dentro del artículo 23 del Código penal al autor de los coautores. El primero efectúa el hecho punible bien sea ejecutando directamente la acción típica o los que realiza mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). En cambio, cuando el legislador emplea la frase *"... y los que los cometan conjuntamente..."* está refiriéndose a los que toman parte directa en la ejecución de los actos omisivos, propios del delito; es decir, a los coautores y no al autor, ya que éste no **"toma parte de la ejecución"**, sino simplemente **"efectúa el hecho punible"**.

"El tipo penal de abuso de autoridad exige que el agente del delito sea funcionario público; los subalternos sujeto a las órdenes de este no pueden ser sujetos activos del delito en referencia"

(Ejecutoria Suprema del 18.12.97 Exp. 106-97. Lima).

"La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina

la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como parte de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor completa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos". (Expediente 22874-94-B. 05/10/95. Lima, Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". p. 169).

Cuando el legislador emplea la frase en la descripción del artículo 23 del Código Penal "... y los que los cometan conjuntamente..." está refiriéndose y está exigiendo que se considere como coautores sólo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. En este caso por ser un delito especial de función pública en el hecho punible: abuso de autoridad por omisión sólo pueden realizar estos actos omisivos los funcionarios públicos; pues los agentes ***mismos lo omiten maliciosamente cualquier acto de sus cargos.***

Es posible admitir la instigación en el delito de abuso de autoridad por omisión conforme al artículo 24 del Código Penal; ya que es instigador el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, siendo reprimido de acuerdo con nuestra legislación con la misma pena que corresponde al autor. Reciben esta calificación quienes persuaden a los funcionarios públicos para que tomen la decisión de cometer el hecho punible, Abuso de autoridad en la modalidad de omisión, rehusamiento y retardo de cualquier acto de su cargo.

Maurach, conceptúa: "Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete"⁽⁶⁴⁾. El instigador puede valerse de cualquier medio idóneo para determinar al agente (funcionario público) cometer el hecho punible en comentario. Nuestra legislación a diferencia de otras no enumera los medios instigadores; de manera que éstas puedan ser diversas.

No es posible admitir la tentativa en el tipo penal en razón de tratarse de hechos punible que contienen conductas de omisiones puras, lo que implica establecer que no se dan actos preparativos. Es imposible admitir en el tipo la existencia de actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acción ajenas a la voluntad de los agentes previos al delito en comentario.

⁽⁶⁴⁾ MAURACH, Reinhart: "Tratado de Derecho Penal". Ediciones Ariel. Barcelona Tomo II. 1962 Pág.368.

5. Del bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración que se ve afectada cuando el funcionario público incumpla sus deberes con las conductas omisivas de omitir, rehusar o retardar algún acto de su cargo. Sin embargo más allá de todo cuestionamiento sobre si éstas conductas en realidad deberían ser consideradas faltas administrativas y no hechos punibles lo real es que como sostiene Claus Roxin que "... la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema- como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. . Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos"⁽⁶⁵⁾.

6. Del sujeto activo

En la mayoría de los tipos penales son sujetos activos cualquier persona; sin embargo un número determinado de normas penales cualificadas por el sujeto activo, por el bien jurídico tuteladas y por la función pública que desempeñan los agentes sólo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos. Característica propia de los delitos especiales o de función pública.

Es el bien jurídico tutelado, la calidad del agente y la naturaleza de sus funciones la que determina su ubicación y sistematización en el Código Penal. De manera que, cabe poca discusión para determinar quién puede ser considerado sujeto activo en este injusto penal. En suma el sujeto activo es el funcionario público.

Obsérvese que el legislador sólo ha considerado como agente de esta figura penal al funcionario público. Por tanto no puede ser considerado como sujeto activo de este hecho punible al servidor público ni al particular.

"No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado de haber retrasado ilegalmente al expedición de la resolución que resolvió la queja del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos.

(Sala Penal R.N. N° 4689-97. Junín, en Jur Per Gaceta. Tomo I p. 644).

⁽⁶⁵⁾ ROXIN, Claus: Derecho Penal. Parte General Tomo I. Editorial Civitas, S.A. 1997 España. Pág.65.

7. Del sujeto pasivo.

Es el Estado como titular del bien jurídico protegido

8. De la pena

La pena aplicarse al agente es la de privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Obsérvese que el tipo es bastante represivo en relación con su similar argentino (art.249° C.P.A.) que sólo reprime este hecho punible con pena de multa.

9. El injusto en la legislación comparada.

Código Penal Argentino

Art. 249.- "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de sus oficio".

Código Penal Italiano

Art. 328.- "El funcionario o el encargado de un servicio público, que indebidamente rehúsa un acto de su oficio que, por razón de justicia o de seguridad pública o de orden público o de higiene o sanidad, debe ser cumplido sin retardo, será castigado con reclusión de seis meses a dos años.

Fuera de los casos previstos en el primer apartado, el funcionario público o el encargado del servicio público que dentro de los treinta días de la demanda hecha por el interesado no cumple el acto de su oficio o no responde para explicar las razones del retardo será castigado con reclusión hasta de un año o con la multa de hasta dos millones de liras".

Código Penal de Panamá

Art. 338.- "El servidor público que indebidamente rehusé, omita o retarde algún acto inherente a sus funciones, será sancionado con veinticinco a cien días -multa, siempre que el hecho no tenga señalada otra pena por disposición especial".

Código Penal de Puerto Rico

Art. 214.- "Toda omisión en el cumplimiento de un deber impuesto por la ley o reglamento a un funcionario o empleado público, o por persona que desempeñare algún cargo de confianza o empleo público de no existir alguna disposición señalando la pena correspondiente a dicha omisión, se penará con reclusión que no excederá de seis meses o multa, que no excederá de 500 dólares o ambas apenas a discreción del tribunal".

EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PERUANA

Ramiro Salinas Siccha
Juez Superior Titular de Lima
Perú

SUMARIO:

I. Cuestión previa. II. Tipo penal. III. Tipicidad objetiva. 1. Modalidades del delito de peculado doloso. a. *Peculado por apropiación*. b. *Peculado por utilización*. 2. Perjuicio patrimonial. a. *¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?*. 3. Destinatarios de la apropiación o usar. 4. Relación funcional. 5. Relación funcional de hecho. 6. Caudales o efectos. 7. Percibir, administrar y custodiar. 8. *¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado?*. 9. Bien jurídico protegido. 10. Sujeto activo-autoría. a. *Participación*. 11. Sujeto pasivo. IV. Tipicidad subjetiva. V. Antijuridicidad. VI. Culpabilidad. VII. *Iter criminis*. 1. Tentativa. 2. Consumación. VIII. Agravante del peculado doloso por el valor del objeto del delito. IX. Agravante del peculado doloso por la finalidad del objeto del delito. X. Peculado culposos.

I. CUESTIÓN PREVIA

Para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario precisar que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la citas bibliográficas de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387° del Código Penal

es diferente a los tipos penales de los Códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son **apropiarse** y **utilizar**, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es **sustraer**. Igual, el artículo 432° del Código Penal español utiliza el verbo rector **sustraer**. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado indicando que comete este delito “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustraer o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones [...]”.

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como sí existe en el Código Penal peruano.

Ello sustenta aún más nuestra posición: al analizar el contenido de nuestro Código Penal y pretender aplicarlo al caso concreto debemos tomar como referencia principal la doctrina y jurisprudencia peruana, caso contrario, caeremos en tremendos errores al pretender hacer interpretación de la Ley nacional con comentarios que hacen los juristas foráneos de sus propios Códigos penales. En tal sentido, las citas a los autores argentinos, españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solamente para efectos de hacer Derecho penal comparado⁽¹⁾.

Sin embargo, ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Ésta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer cómo está legislado en otros países el tema que se trate y orientar el conocimiento del Derecho penal a la universalización de sus conceptos centrales. Pero en tanto ello no llegue, debemos tener bastante cuidado al momento de interpretar y aplicar la norma penal a la realidad peruana⁽²⁾.

En ese orden de ideas y como cultura general en Derecho penal, resulta trascendente indicar que el término “peculado” proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia,

(1) Esto es lo que pretende enseñar el profesor Hurtado Pozo, cuando precisa que si bien las obras foráneas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional a fin de dar continuidad al esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio (HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 1987, p. 380).

(2) Véase SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos contra la administración pública, 2da. Edición, Iustitia-Grijley, Lima, 2011, pp. 295-359. También: El delito de peculado en la legislación y en la jurisprudencia vinculante”, en: *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2008, pp. 125-150. Trabajo publicado también en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 14, Lima, N° 118, 2008, pp. 229-243.

etimológicamente significa "hurto de ganado". En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos⁽³⁾. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

II. TIPO PENAL

En nuestra normativa penal, el antecedente más reciente del tipo penal 387° lo constituye el artículo 346° del derogado Código penal de 1924. El texto original del citado tipo penal del Código de 1991 fue modificado por la polémica Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que ha sido derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Aquí se ha dado el siguiente contenido al delito de peculado:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

⁽³⁾ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3ra. ed., Grijley, Lima, 2002, p. 315.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal 387º regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa.

Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se **apropia o utiliza**, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

Estos conceptos aparentemente sencillos generan en la doctrina y en la práctica jurisprudencial vivas discusiones como veremos enseguida al analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que requiere el delito de peculado. Primero, analizaremos los elementos del peculado doloso, luego veremos los elementos que exige la norma penal para la configuración del delito de peculado culposo.

1. Modalidades del delito de peculado doloso

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el “apropiarse” y “utilizar”, se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización.

a. Peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser

tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio⁽⁴⁾. Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas Vargas⁽⁵⁾ argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento⁽⁶⁾.

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que "conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates ora-

(4) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2005, p. 342.

(5) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 335.

(6) *Ibidem*, p. 336.

les, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento⁽⁷⁾.

b. Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero⁽⁸⁾. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública⁽⁹⁾. Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que "la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero"⁽¹⁰⁾.

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387° se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388° se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388°.

⁽⁷⁾ Exp. N° 2337-2001-Lima (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada* (2001-2003), Idemsa, Lima, 2005, T. II, p. 321).

⁽⁸⁾ ROJAS VARGAS enseña que utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien (*Delitos contra la administración pública*, cit., p. 336).

⁽⁹⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 344.

⁽¹⁰⁾ R.N. N° 3632-2004-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 619).

Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia⁽¹¹⁾. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13° del Código Penal.

Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público.

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente: "El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"⁽¹²⁾.

En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública⁽¹³⁾. Esto

(11) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 337; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 343.

(12) Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

(13) Rojas Vargas al referirse a este aspecto con razón argumenta que esta forma de legislar implica un exceso de penalización, afectándose el principio de proporcionalidad frente a

nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos.

2. Perjuicio patrimonial

Asimismo, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. “En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal”⁽¹⁴⁾.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta que “constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito”⁽¹⁵⁾.

La importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de los mismos y tercero permite

la cantidad de injusto penal (ROJAS VARGAS *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 336).

(14) Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima 2004, p. 346).

(15) R.N. N° 889-2007- Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal⁽¹⁶⁾. Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo "perjuicio patrimonial", la conducta será irrelevante penalmente por atípica.

Siendo esta la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios Alvarado⁽¹⁷⁾, quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta que el peculado "es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio 'patrimonial' no es exigible para la configuración de este ilícito penal".

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionada en el artículo 387 del Código Penal, si no concurre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido, pues como lo vamos a ver más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica.

a. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?

El tipo penal 387° no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que "el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta"⁽¹⁸⁾. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que "por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de

⁽¹⁶⁾ ROJAS VARGAS citando reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema (ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 347).

⁽¹⁷⁾ Barrios Alvarado, Elvia, "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un Funcionario Público", en: *jurídica Gaceta Penal y Procesal Penal*, setiembre, Lima, 2010, p. 174.

⁽¹⁸⁾ Exp. N° 808-90-Callao, *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993, p. 141.

los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal⁽¹⁹⁾.

En ejecutoria suprema mucha más reciente, de fecha 13 de enero de 2004, se considera con propiedad “que en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos –peculado– no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos”⁽²⁰⁾.

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ⁽²¹⁾, propuso se modifique el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo). En la exposición de motivos del citado Proyecto se argumentó que “el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado”. Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores.

Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen⁽²²⁾ recaído en el citado Proyecto de Ley, señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría “propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”...De ser así, donde

(19) Exp. N° 1141-90-Loreto.

(20) Exp. N° 3682-2002-La Libertad (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 738).

(21) Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010.

(22) De fecha 13 de abril de 2011. Este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011.

queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial...el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilidades de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico...En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias”.

Ante tal revés, la suprema corte retrocedió y en la exposición de motivos de un Segundo Proyecto de Ley⁽²³⁾, ingresado al Congreso de la República el 4 de julio de 2011, señaló que “en atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio... como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva...se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio...La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida”.

En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

3. Destinatarios de la apropiación o usar

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “para el otro”, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o

⁽²³⁾ Signado en el Congreso con el N° 4898/2010-PJ.

utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría “el otro” a que se refiere el tipo penal.

En consecuencia, “el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero”⁽²⁴⁾.

La utilización del término “otro” significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas⁽²⁵⁾.

El “otro” de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción o por receptación o por el grave delito de lavado de activos.

4. Relación funcional

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio⁽²⁶⁾.

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal⁽²⁷⁾. Estas atribuciones o competencias aparecen de-

(24) Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 septiembre de 2005.

(25) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 339.

(26) ROJAS VARGAS con propiedad enseña que si el agente se apropiara o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita (Ibídem, p. 331).

(27) Incluso puede ser autor de peculado la más alta autoridad de la República como es el Presidente. Véase: Ejecutoria Suprema del 8 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria a Fujimori Fujimori por el delito de peculado entre otros; R. N. A.V. 33-

terminadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional⁽²⁸⁾. Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe: "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública"⁽²⁹⁾.

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo

2003-9-Lima. Allí se argumentó que "cuando fue presidente de la República, tenía como atribución constitucional administrar la Hacienda Pública, conforme al artículo 118° apartado 17 de la Constitución Política del Perú; esa atribución origina una relación funcional con los fondos públicos, que por razón de la más alta jerarquía atribuye un deber positivo de administrar los fondos del Estado; en ese sentido, advertimos que la imputación realizada por el representante del Ministerio Público, si se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso, pues imputa al encausado haber dispuesto de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público para objetivos ilícitos y políticos". En igual sentido se pronunció la ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria del ex Presidente por el delito de peculado doloso por apropiación; R. N. A.V. 23-2001-09-Lima- caso quince millones de dólares.

(28) Loc. cit., en tanto que Abanto Vásquez, enseña que el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones. El funcionario incompetente solo podría cometer delitos contra la propiedad (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 337. Igualmente AMORETTI PACHAS, Mario, *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*; Grijley, Lima, 2007, p. 223).

(29) Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005.

contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas⁽³⁰⁾.

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. No le falta razón a Abanto Vásquez⁽³¹⁾, cuando enseña que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

5. Relación funcional de hecho

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos⁽³²⁾. La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento. En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que "al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos [de] que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de

(30) ALCÓCER POVIS, Eduardo, "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya", en: *Actualidad Jurídica*, Lima, 2005, p. 97.

(31) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 338.

(32) "El funcionario de facto ejerce funciones en forma lícita, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley" (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso”⁽³³⁾.

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesinos. En efecto, por Resolución Suprema N° 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la administración pública⁽³⁴⁾. Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la República Alberto Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela⁽³⁵⁾, quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, “todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente”⁽³⁶⁾. De tal modo que “el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”⁽³⁷⁾.

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede

⁽³³⁾ Exp. N° 2007-2001-Santa (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 289).

⁽³⁴⁾ Extracto de la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, Grijley, Lima, 2006, p. 490).

⁽³⁵⁾ Los tres citados fueron funcionarios del ahora desactivado Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), al tiempo que Montesinos Torres ejercía de facto la función de administrador de los fondos públicos destinados al SIN.

⁽³⁶⁾ Ejecutoria del 14 de noviembre de 2003.

⁽³⁷⁾ *Ibíd*em, p. 492.

considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal⁽³⁸⁾.

En contra de esta interpretación, Amoretti Pachas⁽³⁹⁾, analizando el Acuerdo Plenario N° 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe”. Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de Montesinos del nada menos Presidente de la República⁽⁴⁰⁾, al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados al interior de la administración pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

El planteamiento de Amoretti Pachas tiene sentido solo en el supuesto que un extraño o particular a la administración, asuma de facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede

(38) Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, 23 de noviembre de 2004. En este proceso, Luis Bedoya de Vivanco interpuso hábeas corpus alegando que “se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito”. El TC por mayoría declaró infundado el recurso, indicando además que conforme a lo señalado en la sentencia cuestionada, en el caso sí se configura el delito de peculado.

(39) Amoretti Pachas, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 233.

(40) Amoretti Pachas considera que Montesinos no debió ser condenado por el delito de peculado, debida que los funcionarios de facto o de hecho no pueden ser sujetos activos de tal delito, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., pp. 235 y ss. Este planteamiento tiene su explicación en el hecho que el autor citado participó en el proceso defendiendo a Bedoya de Vivanco y como es natural, en todo momento argumentó que su patrocinado no podía ser cómplice del delito de peculado debido a que Montesinos al ser un funcionario de facto no podía ser autor de peculado.

invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien como llegó a acreditar-se en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público.

6. Caudales o efectos

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387º del Código Penal.

Se entiende por caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero⁽⁴¹⁾.

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387º del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por **caudal** a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico⁽⁴²⁾. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, por ejemplo, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la administración pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el **utilizar** o **apropiarse**, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles⁽⁴³⁾. Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda.

⁽⁴¹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 341.

⁽⁴²⁾ Por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción no se refiere a caudales o efectos, simplemente se refiere a "bienes", los que son definidos 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. Véase, artículo 1º.

⁽⁴³⁾ En el mismo sentido ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 341 y ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 348.

En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional⁽⁴⁴⁾ entender que **efectos** es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 se argumenta que “los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat”⁽⁴⁵⁾.

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos.

En suma, se ha establecido como precedente vinculante que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables⁽⁴⁶⁾.

7. Percibir, administrar y custodiar

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

(44) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 341; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 349; AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 225.

(45) Exp. N° 4174-96-Junín (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 668).

(46) Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos⁽⁴⁷⁾.

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que “de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, [...]; se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado”⁽⁴⁸⁾. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002 argumenta que “existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos”⁽⁴⁹⁾.

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas⁽⁵⁰⁾. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con

(47) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 334.

(48) Exp. N° 524-2002-Tumbes (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 234).

(49) Exp. N° 26-2001-Cusco (Ibidem, p. 251).

(50) ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.

el bien público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo⁽⁶¹⁾.

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: **custodiar**, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público⁽⁶²⁾. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

Abanto Vásquez⁽⁶³⁾, siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos.

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 4-2005⁽⁶⁴⁾, en los siguientes términos: la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado?

Para responder la interrogante es necesario precisar primero en qué consisten los viáticos. Estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación –desayuno, almuerzo y cena– hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro

⁽⁶¹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 334.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, p. 335; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, p. 354.

⁽⁶⁴⁾ De fecha 30 de septiembre de 2005. Invocado en las Ejecutorias Supremas siguientes: R.N. N° 260-2009-Loreto del 3 de marzo de 2010; R.N. N° 4481-2008-Junín del 11 de marzo de 2010 y R.R. N° 1886-2009-Lima del 15 de setiembre de 2010.

de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio⁽⁵⁵⁾. La condición es que el favorecido debe rendir cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados⁽⁵⁶⁾. De modo que al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica pueden presentarse hasta cinco supuestos fácticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente trabaja. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.
2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego, sin

⁽⁵⁵⁾ Véase: la Ley N° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).

⁽⁵⁶⁾ BARRIOS ALVARADO, cit., p. 174.

realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.

3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge (por ser él mismo administrador de los fondos, por ejemplo) una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.
4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.
5. Cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea) simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito con la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado. En efecto, el **primer supuesto**, no configura el delito de peculado. Como ya hemos expresado, para que se perfeccione el peculado es necesario que el agente, previamente y de mutuo propio con ánimo de lucro, separe el efecto o caudal de la esfera pública de custodia y protección para pasarlo a su esfera privada de protección en forma definitiva (modalidad de apropiación) o pasarlo a su esfera privada de protección y darle una aplicación privada temporal (modalidad de utilización). Así se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte cuando precisa que “este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero”⁽⁶⁷⁾.

Situación que de modo alguno ocurre cuando se trata del supuesto en que el sujeto público recibe los viáticos. Estos son entregados por la administración al funcionario o servidor. Este los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia y protección) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de los mismos a condición de rendir luego cuentas sobre lo

⁽⁶⁷⁾ Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, R.N. N° 889-2007-Lima.

gastado. El monto que corresponde a los viáticos, el sujeto público de mutuo propio no los separa de la administración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino que la propia administración los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso muchas veces en contra de la voluntad del sujeto público (piénsese en los supuestos en que el funcionario o servidor público, por la razón que fuere, no quiere realizar el servicio y solo lo hace para evitar problemas laborales en su centro de trabajo). En consecuencia, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública para pasarlo luego a la esfera privada del agente, no es posible que se perfeccione el delito de peculado.

La jurisprudencia se viene orientando en este sentido. En efecto, en las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010, que declararon haber nulidad en las sentencias recurridas y reformándola absolviéron a los acusados del delito de peculado, se argumenta que “los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal”⁽⁵⁸⁾;

Por otro lado, la institución pública de que se trate, al entregar al sujeto público los viáticos para sus gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. En cambio, en los supuestos de administrar o custodiar el dinero perteneciente a la administración pública que exige el tipo penal de peculado del 387 del Código Penal, el sujeto público tiene la obligación legal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en propio y directo beneficio de la administración pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal. En consecuencia, por este extremo tampoco es posible que se configure el delito de peculado.

⁽⁵⁸⁾ R.N. Nº 260-2009-Loreto; R.N. Nº 4481-2008-Junín y R.N. Nº 1886-2009-Lima, todas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Sin embargo, si pretende rendir cuentas con documentos falsos será autor solo del delito contra la fe pública.

En el **segundo supuesto**, esto es cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado, se perfecciona el delito de peculado, pues como ya hemos expresado, los viáticos son entregados al sujeto público para que los gaste en alimentación, alojamiento y movilidad al realizar la comisión de servicios. Para ello, el agente tiene que trasladarse a localidad o lugar diferente al que labora con la finalidad de efectuar la comisión. Si ello no ocurre por el motivo que sea, ni devuelve a la administración lo recibido y, por el contrario, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se lo apropia, estaremos ante la comisión del delito de peculado. Si bien es cierto el agente público ha recibido el viático para que los administre o custodie en su directo beneficio personal, también es cierto que esa administración o custodia del dinero y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada. Si no se realiza la comisión de servicio, cualquier gasto significa apropiación de los dineros públicos y, por tanto, el peculado se verifica⁽⁵⁹⁾.

Si unido a ello aparece que con la finalidad de sorprender a la administración el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública, el mismo que concurrirá con el de peculado.

⁽⁵⁹⁾ La Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008 en el R.N. N° 889-2007-Lima, declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Fernando Guiglini Rosas como autor del delito contra la administración pública - peculado y contra la fe pública - falsificación de documentos y falsedad genérica - en agravio del Estado, toda vez que se había determinado que el sentenciado en su condición de Jefe de Auditoría de INDECI físicamente no realizó comisiones a las ciudades de Pucallpa, Tacna, Huánuco, Cerro de Pasco, Arequipa, Puno y Ancash no obstante, presentó diversas rendiciones de cuentas de viáticos sustentadas con documentos falsos. Igual supuesto es objeto de la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2010 (R.N. N° 2665-2008-Piura), donde declarando no haber nulidad de la sentencia, se argumenta que el acusado García Gallo en el cargo de Ejecutor Coactivo de la Municipalidad agraviada solicitó autorización de viaje a la ciudad de Lima con la finalidad de efectuar gestiones propias del cargo que ostentaba, así como requirió el pago de mil quinientos soles por concepto de viáticos por un plazo de diez días; que posteriormente no presentó la rendición de cuentas respectiva ni efectuó el informe sobre la gestión encomendada, motivo por el cual fue destituido del cargo y procesado por peculado. Aquí, al parecer, el acusado nunca realizó la comisión de servicio para cuyo efecto solicitó y se le entregó un monto de dinero por concepto de viáticos.

En el **tercer supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o lugar donde trabaja y luego de realizado el servicio no rinde cuentas, tampoco se verifica el delito de peculado, toda vez que el agente coge determinado monto de dinero por concepto de viáticos con la finalidad de realizar una comisión de servicios, la misma que lo realiza, es decir, administra o custodia los viáticos en su directo beneficio personal al tiempo que realiza la comisión en beneficio directo, se entiende, de la administración pública. La simple omisión de rendir cuentas de modo alguno genera el delito de peculado por no concurrir los elementos objetivos antes apuntados. Pero claro, ante la omisión responderá administrativa y civilmente. Es más, la administración tiene abierta la posibilidad, si así lo considera pertinente, de recuperar el monto del viático no justificado descontando de sus remuneraciones al funcionario o servidor.

Respecto al **cuarto supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos de mutuo propio coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o del lugar de trabajo y sin que la realice, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, el delito de peculado también se verifica en concurso real con el delito contra la fe pública. En efecto, aquí el sujeto público que tiene relación funcional con los dineros del Estado de mutuo propio coge y dispone del dinero por concepto de viáticos, alegando realizar una comisión de servicios fuera de la localidad donde trabaja, sin embargo, luego se verifica que nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas fiscales, lo dispone en su directo beneficio personal, configurándose de ese modo los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. Si luego aparece que con la finalidad de sorprender a la administración, el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública.

En lo que corresponde al **quinto supuesto**, esto es, cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales y acto seguido, con la finalidad que la entidad le reembolse, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, configura sin duda alguna el delito de peculado. Ello es así debido a que el sujeto público, sabiendo bien que no ha realizado servicio de comisión alguna, o sabiendo que no tiene cómo rendir cuentas ante la institución al no haber realizado comisión alguna, dolosamente se agencia de documentos falsos para hacer que la administración le reembolse. Desde

el inicio el agente tiene la intención y *animus* de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos supuestos para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, perjudicando de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado. Verificado la presentación de documentos falsos, el peculado concurrirá con el delito contra la fe pública.

De todo lo expuesto, queda claro que no toda omisión de rendición de cuentas configura atipicidad del delito de peculado. Es necesario para ello identificar principalmente que el sujeto público haya cumplido con la comisión encomendada; verificado ello, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción administrativa⁽⁶⁰⁾.

9. Bien jurídico protegido

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado⁽⁶¹⁾, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última, que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo⁽⁶²⁾, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funciona-

⁽⁶⁰⁾ Barrios Alvarado, cit., p. 177. En parecido sentido Cáceres Julca, Roberto, el delito de peculado: aspectos sustantivos y procesales, Idemsa, Lima, 2012, p. 57.

⁽⁶¹⁾ Ibidem, p. 333. También, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 221. Como referencia, por ejemplo, cabe indicar que en Alemania tiene plena acogida esta posición hasta el punto que el delito de peculado no aparece regulado en los delitos contra la administración pública, sino en el rubro de los delitos contra el patrimonio.

⁽⁶²⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 327.

rios y servidores⁽⁶³⁾. Incluso esta posición se ha traducido en jurisprudencia vinculante. En efecto, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual "el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad"⁽⁶⁴⁾.

Abanto Vásquez⁽⁶⁵⁾ sostiene que con el contenido del artículo 387° del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) así como se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80° del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

La posición asumida por Abanto Vásquez no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387° del Código Penal. La redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. Caso contrario, también tendríamos que argumentar que en los delitos de concusión o colusión por

⁽⁶³⁾ Incluso esta posición ha sido reproducida en la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003. En efecto, allí se afirma que "en el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad". Exp. N° 3630-2001-Ucayali (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 207).

⁽⁶⁴⁾ Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005 cuyo texto completo se reproduce al final del tema de peculado, pues pese a la vigencia de la Ley N° 29758, considero que el Acuerdo Plenario sigue teniendo plena vigencia, pues la estructura del tipo penal no ha variado, solo se ha introducido una agravante más. También la ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009; R. N. N° 1601-2006-Huaura.

⁽⁶⁵⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 334.

ejemplo, también se pretende proteger el patrimonio del Estado. La regla del artículo 80° del Código Penal es de aplicación a todos los delitos incluido el peculado en los cuales se haya afectado o lesionado el patrimonio del Estado, sin importar qué bien jurídico principal se lesionó con el hecho punible.

Consideramos más bien que el delito de peculado es un delito pluriofensivo⁽⁶⁶⁾, toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del Estado, el delito de peculado no se configura.

La Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2000 sustenta nuestra posición, pues allí se argumenta en forma resumida que “el delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la administración pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados”⁽⁶⁷⁾.

10. Sujeto activo-autoría

De la lectura del tipo penal 387° del Código Penal se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo. O mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

⁽⁶⁶⁾ Pero no en el sentido general que asume Rojas Vargas, sino en un sentido particular que tiene en cuenta que no todos los funcionarios o servidores públicos pueden cometer el delito de peculado, sino solo aquellos que tienen el deber funcional de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del Estado.

⁽⁶⁷⁾ Exp. N° 1132-98-Lima (Normas Legales, T. 292, Trujillo, 2000, p. A-40).

Es lugar común en la doctrina considerar que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro⁽⁶⁸⁾. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron⁽⁶⁹⁾.

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011 que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del ex presidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que “el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal –Decreto de Urgencia– que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política de la Nación; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos”⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1996, p. 188; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 327; Igual, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 216.

⁽⁶⁹⁾ Con propiedad señala Abanto Vásquez: no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 336).

⁽⁷⁰⁾ R.N. A.V. 23-2001-09- Lima. Los hechos objeto de acusación de aquel público proceso penal en resumen son los siguientes: el acusado y tres ministros de Estado idearon y ejecutaron acciones con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia N° 081-2000. El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta compensación de tiempo de servicios a la nación al ex

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

Es obvio que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el artículo 425° inciso 3 del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos⁽⁷¹⁾. Esta es la interpretación que se hace en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 1999. Allí se sostiene que "el delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica". Si bien la carta política, en el segundo párrafo del artículo 40°, indica que "no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta", este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425° del Código Penal, pues esto se corrobora incluso con la Ley N° 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando preceptúa, modificando el inciso 3 del artículo 425° del Código

asesor del SIN, Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión fue recibido por el beneficiario y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera. La prensa lo etiquetó como el caso de los quince millones de dólares.

(71) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 329 y ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 338.

acotado, que “es funcionario público todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”⁽⁷²⁾.

Es acertado afirmar que para efectos de interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1º de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽⁷³⁾. En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende “por funcionario público o servidor público a todo 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”. Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido pero aún no ha asumido el cargo y por tanto aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o causal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificado en otro tipo penal.

Pero sin duda, el concepto amplio de funcionario público sirve, por ejemplo, para interpretar y calificar los delitos de corrupción de funcionarios que luego analizaremos.

a. Participación

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo

⁽⁷²⁾ Exp. N° 5210-98-Lima (*Revista peruana de jurisprudencia*, Normas Legales, Trujillo, 1999, Año I, N° 2, p. 384); en parecido sentido ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, Jurista, Lima, 2004, p. 249.

⁽⁷³⁾ El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995, suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55º de la Constitución Política vigente. Parecida definición, pero más amplia, tiene el artículo 2º de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones⁽⁷⁴⁾:

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría de dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.
- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
- Los particulares (*extraneus*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido⁽⁷⁵⁾. Sólo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción del deber.

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria. Como ejemplo cabe citar la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003. Aquí se argumenta que “la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título

⁽⁷⁴⁾ Al respecto véase con amplitud ROJAS VARGAS, *Delito contra la administración pública*, cit., p. 348.

⁽⁷⁵⁾ “Los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho” (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal⁽⁷⁶⁾. De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, deja establecido en forma pedagógica que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado⁽⁷⁷⁾”.

En el mismo sentido se pronuncia el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostiene que “el tipo penal previsto en el artículo 387° del código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitado (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los *intraneus*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la ‘accesoriedad de la participación’, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas ‘*extraneus*’ que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del

(76) Exp. N° 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

(77) R.N. N° 1813-2003-Lima.

hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [...] (sic) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente"⁽⁷⁸⁾.

- Los otros, a los que hace referencia el tipo penal 387º con la frase "para otro", no son autores ni coautores del delito de peculado, pues ellos no consuman o perfeccionan el delito, pudiendo ser, en cambio, inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

Por lo demás, resulta claro que en el peculado no hay coautoría. No debe obviarse que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no admite la coautoría que viene hacer hija de la teoría del dominio del hecho. Y no puede haber coautoría debido que como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, es imposible materialmente que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial. Este deber es único no puede dividirse materialmente. Por tanto, no puede afirmarse con propiedad que en los funcionarios o servidores públicos ha existido un reparto de roles para infringir un deber especial penal. Ello es imposible. En consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores.

11. Sujeto pasivo

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones: "No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este"⁽⁷⁹⁾. No obstante es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En efecto, así lo prevé en forma atinada y pedagógica la ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005, al argumentar: "En el delito de peculado objeto de juzgamiento

⁽⁷⁸⁾ R.N. Nº 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. Nº 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

⁽⁷⁹⁾ Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. Nº 1885-92-B-Ancash (ROJJASI PELLA, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, cit., p. 238).

se han considerado agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan de Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco; que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación⁽⁸⁰⁾.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente se los apropia o utiliza en perjuicio de la administración pública.

Abanto Vásquez⁽⁸¹⁾, en forma atinada enseña que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas⁽⁸²⁾.

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de apropiarse para sí o para otro, o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, no es descabellado alegar que en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública⁽⁸³⁾.

(80) R.N. Nº 106-2005-Cusco (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 625).

(81) 2003, p. 356; AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 226.

(82) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 343.

(83) Respecto de este punto, Rojas Vargas alega sin fundamentar su posición que el tipo penal no exige el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento (loc. cit.); en tanto que Abanto Vásquez acepta la existencia de un ánimo de lucro implícito (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 358).

En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. Si este no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda.

En el mismo sentido argumentó la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash del 7 de abril de 1998. Allí se consideró que “no constituye delito de peculado la conducta del inculcado, quien en su calidad de Director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro”⁽⁸⁴⁾.

V. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20º del Código Penal.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público⁽⁸⁵⁾.

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20º del Código Penal. En efecto, la ejecutoria suprema del 11 de enero de 2002 presenta un hecho real en el cual prevaleció la referida causa de justificación. Allí se argumenta que “de la revisión de autos, se tiene que el recurrente, al momento de los hechos, ostentaba el cargo de jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia pública, y desembolsó la suma de 5000 nuevos soles, proceder que fue en cumplimiento al pedido expreso del direc-

⁽⁸⁴⁾ Exp. N° 576-97 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, 2000, p. 440).

⁽⁸⁵⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 352; igual ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 364.

tor de la Región Agraria, siendo así es evidente que el tesorero lo que hizo fue solo cumplir una orden de su superior previa aprobación del director de la oficina de administración”⁽⁸⁶⁾.

VI. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo.

VII. *ITER CRIMINIS*

1. Tentativa

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas⁽⁸⁷⁾ enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre

⁽⁸⁶⁾ Exp. N° 3713-2001-Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 219).

⁽⁸⁷⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 344.

del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

2. Consumación

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto⁽⁸⁸⁾. Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

Aquí resulta interesante citar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al resolver el hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco, quien alegaba que no podía ser sancionado como cómplice del delito de peculado cometido por Montesinos, debido a que la recepción de fondos públicos por su parte fue posterior a la consumación del delito. El Tribunal Constitucional sentenció que "la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado"⁽⁸⁹⁾.

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados, es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el supremo tribunal en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002⁽⁹⁰⁾. En efecto, allí se estableció que "la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero...".

(88) ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 343; por su parte, Abanto Vásquez erróneamente enseña que la modalidad de sustracción no se consuma con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 359).

(89) Exp. N° 2758-204-HC/TC-Lima. El TC declaró por mayoría infundado el hábeas corpus planteado.

(90) Exp. N° 1402-2001-Tumbes.

Aquí nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido la Corte Suprema en la ejecutoria del 18 de julio de 2011. Allí, ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el supremo tribunal expresó que “el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad;... si bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado”⁽⁹¹⁾.

VIII. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR EL VALOR DEL OBJETO DEL DELITO

La Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011 introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias⁽⁹²⁾. Esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera, ahora, los 36,000 soles. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales comenten este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de 8 ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

⁽⁹¹⁾ R.N. N° A.V. 23-2001-09- Sala Penal Transitoria- Caso de los quince millones de dólares.

⁽⁹²⁾ El Decreto Supremo N° 311-2009-EF estableció el UIT para el daño 2010 en 3,600 nuevos soles.

IX. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR LA FINALIDAD DEL OBJETO DEL DELITO

El artículo 387° del CP prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos⁽⁹³⁾.

Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados al programa del vaso de leche. Un caso típico de peculado agravado da cuenta la ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001. Allí se considera que “la conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social”⁽⁹⁴⁾.

A efectos de la agravante, los programas con “fines asistenciales” o programas de “apoyo social” tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la ejecutoria del 19 de mayo de 2004. Aquí, se argumenta que “es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada —entre otras, en el área de salud—

⁽⁹³⁾ Ibídem, p. 350.

⁽⁹⁴⁾ R.N. N° 2104-2001-Cajamarca (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 359).

ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional”⁽⁹⁵⁾.

En suma, “el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra”⁽⁹⁶⁾.

X. PECULADO CULPOSO

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo “no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al

⁽⁹⁵⁾ R.N. N° 2664-2003-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 599; también en, Ávalos RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 296).

⁽⁹⁶⁾ ARMAZA GALDOS- ZAVALA TOYA, La decisión judicial, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 84. (Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 9 de junio de 1998. Exp. N° 219-98).

funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente”.

Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”⁽⁹⁷⁾.

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado en múltiples casos de peculado culposo. Aquí con fines pedagógicos solo citaremos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

- “Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpado que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa

⁽⁹⁷⁾ Jurisprudencia vinculante establecida en los numerales 8 y 9 del Acuerdo Plenario N° 04-2005 del 30 de septiembre de 2005. Justo es reconocerlo aquí, que los vocales supremos para construir el precedente vinculante han utilizado al parecer solo el libro de Rojas Vargas titulado Delitos contra la administración pública, lo cual no me parece mal, no obstante lo criticable es el hecho que en el Acuerdo Plenario en ningún momento se cita la fuente. Así mismo, en la ejecutoria vinculante del 6 de septiembre de 2007, R.N. N° 4500-2005-Junín, se volvió a reiterar estas líneas de interpretación.

del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado”⁽⁹⁸⁾.

- “Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como respondía, y a la que estaba obligada en su conducción de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución”⁽⁹⁹⁾.
- “Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco”⁽¹⁰⁰⁾.
- “Ha quedado suficientemente acreditado la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo, toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud inerte en tomar las acciones correspondientes que desaparezcan inexplicablemente”⁽¹⁰¹⁾.
- “El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que actúa con negligencia en sus funciones, es decir, cuando no toma las precauciones debidas para evitar sustracciones de bienes que son de propiedad pública; que si bien es cierto, de la revisión de los autos la materialidad del delito se encuentra acreditada, sin embargo, se ha demostrado que los encausados no tenían la obligación de custodiar

⁽⁹⁸⁾ Ejecutoria suprema del 15 de julio de 1999, Exp. N° 281-99 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia N° 4, Lima, 2000, p. 465).

⁽⁹⁹⁾ Ejecutoria suprema del 10 de julio de 2002, Exp. N° 3278-2001-Apurímac (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 364).

⁽¹⁰⁰⁾ Ejecutoria suprema del 16 de octubre de 2002, Exp. N° 4168-2001-La Libertad (Ibídem, p. 375).

⁽¹⁰¹⁾ Ejecutoria suprema del 2 de julio de 2002, R.N. N° 3056-2001-Puno (URQUIZO OLAECHEA, José, et al., *Jurisprudencia penal*, Lima, 2005, p. 660).

los bienes sustraídos, ya que existía un personal de vigilancia contratado o través de un service o locadora de servicios por el Ministerio de Agricultura”⁽¹⁰²⁾.

- “La responsabilidad penal del acusado Ramos Zapata por el delito de peculado culposo ha quedado acreditada, toda vez que como Jefe de la Oficina de Administración no actuó diligentemente para evitar que un tercero se beneficie con los fondos de la entidad agraviada, puesto que autorizó que el acusado De la Cruz Hernández cobre los cheques, sin prever los mecanismos de control adecuados para garantizar la seguridad de los mismos, lo que facilitó para que el antes mencionado se apropie del fondo”⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Ejecutoria suprema del 3 de diciembre de 2004, Exp. N° 382-04-Junín (Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 230).

⁽¹⁰³⁾ Ejecutoria Suprema del 11 de junio de 2008, R.N. N° 4952-2007-Huancavelica- Sala Penal Permanente.

LA INFRACCIÓN PENAL POR PECULADO CULPOSO

ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 387º, CUARTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL

James Reátegui Sánchez

**Universidad Peruana Los Andes de Huancayo
Perú**

SUMARIO:

1. Consideraciones generales. 2. Bien jurídico tutelado. 3. Modelos de tratamiento jurídico de la "culpa" o "imprudencia" según la intervención o no de personas en un evento delictivo. 4. Tipicidad objetiva. 4.1. Descripción legal. 4.2. Sujeto activo. 4.3. Sujeto pasivo. 4.4. Conducta típica. 4.4.1. La culpa generado por el funcionario o servidor público. 4.4.2. La intervención del tercero (*extraneus*) en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado. 4.4.3. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad. 4.5. Ley N° 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley N° 29758 de fecha 21 de Julio del 2011. 4.6. Tipicidad subjetiva. 4.7. Grados de desarrollo del delito. 4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a Fines Asistenciales o Programas de Apoyo Social.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los

caudales o efectos; e todo caso, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo) un delito doloso por tercera persona; se a que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho⁽¹⁾. El tercero puede ser un particular u otro funcional o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente⁽²⁾.

Aquí lo que se observa en realidad es una cuestión "única" en la dogmática penal peruana, pues se permite una participación dolosa en un delito de autoría (especial) culposa; es decir, hasta donde tenemos conocimiento en un delito culposo no existe grado de participación delictiva (dolosa) de terceras personas (al menos en la concepción dogmática que yo asumo, no aceptamos tal circunstancia); en otras palabras, no existe complicidad o instigación (dolosa) en un delito donde su autor ha cometido una imprudencia punible; en todo caso, si existen varias personas involucradas en un hecho imprudente, lo que existiría es lo que se llama una "autoría individual" en relación a todos los sujetos intervinientes, pero no comportamientos dolosos de terceras personas.

De más está decir, que cada delito doloso de la Parte Especial o Legislación penal complementaria, no tiene su correlato de un delito culposo, y cuando quiere el Legislador nacional tipificar una conducta culposa o imprudente lo señala expresamente, esto en correspondencia con el artículo 12° del Código penal, segundo párrafo (sistema de *numerus clausus* o sistema cerrado⁽³⁾); por ello, el delito de peculado doloso sí tiene su configuración culposa, en el cuarto párrafo del artículo 387° del Código penal.

(1) Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, considerando octavo.

(2) Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, considerando octavo.

(3) Como es sabido, el sistema de número cerrado (*numerus clausus*), entiende que sólo son punibles en su realización culposa los delitos específicos previstos como tales en la parte especial del Código o en leyes especiales. Este sistema es acogido en nuestra legislación al disponerse en el artículo 12° del Código Penal que el "agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley". La técnica del sistema de *numerus clausus* permite saber con mayor seguridad cuando es punible la culpa, puesto que en el sistema de incriminación abierta es dudoso si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa o imprudente.

Debemos advertir que el Código penal peruano castiga el delito de peculado por extensión (artículo 392°, artículo modificado de acuerdo a la 7ma. Disposición Final de la Ley 28165 del 10-01-2004) bajo el siguiente supuesto: *“Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por razón de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”*. En ese sentido, de manera genérica y por supuesto extensiva se refiere a todos los supuestos típicos del artículo 387°, por lo tanto también se le hace extensivo al peculado culposo, que se encuentra incorporado en el cuarto párrafo del citado artículo 387°.

En consecuencia, un caso de peculado culposo *por extensión* lo podemos encontrar en una Ejecutoria Suprema, que ha dicho: «Que, ahora bien, la conducta del imputado al entregar el vehículo con techa veintisiete de diciembre de dos mil recibió el automóvil en custodia, conforme aparece del acta de fojas tres- a quien no correspondía, al mismo que posteriormente se le requirió judicialmente para que lo ponga a disposición, del tal suerte que impidió que el Juzgado de Paz Letrado de Concepción haga efectiva su resolución y que definitivamente el vehículo en cuestión no se entregue al señor Samuel Esteban Sovcro Aguirre tipifica *el delito de peculado culposo por extensión* en concurso real -y no aparente como se indica en la sentencia recurrida- con el de desobediencia a la autoridad -en tanto se trata de conductas realizadas en diferentes fechas, no hay unidad de acción, y, además, vulneran distintos objetos jurídicos: el cumplimiento de las órdenes judiciales en el último caso, y la correcta gestión y utilización del patrimonio embargado por quien ha sido designado judicialmente para hacerlo en el caso del peculado por extensión-»⁽⁴⁾.

De acuerdo a su estructura típica culposa, y basado en el principio de mínima de intervención penal, y el principio de fragmentariedad, la sanción punitiva es totalmente exigua en comparación con el delito de peculado doloso, ya que represión es con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

⁽⁴⁾ Recurso de Nulidad N° 2076-2005 Lima, veintiocho de noviembre del dos mil cinco, emitido por la SALA PENAI PERMANENTE, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA JUNIN

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como pasa en el delito de peculado doloso (artículo 387° CP) el bien jurídico-penal en sentido amplio será la Administración Pública, y por su parte como bien jurídico-penal en sentido estricto será la correcta gestión y administración del patrimonio del Estado. En efecto, como señala el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de septiembre del 2005, considerando sexto: *“ Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”*.

3. MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA “CULPA” O “IMPRUDENCIA” SEGÚN LA INTERVENCIÓN O NO DE PERSONAS EN UN EVENTO DELICTIVO

En esta parte introductoria a los delitos de peculado culposo, he creído necesario incorporar los modelos de tratamiento jurídico en el delito culposo, según la intervención de personas en un evento delictivo, los mismos que son los siguientes:

- **La imprudencia por autonomía del propio sujeto.** La imprudencia del sujeto *“por sí misma”* generará un comportamiento lesivo al bien jurídico-penal, sin intervención directa de terceras personas, y aquí se encontrarían ubicados la mayoría de delitos culposos en el Código penal (por ejemplo, artículo 111°, artículo 124°). Es decir, el sujeto que iba conduciendo su vehículo a excesiva velocidad, atropella a otra persona con su automóvil, él sólo ha infringido su deber de cuidado de tránsito, el mismo que ha generado un resultado de lesiones graves por ejemplo. Dicho comportamiento normalmente no será aprovechado por ninguna persona que quisiera realizar un delito (doloso) en esas circunstancias. Salvo que en la parte del copiloto del auto, iba su enamorada que lo inducía a su enamorado que conduzca más rápido, y bajo dicha inducción acelera y atropella a un peatón; podría darse la imputación a título de inducción dolosa a la enamorada en un hecho punible cometido por culpa por parte de su enamorado (véase, el artículo 24° de nuestro Código penal).

- **La imprudencia por aprovechamiento de tercero.** A veces la imprudencia del sujeto es “*aprovechada*” por otros sujetos para realizar un comportamiento doloso; este aprovechamiento puede ser de manera implícita (véase el artículo 304°, segundo párrafo, artículo 282 del Código penal) o puede ser de manera explícita (véase, el artículo 387°, cuarto párrafo del Código penal); dando muestras así de una pluralidad de afectaciones al bien jurídico-penal, desde distintas subjetividades de los sujetos intervinientes (por un lado, a través de la culpa —del funcionario o servidor por ejemplo—, y otro lado, a través del dolo —por ejemplo, del sujeto que sustrae los caudales o efectos del Estado—; de la misma forma en un delito de contaminación ambiental, la “culpa” de un ingeniero industrial, sin experiencia, valida la información de ciertos valores-límites que en realidad son desactualizados, y los mismos que son aprovechados —dolosamente, aunque sea eventualmente— por otros sujetos —de superior e inferior rango— de la misma empresa, para cometer y realizar la respectiva contaminación ambiental del primer párrafo del artículo 304°), situación que permite que la empresa crezca sus arcas económicas. Debemos advertir que cuando la imprudencia del sujeto se produce en el ámbito de estructuras colectivas complejas, normalmente la imprudencia coexiste con el comportamiento doloso para dar paso a varios supuestos de comportamientos punibles.

4. TIPICIDAD OBJETIVA.

4.1. Descripción legal.

El artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal peruano, señala:

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

4.2. Sujeto activo

El Sujeto activo sólo lo será el funcionario o servidor público, es decir, se trata de un delito de especial; o dicho en otras palabras, el peculado culposo es un delito de infracción de deber, por ello es preciso delimitar los ámbitos de competencia en la cual habrían de incidido los deberes de cuidado; siendo así, la sustracción o pérdida del bien no se incorporará a su esfera

jurídica si dicha sustracción se realizó fuera del alcance de su competencia. Dicho en otras palabras, la capacidad que tiene el funcionario o servidor público para actuar y desenvolverse con libertad en el sector que administra tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias, de modo contrario, no se le imputará un hecho que no se haya enmarcado en su marco competencial⁽⁶⁾.

En este delito, en cuanto a la configuración del sujeto activo, se presenta una bifurcación de elementos que vale la pena mencionar: por un lado, se trata, como hemos dicho, de un delito de infracción del deber, y por otro lado, como estamos en un delito culposo, necesariamente el funcionario o servidor tendrá que infraccionar una norma de cuidado. Así las cosas, el funcionario tendrá que infraccionar una dualidad de deberes adyacentes a su función estatal: la que fundamenta su "autoría" y que fundamenta la tipicidad objetiva.

4.3. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

4.4. Conducta típica.

La conducta típica está compuesta por los siguientes elementos:

4.4.1. La culpa generado por el funcionario o servidor público.

Para la existencia del delito de peculado culposo es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa.

El comportamiento culposo del funcionario en peculado lo ha conceptualizado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: *"Culpa es un término global usado para incluir en todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferente al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido*

⁽⁶⁾ Véase, el Dictamen Fiscal recaído en el Expediente N° 2368 – 2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”.

Como el delito culposo se trata en todos los casos de un tipo penal “abierto”, el Juez Penal en cada caso, tendrá la obligación de “cerrarlo”, es decir, de encontrar aquellas normativas específicas que el autor habría infringido⁽⁶⁾. Se habla aquí de una especie de un sistema de remisiones jurídicas que el Juez Penal tendría que realizar hacia otras normas extrapenales (Leyes; Reglamentos, Criterios jurisprudenciales, usos y costumbres protocolares, entre otros); sistema de remisiones totalmente válidas pues los tipos penales no pueden ser casuísticos. En nuestro caso, como la Administración Pública, se trata de un cuerpo orgánico, estable, y obviamente normativo, tendríamos que recurrir a los Reglamentos de Organización y Función (R.O.F.) de cada Institución Pública, o en su defecto, a los Manuales de Organización y Función (M.O.F.), para verificar exactamente qué deberes y obligaciones tenía cada funcionario o servidor en ejercicio de sus funciones⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ La definición del deber concreto de cuidado exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Frente a ello se plantean dos posiciones: quienes se basan en un deber subjetivo-individual de cuidado y quienes se basan en un deber objetivo-general de cuidado.

- La tesis *del deber subjetivo-individual de cuidado* plantea que el contenido del deber está en función de la capacidad individual del sujeto concreto de comprenderlo y cumplirlo. Por lo tanto, “la infracción del deber de cuidado dependerá de las capacidades y del conocimiento especiales del autor concreto. *Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido*”.
- La tesis *del deber objetivo-general de cuidado* plantea que la infracción del deber de cuidado “supone vulnerar el deber de cuidado o diligencia que se impone a todos los ciudadanos en esa situación o en ese tipo de actuación, y que en esa situación o posición es capaz de cumplir el hombre inteligente y cuidadoso, el hombre que se comporta del modo jurídicamente ideal o esperado, o, utilizando otras fórmulas similares, el ‘hombre medio ideal’...y si se trata de una posición o actuación profesional, el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional”. Esta tesis estima, pues, que el cuidado exigido por el deber es el que hubiera puesto un hombre prudente en la misma situación sin atender a la especial capacidad que pudiera tener el autor.

⁽⁷⁾ Como hemos señalado, al ser el delito de peculado culposo una norma penal en blanco, es decir para su correcta subsunción es necesario recurrir a normas extrapenales, siendo estas conocidas en la administración Pública como los reglamentos, Manual de Organización y Funciones y los reglamentos Organización y Funciones, sin embargo cabe preguntarse ¿Quedara zanjado solamente al recurrir a tales normas administrativas? ¿Puede tales normas administrativas rellenar al delito de peculado culposos?, pues de acuerdo al principio de reserva de la ley penal, “*solamente una norma legal emanada del Parlamento tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas*” refiriéndonos de esta manera a

Un caso de peculado culposo donde se observa precisamente la inobservancia de legislaciones regulativas en el ámbito de la Administración Pública, es el conocido por la Corte Suprema, en el *Recurso de Nulidad* N° 534-2005-*Moquegua*-, el mismo que señaló lo siguiente: “No cabe exención por obediencia jerárquica si la orden de entrega de dinero es irregular «... **el acusado (...) sólo responde a título de culpa, pues hizo entrega de un dinero vulnerando la legislación presupuestal, lo que dio pie a la sustracción del mismo por un servidor municipal, sin que pueda invocarse la causal de exención de responsabilidad penal de obediencia jerárquica pues la orden del Alcalde era evidentemente ilegal, lo que no podía ser ajeno dada su dilatada experiencia en la Administración Pública**»⁽⁸⁾.”

Habría que advertir que las simples pérdidas, desórdenes o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal; lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzca el resultado sustracción. El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de

las leyes formales (las emitidas por el Parlamento), las leyes orgánicas (emitidas por la mayoría del número legal de los parlamentarios) y las leyes simples (emitidas por la mayoría de los asistentes a la sesión correspondiente), sin embargo las entidades públicas (Poder Judicial, Ejecutivo, Legislativos y los demás órganos autónomos, Gobierno Regionales y Municipales) tiene capacidad para emitir el ROF, MOF, los cuales casi en su totalidad regula las funciones deberes y su actuar de los funcionarios o servidores públicos, hecho con el cual se estaría vulnerando el principio de reserva de la ley penal, siendo ello así el delito de peculado culposo no tendría norma extrapenal a quien recurrir, siendo en consecuencia atípica los supuestos de hechos que se dieran. En tal sentido a efectos que tal norma penal en blanco cumpla con el presupuesto del principio de reserva de la ley penal es necesario realizar una modificación al delito de peculado culposo, bajo la siguiente propuesta:

PECULADO CULPOSO:

Artículo 387.- cuarto párrafo: *Si el Funcionario o servidor Público, por culpa o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, da ocasión a que otra persona sustraiga caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas*”

“Constituye circunstancias agravante si los caudales o efectos estuvieran destinadas a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Con ello tanto los Reglamentos, el ROF y el MOF no vulneraría el principio de reserva de la ley penal, siendo válida su aplicación de las normas extrapenales para completar la norma penal en blanco del delito de peculado culposo.

⁽⁸⁾ Recurso de Nulidad N° 534-2005 MOQUEGUA, de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

inseguridad para el caudal o efecto, que será aprovechado por el tercero. Deberá tratarse por lo mismo de culpa grave e inexcusable⁽⁹⁾.

Sin embargo, en estos supuestos, se reprime el comportamiento culposo del funcionario o servidor público, que permite que otras personas, funcionarios o particulares, sustraigan caudales o efectos, de manera dolosa. Por ejemplo, un joven alcalde ha asumido el cargo edil para un período determinado, y sin experiencia en la gestión y dirección edil, mientras que sus gerentes municipales, por el contrario, sí tienen más experiencia en dicha gestión, luego de un tiempo dichos gerentes realizan sustracciones progresivas de dinero perteneciente a la Municipalidad; y el alcalde permite, precisamente por su desconocimiento, que los gerentes de manera dolosa realicen dichas sustracciones; luego esto es detectado por la Contraloría General de la República, el mismo que pone en conocimiento de la Fiscalía Penal Anticorrupción para las investigaciones respectivas. Los Gerentes municipales serán denunciados por la comisión del delito de peculado doloso (artículo 387º, primer párrafo o segundo párrafo, de acuerdo al monto o valor apropiado o utilizado), siempre y cuando también tenga –junto el funcionario público- la condición de “administradores”, “perceptores” o “vigilantes” de los caudales o efectos del Estado; y por el contrario, el alcalde será denunciado por el delito de peculado culposo, ya que si bien él no se apropió o utilizó personalmente los caudales o efectos, sin embargo, permitió que *de ocasión, por su negligencia, imprudencia, o impericia que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos*.

Una Ejecutoria Suprema de nuestro país ha señalado un caso de delito de peculado culposo, en los siguientes términos: “Los encausados [...] han ejercido sus funciones de modo imprudente [...] puesto que no obstante haberse cometido los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran inferiores jerárquicos, y asimismo, terceras personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente [...]”⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2007, p. 527

⁽¹⁰⁾ Véase, el R. N. N° 1430-02 de fecha siete de Abril del dos mil tres, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema,

VISTOS; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo: por sus propios fundamentos; y, **CONSIDERANDO**: que conoce del presente proceso, este Supremo Tribunal al haberse concedido el Recurso de Nulidad interpuesto por los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera, Alejandro Bartolomé Collazos Huerta, Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar; que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente la comisión del delito y la respon-

sabilidad penal de los acusados Huerta Herrera, Collazos Roca, Huerta Jara y Zorrilla Salazar, al no haber cumplido con sus obligaciones de cautelar los fondos del Estado descontados a los trabajadores para ser destinados a las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP-, tal como se ha acreditado con la pericia contable de fojas trescientos once, debidamente ratificada a fojas cuatrocientos veinte; que conforme lo establece el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, los delitos pre vistos en los capítulos segundo y tercero del Título dieciocho del Código acotado, serán sancionados además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme a los incisos primero y segundo del Artículo treinta y seis del referido cuerpo legal; que no obstante lo expresamente establecido por la Ley, la Sala Penal Superior ha impuesto la referida pena accesoria por un tiempo superior al límite mencionado^ por lo que es del caso imponer la pena accesoria dentro del marco legal referido; en consecuencia declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos quince, su fecha veinte de Febrero del año dos mil dos, en cuanto condena a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de Peculado y Malversación de Fondos, en agravio del Estado y los trabajadores del Hospital de Apoyo de la ciudad de Huari, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de Peculado culposo en agravio del Estado a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término de la pena; así como les impone como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público; **FIJA** en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor del Estado; sin perjuicio de devolver lo indebidamente apropiado los dos primeros; declararon: **HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en cuanto impone como pena accesoria a los sentenciados, inhabilitación por el tiempo que dure la condena; **REFORMÁNDOLA** en este extremo; **IMPUSIERON** a los referidos sentenciados la pena accesoria de inhabilitación por el periodo de tres años; declararon: **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.- S.S. GAMERO VALDIVIA / PALACIOS VILLAR / CABANILLAS ZALDÍVAR / BALCÁZAR ZELADA / LECAROS CORNEJO.

EXPEDIENTE N° 451-2001 CORTE SUPE-

RIOR DE ANCASH C.S. N° 1430-2002

DICTAMEN FISCAL N° 1553-2002-MP-2a FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:

Viene este proceso en mérito al Recurso de Nulidad interpuesto por los encausados Pablo Huerta Herrera, Alejandro Bartolomé Collazos Huerta y Virgilio Leopoldo Huerta Jara, contra la sentencia de fs. 615-623, su fecha 20 de febrero de 2002, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por el encausado Loel Serapio Zorrilla Salazar a fs. 429, condeno a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de Peculado y Malversación de Fondos en agravio del Estado y de los Trabajadores del Hospital de Apoyo de Huari a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año bajo las reglas de conductas allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo que dure la condena; condeno a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de Peculado Culposo en agravio del Estado imponiéndoles un año de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año bajo las reglas de

Otro caso, podemos mencionar una Ejecutoria Suprema que señaló lo siguiente: "Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Linche Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa

conducta allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo que dure la condena; fijaron en tres mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los condenados en forma solidaria a favor del Estado, sin perjuicio de devolver la indebidamente apropiado en el caso de los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera Alejandro Bartolomé Collazos. Se inculpa a los encausados Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, que en su calidad de Cajero-Pagador y Tesorero, respectivamente del Hospital de Apoyo de Huari, se apropiaron de la suma de S/. 13,237.13 nuevos soles, que *había* sido retenido a los trabajadores de dicha entidad por concepto de aportaciones a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensione. imputándose también a los procesados Virgilio Leopoldo Huerta Jara / Loel Serafin Zorrilla Salazar, no haber actuado diligentemente en el desempeño de sus funciones como Jefe de Economía y Director, respectivamente, de la entidad agraviada, al no haber vigilado o impedido que los otros encausados se apropiaran del dinero. De lo actuado aparece que el informe pericial contable de fs. 311-313, ratificado a fs. 420-421, en el que señala que el dinero retenido (correspondiente a los meses de marzo, noviembre y junio de 1998) destinado para el pago de las Administradoras de Fondos de Pensiones fue utilizado en otros rubros, corroborado ello en parte con el propio dicho de los encausados Huerta Herrera (fs. 321) y Collazos Roca (fs. 328), quienes indican que al no haber sido recibido el dinero en los bancos con motivo de que faltaba el pago de la mora por retraso, lo tuvieron en su poder indistintamente, e incluso lo utilizaron para otros fines como son préstamos particulares, etc., es decir tanto en su propio beneficio como para el de terceros, proporcionar, en el presente caso todos los elementos necesarios para la construcción de los delitos investigados, de los cuales resultan penalmente responsables en concepto de co autores, los procesados Pablo Sergio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, por haber realizado directa y concertadamente los hechos enjuiciados. En tal evento también les alcanza responsabilidad penal a los encausados Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serafin Zorrilla Salazar, por haber actuado en el ejercicio de sus funciones negligente e imprudentemente, puesto que no obstante haberse cometido, los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran sus inferiores jerárquicos, y asimismo tercera? personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada. Correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente, más aun teniéndose en cuenta que en el informe pericial contable a fs.312, se indica que los encargados de ejecutar los pagos de acuerdo a las normas y funciones eran el jefe de economía, tesorero, cajero pagador y director ejecutivo de entonces.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal propone se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. **Lima, 28 de junio de 2002.**

y nueve de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y número seis uno seis ocho dos cuatro ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad en el complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis-cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de la maquinaria japonesa, de la cuenta corriente número seis-cero cero cero –cero dos cinco uno cuatro uno de la maquinaria china, cuenta corriente numérica seis-cero cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola”⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN- expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia de la Republica. Lo curioso de este caso, es que el hecho fue presentado como peculado doloso en grado de complicidad dolosa con relación a las terceras personas que se apropiaron de los caudales del Estado, sin embargo, la Corte Suprema aplicó la teoría de la desvinculación y tipificó correctamente como peculado culposo. Así en el Considerado Segundo, del Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN-, se tiene dicho lo siguiente: “Que, en la sentencia condenatorio se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la comisión del delito de peculado en su condición de cómplice primaria y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Maga Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha presentado su plena colaboración a coacusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de Tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en la sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación de delito. **Tercero.-** Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito sine qua non sin el cual no podría configurarse el mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 387° de Código Penal que establece: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”. **Cuarto.-** Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministro Público, y así asumida por Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno – que es precisamente lo que se imputa al citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando una tercera persona sustraiga caudales -en este caso-, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387° del Código

Se tiene que acreditar dentro del proceso penal el autor actúo mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otras personas, y no obstante ello permite que otras personas hagan sustracciones; este hecho será considerado, ya no como autor del delito de peculado culposo, sino de autor del delito de peculado doloso, o como co-autor del delito de peculado doloso, del primer o segundo párrafo, según corresponda.

4.4.2. La intervención del tercero (*extraneus*) en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado.

Nótese que la Ley penal prevé lo siguiente: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos..."*. El tipo de peculado culposo tiene como verbo sector el "sustraer" que significa extraer, retirar o alejar los caudales o efectos del lugar donde se encuentra, es decir, del dominio de la administración pública con la aprehensión física del tercero, que se aprovecha del estado de culpa incurrido por el funcionario público.⁽¹²⁾

Penal que tipifica: "Si el agente, por culpa, de ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido..." **Quinto.-** Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable. **Sexto.-** Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortiz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que lo nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal, entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso, incluso, puede ser resulta de oficio por el Juez; la misma que conforma lo establece el artículo ochenta del Código Penal, opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servicios públicos, el plazo de prescripción se duplica. **Séptimo.-** que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción del penal que generó la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extintivamente; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista en el ordenamiento sustantivo, quedó limitada al plazo de seis años, situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción. **Octavo.-** Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter del precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301° del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el decreto, Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Estando a las consideraciones expuestas

⁽¹²⁾ Dictamen Fiscal recaído en el Expediente N° 2368 – 2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

Es decir, que la única forma de cumplir con una parte del tipo penal es que las terceras personas –vinculadas obviamente al funcionario o servidor público– realicen el proceso de “sustracción” de caudales o efectos (distinto a lo que se exige en el peculado doloso que es mediante “apropiación” o “utilización”), que implica el respectivo traslado físico de los caudales o efectos del lugar donde se encontraban hacia otro lugar donde los órganos de control y vigilancia del Estado no puedan ubicarlo; esto es, que ya han pasado a poder de las terceras personas. En este punto, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que la: “a) *La sustracción: Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público*”.

Para entender tanto la responsabilidad penal del *intraneus* como del *extraneus* en el delito de peculado culposo pondremos el siguiente caso concreto: En unos días a tras fue contratada, mediante la modalidad de Contratación Administrativo de Servicios (C.A.S.), por una Institución Pública Municipal una joven profesional para ocupar el puesto de Tesorería para que organice dicho Oficina y eventualmente atienda al público usuario, a través de las respectivas ventanillas; un día la joven Tesorera se encontraba conversando en unos de los pasillos con sus demás compañeros de trabajo por algunos minutos, y en ese preciso momento la Gerente Municipal de Contabilidad, que iba a saludarla a dicha Tesorera, entra a su Oficina, que no había nadie, y observa que en una de las gavetas (que está semi-abierta) del escritorio de la Tesorera, habían varios billetes y monedas, los mismos que se encontraba metido dentro un sobre manila abierto, dinero perteneciente a la Caja Chica, es decir, dinero que iba ser utilizado para gastos corrientes dentro de la Institución Municipal. En tal situación, la Gerente Municipal de Contabilidad agarra los billetes y las monedas y los guarda inmediatamente en sus bolsillos de su pantalón y su saco, y en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, es intervenida por la Policía Nacional Anticorrupción y por la Fiscalía Penal Anticorrupción, pues a dicha Gerente Municipal se le estaba haciendo un seguimiento.

La pregunta que debemos hacernos sería la siguiente: ¿Es necesario para la represión del funcionario o servidor público que actúa culposamente, que el sujeto tercero realice (con dolo) la sustracción completa sobre los caudales o efectos del Estado? Es decir: ¿La sanción por delito de peculado culposo está condicionada a que se efectúe una verdadera afectación patrimonial al Estado (consumación) por parte de los sujetos terceros?; ¿Cam-

biaría la resolución del caso, si quien agarró (con dolo) finalmente los billetes y las monedas no era la Gerente Municipal de Contabilidad, sino más bien otra persona, por ejemplo, el Gerente del Área Legal de la Municipalidad?

Antes de responder las preguntas planteadas, debemos de dejar sentada nuestra posición que se trata de un "proceso" de sustracción de los bienes o efectos del Estado; es decir, que la conducta del tercero *intraneus* puede admitir espaciamientos en el *iter criminis* externo, desde que puede ser cometido, la sustracción, por dolo: puede haber diferencias entre actos de preparación, entre actos de ejecución y actos de consumación típica y hasta de actos de agotamiento, si es que se logra el fin último lucrativo del tercero *intraneus*. En tal sentido, cabría la posibilidad de una sustracción "tentada" punible (artículo 16°) y por supuesto de una "sustracción" consumada punible (artículo 387°, cuarto párrafo).

Aquí se puede plantear hasta dos puntos de vista de solución, que a continuación las señalamos:

- a) En primer lugar, podemos aplicar el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que la: "a) *La sustracción: Entendiéndosela como el **alejamiento** de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público*".

Es decir, aquí existe una combinación de teorías con relación al término de sustracción; aquella que señala que existe sustracción —y por ende consumación— cuando se aleja del lugar donde se encontraba, es decir, debe existir un desplazamiento físico del bien o efecto, combinada con aquella otra teoría que señala que existe sustracción —y por ende consumación— cuando ya la víctima o el titular del bien jurídico no puede ejercer ámbito de control y dominio sobre la cosa.

- b) En segundo lugar, resultaría a todas luces clara la idea que cuando el tipo penal 387°, cuarto párrafo, del Código penal, señala: "*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la **sustracción** de caudales o efectos...*", se está refiriendo a aquellas teorías que sobre la consumación se ha realizado en el delito de hurto y robo (delitos patrimoniales, es más existe al respecto una Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, N° 01-2005); en ese sentido podemos señalar, con respecto

al peculado culposo, que será suficiente que los sujetos terceros tengan, sobre la base de la sustracción, la llamada disponibilidad jurídica sobre los bienes o caudales, es decir, aquella posibilidad de libre disposición.

En el caso planteado anteriormente, podemos decir que aplicando la teoría de la mínima disponibilidad del sujeto activo, es toda la consumación con respecto a la Gerente de Contabilidad que la intervienen en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, con el dinero guardado en su cartera; es decir, la Gerente de Contabilidad sería castigada penalmente; sin embargo, me ha hecho la siguiente pregunta: ¿Por qué delito sería imputada?

Al final de cuentas qué criterio jurisprudencial habrá que seguir, para el caso del sujeto tercero que sustrae: el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, o la Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, N° 01-2005); habría aquí un supuesto de concurrencia o concurso de Acuerdos Plenarios Judiciales aplicados a un mismo caso o supuesto en particular, y aplicando correctamente un *principio de especialidad* (haciendo un parangón con el llamado concurso aparente de normas penales) debemos de aplicar aquél Acuerdo Plenario que analiza específicamente el delito de peculado, y este sería el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005; por ello la sustracción, debemos de entenderla como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública.

Una vez respondida la interrogante en el sentido de que en el caso planteado estamos ante un delito consumado por parte del sujeto tercero, ahora la pregunta, que por lógica tendríamos que hacernos: ¿De qué delito respondería dicho sujeto-tercero? En mi opinión, no sería por el peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo o segundo párrafo), pues para ello el autor (funcionario o servidor público) tendría que en "administración", "percepción" o "custodia" de los caudales o efectos del Estado, situación que no se presenta, ya que como afirma Rojas Vargas, "Técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo "sustraer" que apropiar o apoderarse, por ser más adecuado a la acción del tercero que no participa de las características inherentes a la posesión del bien, esto es, a la vinculación funcional"⁽¹³⁾.

En otras palabras, el tercero que "sustraer" no tiene definitivamente vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, por lo tanto si so-

(13) ROJAS VARGAS, 2007, p. 525

mos fieles al principio de legalidad material (artículo II del Título Preliminar del Código penal) no debería responder por el delito de peculado, sino por otro delito: un delito quizá patrimonial, hurto, si es que seguimos la teoría de la ruptura de la imputación penal; o en su defecto, por el mismo delito (de peculado), pero en calidad de partícipe, siguiendo la teoría de la unidad del título de la imputación penal, pero siempre su participación será de manera dolosa.

Sin embargo, esto acarrearía otra interrogante: ¿Se admite en nuestra dogmática jurídico-penal de corte “diferenciado” con respecto a los grados de intervención personal, participación dolosa (inducción o complicidad) en un hecho principal culposo? Y el problema se complica porque el delito de peculado culposo, tal como está redactado en nuestro Código penal, se trata de un tipo penal especial (delitos de infracción al deber), porque el sujeto es un funcionario o servidor público. El Código penal peruano, en la Parte Especial, ha guardado absoluto silencio con respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos-terceros en la sustracción dolosa de los caudales o efectos del Estado.

Algo parecido pasa también con respecto a los sujetos-terceros que intervienen en los delitos de colusión desleal, en los delitos de tráfico de influencia que expresamente se aluden en sus respectivos tipos penales, con el término “interesados”; claro con la salvedad que en la colusión y en el tráfico de influencia son delitos de comisión eminentemente dolosa, mientras que en el peculado es de comisión culposa, y las otras personas que sustraen son de comisión dolosa, aunque el artículo 387°, cuarto párrafo, no lo diga expresamente, pero se entiende que la única forma y circunstancia de sustraer un bien o efecto, es mediante una conducta intencional. Sería poco improbable que por actos negligentes o imprudentes el sujeto “sustrai-ga” personalmente un bien, caudal o efecto, en este caso del Estado.

Ahora bien, con respecto a la autoría y participación en el hecho principal cometido por culpa, existe la *tesis de la teoría unitaria*, es decir, que todos los sujetos involucrados en un delito culposo o imprudente, responderán a título de autores individuales; y por otro lado, existe la *tesis diferenciada*, en la cual diferencia los grados de intervención —en complicidad o instigación— en un hecho principal culposo. En ese sentido, pareciera que aplicando la tesis unitaria llegaríamos a la conclusión que el caso propuesto anteriormente, la Tesorera de la Institución, responderá obviamente como autora individual del delito de peculado culposo (artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal), y la Gerente de Contabilidad sería responsable, a

través de una especie de autoría individual dolosa, que desde mi punto de vista no resistiría una correcta calificación jurídico-dogmática.

En tal sentido, y vista la situación, tendríamos que de alguna manera diferenciar fácticamente en este punto, los grados de intervención (de manera dolosa) de las terceras personas en un evento delictivo, realizado por su autor a título de culpa. Esto permitiría que el sujeto *extraneus* responda en calidad de partícipe doloso (dejando la salvedad que sólo sería por complicidad material, desde que se necesita actos positivos y ejecutivos de sustracción), con una pena atenuada, en un peculado culposo realizado en calidad de autor, por el funcionario o servidor público, conservando con ello, la tesis de la unidad del título de la imputación penal, que sigue nuestra jurisprudencia penal vinculatoria⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Véase, el Acuerdo Plenario N° 02-2011 de la Corte Suprema de la República, sobre "Nuevos Alcances de la prescripción", en el punto 10, se señala expresamente: "Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad se sustenta en la infracción de deber, siempre será el autor del delito contra la administración pública, sin perjuicio —claro está— de diferentes presupuestos que también se requerirán para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero si admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, con partícipe: inductor o cómplice para fundamentar esa perspectiva —entorno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición, sostiene los siguientes:

- A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizada por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, participación del extraneus no constituye la categoría autónoma de co-ejecución de hecho punible, sí que es dependiente de hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, será partícipes de los que sin infringir el deber, forme parte del hecho referido al acción de infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incommunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula gratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad de extraneus como autor de un delito de infracción del deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor."

Ahora bien, hasta aquí hemos analizado supuestos en los cuales el autor realice la conducta culposa, por sí mismo, en forma personal; sin embargo, que pasaría en el caso si en vez de un autor, existen varios autores culposos. Existen varios funcionarios públicos, que tienen vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, y que sobre la base de una culpa "colectiva" de dichos funcionarios permite que terceras personas sustraigan los caudales o efectos del Estado. Existe lo que se llama una concurrencia de circunstancias culposas, imprudentes en un mismo evento criminal. Definitivamente, aquí habrá una autoría individual culposa por cada funcionario público; es decir, tendría que determinarse "individualmente", por cada uno de los funcionarios públicos, la infracción a su deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, puede presentarse el supuesto de que tanto el funcionario público como el sujeto *extraneus* se pongan de acuerdo para sustraer los bienes o efectos del Estado; con lo cual cambiaría toda la calificación jurídica; es decir, no estaríamos ante un delito de peculado culposo, desde que el funcionario público ha actuado con dolo (se aplicaría, en consecuencia, el primer o segundo párrafo del artículo 387° CP), y aplicaríamos las reglas generales de la autoría y participación (doloso), y para algunos en un delito especial (impropio) doloso, como lo es el peculado, y para otros en un delito de infracción al deber, como también lo es el peculado.

Como sostiene Fidel Rojas: "Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero que no existe una relación subjetiva de continuidad de propósitos; es más, no debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero, porque si no habrá coautoría, si hubiera dolo en ambos sujetos. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario y la sustracción del dinero o bienes por el tercero"⁽¹⁵⁾.

Finalmente, se podría dar el supuesto que el sujeto *extraneus* "domine" totalmente la voluntad del funcionario o servidor público, mediante un dominio por coacción o engaño; por ejemplo, si el tercero (que es un Gerente municipal del Área Legal) que le dice a su subordinado-servidor público que sustraiga un fardo de dinero de su respectiva oficina (es decir, dicho subordinado tiene a su cargo la custodia y vigilancia el dinero de la Municipalidad), y se lo dé, y que si existe una negativa por parte del subordinado-servidor público, inmediatamente lo despedirá de cargo que ostenta dentro de la Institución Pública; con lo cual aquí se hablaría de una autoría mediata (dolosa) con respecto al tercero *extraneus*, (véase el artículo 23° del Código penal) de un delito no de

⁽¹⁵⁾ ROJAS VARGAS, 2007, p. 528.

Peculado, sino más bien de un delito contra el Patrimonio, específicamente de hurto (ya que él, si bien es un Gerente del Área Legal, no tiene los atributos de Administración, percepción o custodia de los caudales propios del peculado). Con respecto al sujeto subordinado (que es un funcionario) sería un instrumento que actúa con vicio de la voluntad, por la coacción.

4.4.3. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad.

Es importante observar el resultado en los delitos culposos de resultado pues se presenta como su límite típico. Para configurar el delito culposo no basta la infracción del deber de cuidado, sino que se exige un resultado típico previsto en el Código Penal (por ejemplo: ocasionar la muerte de una persona en el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 111° CP, causar daño a otra persona en el delito de lesiones culposas –artículo 114° CP-).

Como en el delito de peculado doloso se exige una afectación patrimonial a los intereses del Estado, en igual sentido, en el peculado culposo se tendría que exigir un perjuicio económico, a parte obviamente de la probanza de la infracción al deber objetivo de cuidado generado por el funcionario o servidor público. Así lo estableció una Ejecutoria Suprema, que indica que un informe de parte que sustente un perjuicio no sustituye a la pericia contable y es insuficiente para condenar por peculado culposo⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Véase, la Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 775-2004-Junín (Data 45 000) Denunciado: Juan Segundino Bellido Galindo y otros Agravado: El Estado y otro; Asunto: Peculado por extensión y otros Fecha: 26 de octubre de 2004, quien señaló que: *“Se denunció a un residente de obra haber realizado un mal manejo presupuestario de recursos destinados a la ejecución de una construcción financiada por una entidad estatal, y haber presentado para la iniciación de la edificación una declaración jurada sobre la disposición del terreno que no contenía datos reales, lo que ocasionó la paralización de los trabajos. Asimismo, se le inculcó haber efectuado el pago total de honorarios de la inspectora residente y co-procesada, cuando no se había concluido la obra. Por último, se le inculcó el desembolso de dinero para la compra de materiales, habiendo cumplido con entregar una cantidad de materiales correspondiente a una suma menor. La denuncia fue por la comisión de los delitos de peculado por extensión, falsificación de documentos en general, falsa declaración jurada e inducción a error a funcionario público en agravio de entidad financiera de la construcción.*

La Sala Superior absolvió al acusado de la acusación fiscal, fallo que fue impugnado por la parte civil. La Sala Suprema, por su parte, en el extremo de la imputación formulada sobre peculado culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal, considera que de la exigencia del tipo, el agente debe actuar con negligencia, imprudencia o impericia; pero para determinar si uno se encuentra ante una culpa consciente o inconsciente, es necesario dilucidar el perjuicio causado al sujeto pasivo del delito, en el caso sub iudice el Estado. Luego, considerando que no se aprecia en autos la existencia

Ahora bien, qué tipo de repercusiones podemos mencionar en el delito de peculado culposo a partir de las modificaciones producidas en el peculado doloso, por la Ley N° 29758, en el sentido de haber clasificado en dos partes dicha infracción: un peculado doloso básico y peculado doloso agravado, todo ello en función al monto del bien o caudal apropiado o utilizado. ¿Esto también sería aplicable al delito de peculado culposo?

En principio, en el peculado culposo no hace referencia expresa al perjuicio económico al Estado, sólo se señala el término “culpa” y la “sustracción” del caudal o bien. En mi concepto, como estamos en una modalidad de “culpa por aprovechamiento (doloso) de tercero”, la culpa —entendida globalmente como una infracción penal y no sólo como parte de la tipicidad subjetiva— por sí mismo no tendría ningún sentido si es que no interviene un tercero en el proceso de sustractivo del bien o caudal, en tal sentido como en todo delito culposo no se reprime la tentativa, tendríamos que esperar a que se verifique que la sustracción producido por el *extraneus* cause finalmente un perjuicio económico al Estado.

de una pericia contable, fundamental en este tipo de delitos, que determine la sustracción de caudales o efectos o la existencia de un mal manejo del dinero proveniente del erario público, y obrando en autos solamente un informe realizado por el ente agraviado; consecuentemente para la Sala Suprema no resulta suficiente lo acreditado en el proceso para generar convicción en el juzgador y enervar así el principio constitucional a la presunción de inocencia con la que todo sujeto ingresa al proceso penal. Ello conlleva a que nada de lo actuado pueda servir de base para fundamentar una sentencia condenatoria por el delito analizado. Respecto de las imputaciones contra el encausado por los delitos de falsa declaración e inducción a error a funcionario público y falsa declaración en proceso administrativo, la Sala advierte la exigencia del dolo como elemento subjetivo de ambos delitos. Entiende así el dolo como el saber y querer todas las consecuencias del tipo legal, comprendiendo tanto el requisito intelectual (saber) y volitivo (querer), constituyendo la realización del plan la esencia misma del dolo, y consecuentemente con ello, un resultado, se considera dolosamente realizado cuando se corresponda con el plan del sujeto. Tras esta observación, la Sala Suprema analiza luego la conducta desarrollada por los sujetos, verificando si actuaron o no dolosamente. Nota así que al deponer su instructiva y ser examinados en el acto oral, los encausados manifestaron que habían conversado con la propietaria del terreno donde se iba a construir la obra para que este sea adquirido, por lo que presentaron ante la entidad estatal una declaración jurada de disposición del terreno, celebrándose posteriormente el contrato de compraventa. Bajo esta secuencia de hechos, entonces, la Sala Suprema determina que tal conducta no resulta punible por la ausencia del requisito subjetivo del tipo penal de querer lesionar el bien jurídico protegido por los delitos arriba mencionados. Finalmente, en relación con la imputación por el delito contra la fe pública -falsificación de documentos- la Sala Suprema nota que el tipo penal en este caso exige que el documento sea introducido en el tráfico jurídico y que se cause un perjuicio, considerado esto último como una condición objetiva de punibilidad. Verifica luego que este hecho no ocurrió, pues el terreno se encuentra saneado y regularizado conforme se desprende del contrato de compraventa. En consecuencia declara no haber nulidad en la sentencia absolutoria”.

Una posición en contrario, permitiría sancionar penalmente determinados actos de ejecución interrumpidos “culposamente” por el funcionario o servidor, lo cual sería un contrasentido; sin embargo, si aun cuando el *extraneus*, por causas ajenas o propias de la voluntad, no se produce la sustracción total o global del bien o caudal (habría en este punto una tentativa reprimible de peculado doloso), la conducta culposa del funcionario o servidor ya podría habilitarse, en mi concepto, la sanción a dicho funcionario servidor público a título de culpa.

En este apartado quiero dejar constancia de otro supuesto: si por ejemplo el *extraneus*, aprovechándose de la negligencia del funcionario, ha sustraído dolosamente un bien del Estado valorizado en más de 40.000 nuevos soles (esto es, superaría las 10 Unidades Impositivas Tributarias exigidas por la Ley N° 29703 por consiguiente sería un peculado doloso agravado), la pregunta sería: ¿Podemos aplicar en un hecho de peculado culposo la pena del peculado doloso agravado por el monto? En principio, estamos de acuerdo que una cosa es apropiarse de un bien de más de 10 UITs y otra de menos de 10 UITs, porque el perjuicio económico es distinto en uno como en otro caso, es más ese fue el principal motivo de reforma del peculado doloso propiciada por la Ley N° 29703.

Sin embargo, aplicar en un hecho de peculado culposo la pena prevista del peculado doloso agravado por el monto —de ocho a doce años de pena privativa de libertad— sería desconocer los marcos penales previstos para cada delito de la Parte Especial, sería, en otras palabras, ir contra del principio de legalidad punitiva; por ello y aun cuando sería un acto repudiable, la pena que se aplicaría al funcionario o servidor público, sería la del peculado culposo, es decir, la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, más la respectiva inhabilitación, recomendando que si el bien o caudal supera las 10 UITs la pena estaría más próximo al marco máximo legal.

4.5. Ley N° 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley N° 29758 de fecha 21 de Julio del 2011.

Tenemos que advertir que la Ley N° 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 (Ley que luego de un tiempo sumamente corto, y por presión mediática, fue modificado por la Ley N° 29758 de fecha 21 de Julio del 2011, actualmente

en vigencia⁽¹⁷⁾), Ley que modificaba el Código Penal peruano respecto de los delitos contra la Administración Pública; y específicamente en el delito de peculado doloso del artículo 387° decía lo siguiente: “*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos...*”; es decir, se estableció expresamente en la Parte Especial una especie de responsabilidad penal del funcionario o servidor público por omisión (impropia), ya que dicha conducta pasiva, tolerante del funcionario, permitía que otras personas vinculadas a dicho funcionario, se apropien o utilicen los caudales o efectos del Estado, claro que la condición era que dicho funcionario tenía que omitir a sabiendas que era para que terceras se apropien los bienes del Estado.

Es decir, tenía que probarse en el proceso penal, que el *intraneus* actuó con dolo en cualquier de sus grados, pues sólo así se entiende que el primer párrafo del artículo 387° del Código penal sea cometido mediante dolo (concordando con el artículo 12°, primer párrafo, del Código penal). Situación que ponemos en evidencia, porque el actual artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal peruano, señala: “*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...*”, es decir, si bien la descripción típica no es similar, pero el objetivo ilícito es totalmente idéntico (que el *intraneus* no sustraigan personalmente los caudales o efectos del Estado, sino que terceras personas lo realicen).

Sin embargo, la única diferencia la encontramos en el lado conductual y subjetivo: en la Ley N° 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 (hoy modificada) se reprimía un peculado activo y a la vez omisivo (doloso y también culposo por acción –véase el cuarto párrafo del artículo 387° en la Ley 29703–). Como hemos dicho la modificación hecha a través de la Ley N° 29758 de fecha 21 de Julio del 2011, actualmente en vigencia, suprimió aquella frase del artículo 387° “...o consiente que un tercero...”, y con ello suprimió también la comisión del delito de peculado doloso por omisión de funcionario con respecto de la sustracción de terceros, quedando sólo subsistente en el Perú, el peculado culposo por acción de funcionario o servidor con respecto a sustracciones de terceros.

(17) Véase, desde una visión crítica las modificaciones de la Ley N° 29703 y Ley N° 29758 en nuestros Delitos contra la Administración Pública: ZAPATA LÓPEZ, Aldo; “*Delitos contra la Administración Pública*”, en: Nuevas Tendencias del Derecho penal y Nuevo Código Procesal Penal”. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. José Hurtado Pozo, N° 03, Lima, 2011, p. 41 y ss.

4.6. Tipicidad subjetiva.

El funcionario o servidor público no debe actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar el descuido, ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de culpa. De lo contrario, se le imputará al funcionario o servidor público por la comisión de peculado doloso.

Resulta factible verificar el componente "subjetivo" en la imputación culposa, en el sentido de la conciencia o representación del deber de impedir la sustracción, y en tal concepto, tomar las precauciones debidas; para afirmar dicho componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado por parte del sujeto activo (funcionario o servidor público).

4.7. Grados de desarrollo del delito.

Por tratarse de un delito de culposo o imprudente, necesariamente el sujeto activo tendrá que realizar el perfeccionamiento total del tipo penal, para habilitar la penalidad propuesta. Se trata en realidad de acuerdo a la estructura típica de un delito de resultado material o lesivo.

Como se ha referido anteriormente los delitos culposos se reprimen cuando se da la consumación, no siendo admisible la tentativa (artículo 16º del Código penal). La base para ello está que en los delitos culposos se carece de una decisión delictiva que vaya más allá del resultado objetivo, elemento esencial de toda tentativa punible.

En ese sentido, por más que el funcionario público o servidor público haya podido realizar un comportamiento negligente, imprudente, con respecto al cuidado y vigilancia de los caudales o efectos del Estado, y sin embargo, esto no ha permitido que terceras personas —*extraneus*— hayan podido sustraer de manera doloso dichos caudales, a mi juicio, no habrá peculado culposo con respecto al funcionario o servidor público, pues tiene que haberse realizado la respectiva sustracción del caudal o efectos de los terceros, tiene que haber salido efectivamente de los ámbitos de custodia y vigilancia de la Administración Pública. Una opinión en contrario, daría pie a que se repriman penalmente meros actos de tentativa o interrupciones en el proceso ejecutivo en el marco de un delito culposo o imprudente, supuestos que la doctrina y jurisprudencia no la admiten.

Empero, debemos de dejar en claro una situación concreta: si los terceros aprovechándose de la negligencia inexcusable del funcionario o servidor público se proponen por ejemplo sustraer los caudales o efectos del Estado,

y en esas circunstancias otra persona, distinta al funcionario o servidor público, se da cuenta de tal situación y pone en alerta al personal de Seguridad de la Institución, con lo cual se frustra la consumación de la sustracción de los caudales. Si los terceros están en el proceso de ejecución delictiva, definitivamente serán castigados por el delito de peculado –por apropiación o utilización– *doloso* (artículo 387° CP) en grado de tentativa (artículo 16° CP); por el contrario, si lograron la sustracción del caudal o efecto del Estado, serán castigados por el delito de peculado doloso –por apropiación o utilización– consumado.

4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.

Aquí existe una agravante en función a la especialidad del objeto material del delito, ya que estaban a Fines Asistenciales o a Programas de Apoyo Social; circunstancia agravante que se encuentra también incorporada en el delito de peculado doloso de apropiación como de utilización (véase el artículo 387°, tercer párrafo, del Código penal). En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

EL DELITO DE PECULADO EN ESPAÑA Y EN PERÚ

Luis Roca de Agapito
Universidad de Oviedo
España

SUMARIO:

I. Introducción. II. La regulación del peculado en España y en Perú. III. El bien jurídico protegido. IV. Sujeto activo. 1. El concepto de funcionario público y el llamado "funcionario de hecho". 2. Extensión de la autoría a otros sujetos no funcionarios. V. Diferencias entre las legislaciones española y peruana relativas a la malversación. 1. Incriminación de la imprudencia y exigencia de ánimo de lucro. 2. Objeto material: caudales o efectos públicos. 3. Incriminación de conductas sin perjuicio económico. 4. Incriminación de las conductas de uso. 5. Modalidades de comisión por omisión. 6. Tipos agravados. 7. Penalidad.

I. INTRODUCCIÓN.

El delito de peculado⁽¹⁾ o de malversación⁽²⁾ de caudales públicos constituye uno de los delitos centrales del acervo punitivo con que contamos, tanto

⁽¹⁾ Así reza la rúbrica de la Secc. III del Cap. II del Tít. XVIII del Lib. II del Código Penal de Perú (en adelante CPP), que comprende los arts. 387 a 392 (se puede consultar en <http://spij.minjus.gob.pe>). Más normativa y jurisprudencia peruana sobre delitos de corrupción en la página web del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (véase <http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/presentacion>).

⁽²⁾ Como dice la rúbrica del Cap. VII del Tít. XIX del Lib. II del Código Penal de España (en adelante CPE), que comprende los arts. 432 a 435 (se puede consultar en <http://>

en España como en Perú, para hacer frente al fenómeno de la corrupción⁽³⁾. Como es sabido, resulta muy complicado medir la corrupción que existe en un país, pero aun con las correspondientes reservas, puede valer para comparar nuestros países el *Índice de Percepción de la Corrupción*, que periódicamente publica la organización internacional «Transparencia Internacional» (disponible en <http://www.transparency.org>), y creo que la evolución que se observa en los niveles de percepción de la corrupción tienen que ver con importantes casos de malversación que se produjeron en ambos países (Cuadro 1).

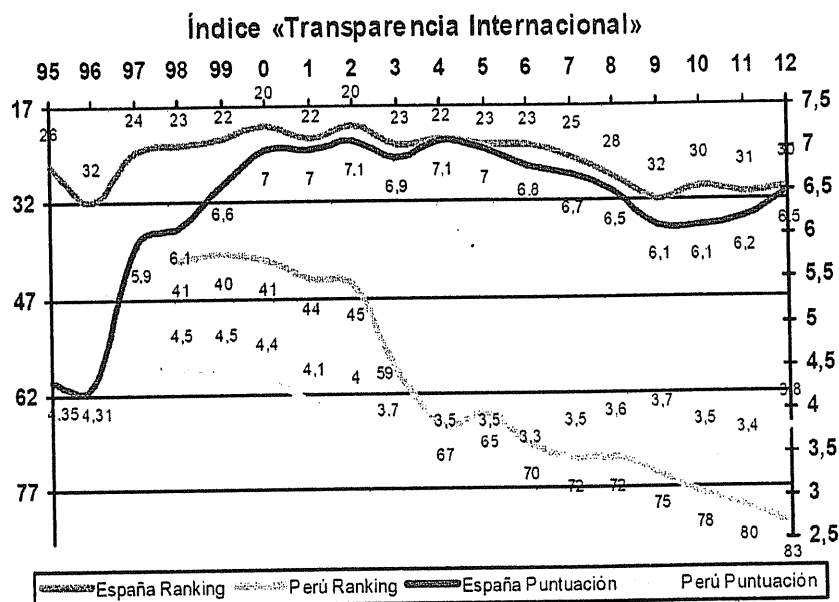
Por lo que alcanzo a conocer, tanto en España como en Perú, el peculado ocuparía, cuantitativamente hablando, un lugar privilegiado entre los delitos de funcionario⁽⁴⁾. Sin embargo, por lo que quizás haya suscitado un mayor interés en ambos países haya sido, cualitativamente hablando, por los casos que han afectado a los más altos dirigentes políticos. Baste con recordar los casos que dieron lugar a las condenas judiciales del expresidente Alberto Fujimori o del Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos, en Perú; o en España los casos Marey, Roldán y de los fondos reservados, en los que se condenaron a altos cargos del Ministerio del Interior, incluido el Ministro, o más recientemente los muchos que han afectado

www.boe.es/legislacion). Para consultar la jurisprudencia puede verse <http://www.poderjudicial.es>).

(3) Fruto de la importancia que tiene este delito ha sido la aparición de varias monografías dedicadas a este delito (ruego me disculpen que me limite a la bibliografía publicada en España). Además del ya clásico trabajo de SUÁREZ MONTES, "El delito de malversación de caudales públicos", en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, pp. 831 y ss., cabe citar también los de DE LA MATA BARRANCO/ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995 (relativo a la anterior regulación); y los de CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001; ENTRENA FABRÉ, *El delito de malversación*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación. (Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999 [sobre las obras de ENTRENA y de MORALES, véase también mi recensión a las mismas, en *Revista de Derecho Penal* nº 1 (2000), pp. 275 y ss.]; ROJAS BENÍTEZ, *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Ed. Universidad de Salamanca, 2009 (relativos al CPE de 1995).

(4) Según el último Informe de la República de Perú dirigido al Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) y de la Respuesta al Cuestionario (disponibles en <http://www.oas.org/juridico/spanish/per.htm>) y para España las *Memorias de la Fiscalía General del Estado* (disponibles en <http://www.fiscal.es>), el peculado sería el principal delito de corrupción por encima del cohecho, del tráfico de influencias, de los fraudes o de otros abusos funcionariales.

a miembros muy importantes del gobierno de diversas Comunidades Autónomas españolas, como en Baleares, Cataluña o Andalucía.



A raíz del descontento de la sociedad española por estos casos y de la terrible crisis económica por la que está atravesando España, se pretende lanzar por los políticos españoles un mensaje de “tolerancia cero” hacia este tipo de conductas, y para ello se proyecta reformar en bloque el delito de malversación, cambiando su configuración actual, pasando a concebirlo no sólo como una forma de enriquecimiento mediante el abuso del cargo, esto es, como un genuino delito de corrupción (que son más bien los casos acabados de citar), sino también como una forma de perjuicio al erario público sin necesidad de enriquecimiento para el funcionario⁽⁵⁾. A tal fin se planea

⁽⁵⁾ Véase, por todos, ROCA AGAPITO, “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, en: Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 921 y ss. Esta modificación forma parte de una reforma mucho más amplia. El 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros ha decidido remitir al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley (véase <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros>).

Lo más destacado de este Proyecto en este ámbito es que pretende convertir la malversación en un delito de administración desleal del patrimonio público. Esta transformación, en principio, se puede valorar de modo positivo, lo cual no quita para que se pueda criticar en muchos aspectos, como, por ejemplo, la atenuante específica para los funcionarios malversadores que reparen el daño causado al erario público o que colaboren con las autoridades para el esclarecimiento de los hechos o para la captura

convertir la malversación en un delito de administración desleal del patrimonio público.

II. LA REGULACIÓN DEL PECULADO EN ESPAÑA Y PERÚ.

La regulación de la malversación en España o del peculado en Perú presenta una gran complejidad, que se observa en cierto afán casuístico del legislador en la descripción de las conductas que estima merecedoras de castigo, así como en la previsión de una cláusula de extensión de la responsabilidad a sujetos que no son funcionarios y a objetos que no reúnen la condición de caudales públicos, pero que en ambos casos se les equipara a ellos. Por ello se puede hablar de una malversación propia y de una malversación impropia.

Dentro de la malversación propia en España se incriminan tres modalidades de conducta diferentes: 1) la apropiación de caudales o efectos públicos (art. 432 CPE); 2) su distracción o destino a usos ajenos a la función pública (art. 433 CPE); y 3) la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles públicos (art. 434 CPE). A ello hay que sumar la malversación impropia (art. 435 CPE). Recientemente se ha añadido una cuarta modalidad de conducta cuyo objeto material no son los caudales públicos, sino la contabilidad pública o los documentos que deban reflejar la situación económica de las finanzas públicas, castigando su falseamiento o la facilitación de información falsa relativa a dicha situación económica (art. 433 bis)⁽⁶⁾.

En Perú se castiga el peculado doloso y culposo (art. 387 CPP), el peculado de uso (art. 388 CPP), la malversación (art. 389 CPP), el retardo injustificado de pago (art. 390 CPP) y el rehusar a entregar bienes depositados o puestos bajo custodia (art. 391 CPP). Asimismo contempla también una cláusula de extensión de los tipos (art. 392 CPP), que vendría a comprender lo que se suele denominar como malversación impropia.

de otros responsables. En mi opinión, esta disposición resulta "inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico" (*op. cit.*, p. 927).

⁽⁶⁾ Este precepto, introducido en el CPE por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CPE en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, no viene a ser más que una adaptación del delito societario de falsificación de documentos sociales del art. 290 CPE (equivalente al art. 198 CPP) al ámbito público. Sobre este nuevo delito, véanse, entre otros, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, "¿Qué queda de la reforma del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis", en: *La Ley* nº 8020 (11 febrero 2013); MOCHÓN LÓPEZ/MOLINA MESA, *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos. (El artículo 433 bis del Código Penal)*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

De esta regulación se pueden observar ciertas diferencias, que iremos viendo, pero antes de ello, quisiera tratar la cuestión del bien jurídico protegido.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La malversación se podría configurar desde una de las tres siguientes perspectivas⁽⁷⁾: bien como un delito de carácter puramente patrimonial; como delito cuyo contenido de injusto se agota en la infracción del deber del cargo; o, finalmente, como delito mixto de contenido material pluriofensivo.

Muchas y muy variadas han sido las posiciones respecto a la naturaleza de la malversación. Basta con echar una ojeada a la configuración del bien jurídico realizada por la jurisprudencia en mi país, donde se postula un conglomerado de todas ellas, al afirmar que el patrimonio público no es lo único que se protege en el delito de malversación, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, así como la confianza del público en la gestión honesta de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen.

La doctrina en España también reconoce mayoritariamente la dualidad en el bien jurídico protegido en la malversación⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Véase, al respecto, entre otros, ROCA AGAPITO, "Malversación", en: Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. III ("Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia"), Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 492 y ss., donde pongo al día en doctrina y jurisprudencia mi anterior monografía.

⁽⁸⁾ CÓRDOBA RODA, "Art. 432", en: Córdoba Roda/García Arán (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2055; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, "Malversación de caudales públicos", en: *Delitos contra la Administración pública*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 184, al entender que "el atentado contra la correcta gestión del patrimonio público, conforme a los principios constitucionales y legales que la inspiran, se erige en contenido esencial de la lesión típica, más allá del mero perjuicio patrimonial..., que es el núcleo de la lesividad de la conducta en los delitos contra el patrimonio"; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1245, al decir que "la nueva configuración del capítulo, con la introducción del ánimo de lucro en dos de sus tres figuras delictivas posibilita, en esta línea, la configuración de estos delitos de un modo netamente patrimonial, si bien la especial naturaleza del mismo, la vinculación entre sujeto activo y objeto material, así como las ampliaciones comprendidas en el art. 435 CP, impiden una lectura practicada exclusivamente en estos términos"; no obstante, en posteriores ediciones han cambiado su postura y consideran que lo protegido es el "principio de eficacia" (véase, por ejemplo, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., 2009, p. 1727); y también OLIVEROS ROSELLÓ, "La malversación en el Código penal de 1995", en: *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial,

Una concepción meramente patrimonial de la malversación, como hurto o apropiación indebida agravada por la cualidad pública de la cosa sustraída, podría tener como argumento a su favor la configuración que históricamente ha tenido, sobre todo a través del crimen de *peculatus* del Derecho Romano⁽⁹⁾. Sin embargo, este argumento histórico no es del todo satisfactorio, pues en la regulación se ha dado una divergencia en el interés jurídico a proteger: o bien el patrimonio público, o bien la fidelidad en el ejer-

t. XXX, Ed. CGPJ, Madrid, 1996, p. 271, para quien "el contenido de injusto del nuevo delito de malversación vendría constituido por la lesión de la actividad patrimonial de las Administraciones Pública y por la lesión de la función pública, entendida como garantía de legalidad respecto del destino y utilización de tales bienes para la satisfacción de los intereses generales".

Por el contrario, cifran el bien jurídico únicamente en el patrimonio público, entre otros, CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 32 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras y modificación de otras conocidas", en *La Ley*, 1997-2, p. 1691 nota 44, para quien "el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un 'delito de deber'"; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 240, quien señala que "en realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público", o también DE LA MATA BARRANCO, "Los delitos de malversación", en: *Revista aragonesa de Administración Pública*, nº 11, diciembre, 1997, pp. 445-446, quien considera que una óptica funcional "permite afirmar el carácter exclusivamente patrimonial del objeto jurídico tutelado en las diferentes formas de malversación".

Desde una concepción excesivamente abstracta, MUÑOZ CUESTA, "El delito de malversación", en: *La Ley*, 1996-5, p. 1570, lo cifra en el correcto funcionamiento de la Administración pública, o más radical en este planteamiento es ROJAS BENÍTEZ, *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación...*, cit., p. 211, quien niega cualquier relevancia a los elementos patrimoniales en este delito y afirma que lo que se protege es simplemente la función pública, entendida como "capacidad apolítica del Estado para prestar un servicio a la sociedad". Sin embargo, en mi opinión, de este modo se confunde entre el auténtico bien jurídico y la *ratio legis*. Es indudable que mediante el castigo de la malversación se refuerza la función pública. Pero una cosa es este efecto colateral y otra, bien distinta, que la intervención penal se justifique en este caso sólo por eso. La malversación tiene que recaer sobre un concreto objeto material: los caudales público, lo cual da lugar necesariamente a la presencia de un bien jurídico de carácter patrimonial, en tanto que la dimensión abstracta de la función pública operaría como referente mediato o *ratio legis*.

⁽⁹⁾ La llamada *lex Iulia peculatus* aparece en varios fragmentos del *Digesto* (por ejemplo, 48, 13, 1; 48, 13, 4; 48, 13, 16; entre otros). La malversación también aparece regulada en la *Partida* 7, 14, 14 y en la Codificación española histórica se incluyó en los arts. 463-467 CP/1822; 309-313 CP/1848; 318-322 CP/1850; 405-410 CP/1870; 480-486 CP/1928; 399-404 CP/1932; 394-399 CP/1944. Sobre los antecedentes históricos, véase, con ulteriores referencias, ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 33 y ss. Actualmente en España también existe un delito de malversación en el ámbito militar (art. 195 CP militar).

cicio de la función pública, no existiendo una línea clara en su concepción que se siguiese a lo largo de la historia de nuestros textos jurídicos⁽¹⁰⁾, sino que, por el contrario, la génesis de los preceptos muestra un firme concepto de delito propio del sujeto que ejerce debidamente legitimado una función pública, y que proyecta su acto contra esa función⁽¹¹⁾.

En la actualidad casi nadie ha defendido el carácter puramente patrimonial de este delito, sino que más bien su naturaleza se ha concebido desde una perspectiva dual. Por una parte se destaca el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones⁽¹²⁾. Por lo que a esta última dimensión se refiere, cabe indicar que el sustrato homogéneo a todos los delitos de funcionarios se centra en el correcto ejercicio de la actividad administrativa, en la función pública como razón de ser de su incriminación en última instancia. Ahora bien, resulta difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario. Lo que la actual normativa⁽¹³⁾ comporta al respecto es una concepción objetiva de tales deberes. Si

⁽¹⁰⁾ Es más, se puede afirmar que, en el curso de la codificación española, la malversación no ha tenido nunca el carácter de hurto cualificado. El art. 341 CPE de 1822 fue el único precepto en toda la codificación española que estableció, en sede de delitos patrimoniales, un tipo agravado —en este caso de robo— cuando el objeto material fuese un bien público.

⁽¹¹⁾ OLESA MUÑO, "El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español", en: *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 631.

⁽¹²⁾ La Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 65/1986, de 22 de mayo señala a este respecto que "la comparación relevante a los efectos del artículo 14 de la Constitución [principio de igualdad] debe tener en cuenta también las características típicas del autor y objeto de protección de cada uno de los tipos penales que se comparan. Por lo tanto, aunque ambos delitos [apropiación indebida y malversación] se estructuran sobre una apropiación de bienes ajenos, hay también circunstancias de la malversación que lo diferencian claramente del otro. El autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse bienes ajenos, viola un deber de fidelidad respecto del Estado".

⁽¹³⁾ El art. 103 de la Constitución Española dispone que "*La Administración sirve con objetividad los intereses generales...*". También la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En Perú, el art. 39 de la Constitución Política de 1993 establece que "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*". La Ley Nº 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo, en su art. 2 sienta el principio de servicio al ciudadano:

la tradicional concepción subjetiva de estos delitos como infracciones de los deberes del cargo se basaba en las relaciones entre el funcionario y la Administración (en las denominadas relaciones de sujeción especial), ahora la relación se traslada a otro plano dimensional, cual es la relación entre la Administración y los ciudadanos. Las funciones públicas que realizan los funcionarios no se ejercen en beneficio de la Administración, sino en beneficio de los ciudadanos. La Administración pública es un medio o instrumento dirigido al fin común y no un fin en sí mismo.

En cuanto al aspecto patrimonial de la malversación es preciso tener en cuenta que los intereses patrimoniales de los entes públicos se ven afectados por las conductas malversadoras. E igualmente la denominada malversación impropia supone la frustración del derecho del acreedor favorecido por el embargo. Conforme a ello se puede determinar también cuál es el sujeto pasivo en la malversación: en la propia, los entes públicos; y en la impropia, los entes públicos y los particulares acreedores (en Perú habría que añadir también a las entidades de beneficencia o similares y personas jurídicas que administren bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social).

Algunos argumentos que cabría citar a favor de reconocer ese aspecto patrimonial a la malversación serían, entre otros, los siguientes⁽¹⁴⁾:

- el hecho de que se gradúe la pena en función del importe de los caudales;
- la existencia en Perú de una circunstancia agravante genérica de afectar al patrimonio público [art. 46.2 b) CPP];
- la relación entre la malversación impropia y el alzamiento de bienes, que es de un concurso aparente de leyes penales a resolver por el principio de consunción a favor de la malversación (de no resultar aplicable la malversación podría aplicarse el alzamiento de bienes, que es un delito exclusivamente patrimonial);
- la inclusión expresa como requisito típico de la malversación en la legislación española del ánimo de lucro (en este sentido, en Perú tendría el mismo valor la expresión «*para sí o para otro*», ya sea interpretada en sentido subjetivo o en sentido objetivo);

"Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, así como del interés general de la nación...".

⁽¹⁴⁾ Véase, entre otros, CASTRO MORENO, *La malversación de caudales...*, cit., p. 52.

- la aplicación a la malversación de la regulación del delito continuado imponiendo la pena en función del importe total de lo malversación (y precisamente el art. 74.2 CPE habla de «*infracciones contra el patrimonio...*»; en Perú no existe una regulación específica del delito continuado para los delitos patrimoniales, art. 49 CPP);
- la aplicación de la receptación a los bienes malversados (el art. 298 CPE habla igualmente de «*un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico...*»);
- el reconocimiento de homogeneidad con los delitos patrimoniales a efectos del principio acusatorio.

En este punto conviene destacar que el patrimonio público no puede ser concebido estáticamente, como si se tratase del dinero del avaro guardado a buen recaudo. El concepto de patrimonio público viene definido por dos notas: su movilidad o carácter circulante y su vinculación a fines concretos, a la prestación de servicios públicos⁽¹⁵⁾. Sin embargo, no se puede considerar que el bien jurídico protegido sea el patrimonio público desde su configuración funcional. En España la agravación de la pena en función del daño o entorpecimiento al servicio público se vuelve en contra suya. Para que se aprecie el tipo básico, y lo mismo se podría decir en Perú, no se precisa que se frustren los fines a los que se destinan los caudales públicos, esto es, que se entorpezca el servicio público. Además, si un particular sustrajese caudales públicos sin la intervención de un funcionario, no diríamos que el delito por él cometido (el hurto) proteja los servicios públicos.

Con todo, la malversación no es técnicamente un delito meramente patrimonial o un delito contra la propiedad cualificado por el carácter público del sujeto activo y de los bienes. El bien jurídico vendría a ser, en última instancia, el patrimonio público, pero no es lícito marginar la posición jurídica del sujeto activo a la hora de fijar el contenido total de injusto, pues ambos elementos (patrimonio público y funcionario) están entrelazados. El deber del funcionario no es concebido como un deber general de fidelidad para con la Administración, sino como la correcta gestión del patrimonio público que le ha sido encomendado. Agrupando todo ello en una expresión, el bien jurídico protegido sería **la correcta gestión del patrimonio público desti-**

⁽¹⁵⁾ Véase al respecto la amplia exposición de DE LA MATA BARRANCO/ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación y lesión del patrimonio público...*, cit., pp. 80 y ss., y particularmente pp. 96-101, donde se detienen a examinar el carácter funcional del patrimonio público, fundamentalmente a partir de las aportaciones (aún minoritarias en Alemania) que ha realizado Tiedemann en el ámbito del fraude de subvenciones.

nado a la prestación de servicios públicos (o de los bienes equiparados a través de la malversación impropia).

Por lo demás, sin una comprensión dual del bien jurídico protegido en el delito de malversación serían difíciles de explicar cuestiones tales como:

- la especial relación entre el sujeto activo y el objeto material (el funcionario ha de tener los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», art. 432 CPE; o «cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo», art. 387 CPP);
- la existencia de una modalidad de comisión por omisión y su equiparación con la comisión activa (arts. 432 CPE y 388 CPP);
- la asimilación punitiva entre la malversación propia y la impropia (arts. 435 CPE y 392 CPP);
- la distinción entre malversación y apropiación indebida cometida por funcionario abusando de su cargo [arts. 438 CPE y 190 en relación con el 46.2 h) CPP];
- la existencia de conductas malversadoras sin correlato dentro de los delitos patrimoniales, como las conductas de mero uso;
- el hecho de que en la malversación impropia puede faltar una cualidad esencial de los delitos patrimoniales, como es la ajenidad de los bienes;
- la existencia de figuras delictivas, por lo menos en Perú, que no comportan un perjuicio patrimonial (arts. 389, 390 y 391 CPP); o
- la incriminación del peculado por imprudencia (art. 395 CPP).

Todavía se podría pensar en una cuarta posibilidad de configurar la malversación, que tendría que ver con la protección de una expectativa o confianza en que se manejen los fondos públicos de un modo correcto. En España ha seguido este planteamiento, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ BACIGALUPO ZAPATER, "Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios", en: *Documentación Jurídica* n°s 37/40 (monográfico dedicado a la PANCP), vol. II, 1983, p. 1099.

En Perú parece apuntar en esta dirección la concepción de FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger: "El 'otro' en el delito de peculado doloso", en: *Gaceta Penal* n° 26 (agosto 2011) en *Gaceta Penal* n° 26 (2011), p. 43, al afirmar que "para nosotros la expectativa normativa que se protege con el delito de peculado es la que tiene toda persona (administrado) de que el Estado (a través de los administradores: funcionarios

Sin embargo, considero acertadas las críticas vertidas a esta opinión por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, al entender que se podría decir que es la propia infracción de los deberes del cargo lo que conlleva la pérdida de la confianza pública en el correcto ejercicio de las funciones públicas, por lo que no sería necesario hacer referencia además a dicha confianza. Bastaría con la simple violación de esos deberes, sin necesidad de hacer mención a esa confianza. Pero es que además, incluso interpretándose el bien jurídico en este sentido simbólico, más correcto sería entender que se refiere a la corrección en el ejercicio de dichas funciones, y no a la confianza pública en esa corrección, dado que sólo protegiendo aquélla se consigue ésta⁽¹⁷⁾.

A la vista de todos estos argumentos concluyo que tanto en Perú como España el bien jurídico protegido en el delito de peculado es de carácter dual, aunque con mayores matices de carácter patrimonial en la legislación española que en la peruana.

IV. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito de malversación es la «*autoridad o funcionario público*» o el «*funcionario o servidor público*». No obstante, en ambos países se sustituye ese sujeto activo común a las modalidades de malversación propia por otros que carecen de esa especial cualidad. Veamos el alcance de cada uno de estos conceptos.

Por otra parte, aunque esto es una opinión minoritaria, considero que la malversación es un delito especial propio. La condición especial del sujeto activo, que no se trata de cualquier funcionario, sino de aquel que tenga a su cargo por razón de sus funciones los caudales públicos, no es simplemente un elemento que comporte una punición distinta dentro de un mismo tipo de injusto (como pueda ser la apropiación indebida o la administración desleal), sino que precisamente forma parte de la esencia del tipo de injusto de la malversación.

o servidores públicos) destinará determinados caudales y efectos en bienestar (en su sentido ejecutivo, jurisdiccional, humanitario, etc.) de la sociedad (de lo contrario, no cumpliría su finalidad propia y legal), en las actividades de la percepción, administración o custodia, que son funciones que han asumido racional y formalmente". Y entiende que el delito de peculado "se configurará con el quebrantamiento de expectativas de que los caudales y efectos deben destinarse al bienestar de la sociedad, y no al bienestar individual del funcionario o servidor público o de cualquier otro particular".

(17) OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación de funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 268.

1. El concepto de funcionario público y el llamado “funcionario de hecho”.

A la vista del amplio y variado listado de delitos cuyo sujeto activo es el funcionario público, y si a ello le sumamos que también existen otros delitos que se cometen contra dichas personas, parece adecuado que tanto el CPE (art. 24) como el CPP (art. 425) hayan optado por ofrecer una definición de lo que se entienda por tales sujetos, y que dicha definición sea de carácter general y en principio con validez para todo el Código. No obstante, el CPE y el CPP se diferencian en este punto en cuanto a la ubicación sistemática de dicho concepto y también al alcance de dicha definición⁽¹⁸⁾.

Por lo que a la localización de dicha definición se refiere, el CPE lo sitúa al principio de la Parte General del Código. Por el contrario, el CPP lo sitúa en la Parte Especial, dentro del Título dedicado a los delitos contra la Administración Pública. En mi opinión, resulta más acertada la decisión del legislador español de ubicarlo en la Parte General.

Sin embargo, esto no es lo más importante en que se diferencian ambas legislaciones, sino en la técnica empleada a la hora de ofrecer un concepto de funcionario público. Mientras que el CPE ofrece un concepto autónomo de funcionario, sin que se pueda considerar como una norma penal en blanco, en cambio el concepto del CPP hay que completarlo con lo dispuesto en el Derecho administrativo, siendo más bien una norma de interpretación contextual auténtica. En mi opinión, mientras que el art. 24 CPE tiene una naturaleza constitutiva y no meramente interpretativa, es decir, la norma estaría creando un concepto autónomo e independiente respecto de otros conceptos de funcionario público ofrecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico, en cambio, el art. 425 CPP se trataría de una norma de interpretación contextual auténtica que no crea ningún concepto de funcionario público, sino que sólo aclara quiénes son las personas que ostenta tal cualidad a los efectos de aplicación del CPP.

¿Qué consecuencias tiene esta diferente técnica legislativa? Pues en mi opinión ello repercute en la cuestión del llamado “funcionario de hecho”. Dentro de esta categoría se podrían incluir a aquellas personas que ejercen funciones públicas sin ostentar los requisitos exigidos por la ley para poder ser consideradas funcionarios de derecho. Sin embargo, conviene distinguir dos hipótesis: 1) particulares que asumen, incluso por propia iniciativa, una

⁽¹⁸⁾ Sobre el concepto de funcionario en el CPE, véanse, entre otros, JAVATO MARTÍN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en: *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 23 (2011), pp. 145 y ss.; ROCA AGAPITO, “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en: *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 31 (2013).

función pública; y 2) quienes nombrados legítimamente no reúnen, sin embargo, las condiciones exigidas por la ley para tal nombramiento.

En el supuesto del particular que asume una función pública falta el título habilitador especial, con lo cual no cabe equipararlo al funcionario. Además, cuando se ha querido imponer una sanción penal en estos supuestos la ley los ha previsto de forma expresa, aunque con ciertos matices, como en los arts. 416, 423 y 435 CPE o los arts. 386, 388 párr. 2º y 392 CPP.

Por lo que al segundo supuesto se refiere, los actos realizados por dichas personas, mientras no se ponga término a la anómala situación, tienen, a los efectos penales, el carácter de actos realizados por un funcionario público en cuanto reúnen las dos únicas condiciones que el art. 24 CPE requiere, a saber, el nombramiento por autoridad competente y la efectiva participación en el ejercicio de funciones públicas. La nulidad con efectos *ex tunc* de la posición de funcionario únicamente afecta a las relaciones internas entre el funcionario y la Administración, no frente a la colectividad, pues a los ojos de ésta los actos realizados por dicha persona reciben la consideración de actos oficiales. Por tanto, más que de funcionario de hecho, en este supuesto en España se puede hablar perfectamente de funcionario de derecho a efectos penales. En cambio, en Perú este sujeto no se le podría considerar como funcionario a efectos penales⁽¹⁹⁾, pues el concepto que emplea es un concepto mucho más formal que el español, y absolutamente dependiente del Derecho administrativo funcional.

Por todas estas razones considero que el CPE ofrece una definición mucho mejor que el CPP del concepto de funcionario. Eso no quita para que se le pueda criticar por otros motivos.

El concepto de funcionario contenido en el CPE es claramente un concepto funcional, y no un mero concepto formal. La simple cualidad jurídica formalmente legitimadora (como puede ser en el Derecho administrativo la incorporación a la Administración o en el Derecho penal el título —por ley o elección, por ejemplo—) no es suficiente, sino que se precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas. Se trata, por tanto, de un

⁽¹⁹⁾ Por ejemplo, FRANCISCO RODRÍGUEZ, en: *Gaceta Penal* nº 26 (2011), p. 43, afirma con rotundidad que "la viabilidad de esta figura [la del funcionario de hecho] es intolerable dentro de un Estado Democrático de Derecho", y más adelante señala al respecto que "se pueden crear cargos fantasmas para recaudar ilícitamente fondos del Estado, pero no por esto (recaudar de facto) el sujeto ya es un funcionario competente, que puede responder jurídico-penalmente por el delito de peculado; simplemente cometerá un delito de usurpación de funciones, aceptación ilegal de cargo público o participe de un delito especial" (p. 44).

concepto funcional⁽²⁰⁾, ya que lo fundamental es el participar en el ejercicio de funciones públicas. Al Derecho penal, vinculado —como debe estar siempre— a la realidad, le conviene un concepto de funcionario no formal, como pueda ser el del Derecho administrativo, sino un concepto material o funcional. Es en este sentido por lo que juzgo más acertado el concepto ofrecido por el art. 24.2 CPE. Además, el art. 425 CPP viene a repetir en su apart. 4 lo mismo que está previsto en el art. 392 CPP, que extiende las disposiciones de la malversación a los «*administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares*».

2. Extensión de la autoría a otros sujetos no funcionarios

Precisamente por aquella razón —esto es, la importancia de la participación en el ejercicio de funciones públicas— es por la cual el legislador, en algunas ocasiones, ha considerado oportuno tratar por igual a particulares y a funcionarios públicos. Pero conviene advertir que esa equiparación punitiva no equivale a identidad conceptual, y que en algunos casos pudiera vulnerar principios básicos del Derecho penal.

En este sentido considero criticable la extensión de punibilidad contenida en el párr. 2º del art. 388 CPP «*al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública*». No tanto porque se trate de personas que simplemente colaboran con la Administración, con lo que podría discutirse que participen en el ejercicio de funciones públicas, que como he dicho es lo relevante, sino porque no reúnen la cualidad especial que debe unir al sujeto activo con el objeto material. En España este supuesto podría quedar englobado bajo la previsión del art. 435.1º CPE, que se refiere «*a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas*». Sin embargo, ese «*hallarse encargado*» expresa, a mi modo de ver, una relación semejante a la de «*tener a su cargo por razón de sus funciones*» de la malversación propia (art. 432 CP)⁽²¹⁾, por lo que en última instancia no podría aplicarse la regulación de la malversación a dichas personas.

⁽²⁰⁾ Así lo ha defendido también, entre otros, DONNA, "El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal", en *Revista Latinoamericana de Derecho* nº 4 (2005), pp. 153 ss., concretamente, p. 171.

⁽²¹⁾ Con más detenimiento en ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 281 y ss., ÍDEM, "Malversación", ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 535 y ss.

En Perú, se ha previsto expresamente extender a dichas personas lo dispuesto en el párr. 1º del art. 388 CPP. Este precepto se refiere a «vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda». La redacción de esta norma da pie a que se pueda interpretar de dos maneras: 1ª) Que los bienes pueden ser tanto de titularidad pública, como privada. En el primer caso no haría falta que los bienes estuviesen bajo guarda del funcionario; en cambio, en el segundo sí. 2) Que los bienes tienen que pertenecer a la Administración y además hallarse bajo su guarda. El legislador peruano en vez de estar diciendo «o» estaría diciendo más bien «y». Yo me inclinaría por esta segunda interpretación por lo siguiente. Haciendo una interpretación sistemática, considero que todas las figuras de peculado propio tienen unos elementos comunes, que son, además del bien jurídico protegido, el sujeto activo, el objeto material y la relación específica entre éste y aquél. Ampliar el carácter público del objeto material a bienes de particulares que pasan “por manos” de la Administración me parece criticable (*infra* IV.2.). Estos casos, en mi opinión, no son más que un delito patrimonial (por ejemplo, «utilizar sin la debida autorización un vehículo» del art. 244 CPE, o el hurto de uso de un bien mueble del art. 187 CPP) agravado por la circunstancia de prevalimiento del cargo público. Es decir, entiendo que para cometer un peculado el funcionario tiene que tener una relación específica con el objeto material, y no simplemente que se prevalga de su cargo para cometer la depredación patrimonial. Debe tratarse de una encomienda específica sobre unos determinados bienes y con un alcance delimitado.

Por otra parte, también se han asimilado a los funcionarios públicos ciertos particulares dando lugar a lo que se conoce como malversación impropia (arts. 435 CPE y 392 CPP), la cual tiene una dimensión distinta en Perú que en España. Ambos países tienen en común la extensión de las disposiciones de la malversación propia a administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Sin embargo, luego se diferencian en que Perú extiende dichas disposiciones también a bienes privados destinados a la beneficencia, a fines asistenciales o a programas de apoyo social; mientras que el legislador español lo que hace es extender la malversación a personas que no son funcionarios públicos, pero que se encuentran encargados por cualquier concepto de caudales públicos.

La equiparación punitiva entre la malversación propia y la impropia parece más justificada en este último caso, pues en ambos casos se afecta al patrimonio público y además entiendo, como ya dije, que la posición en la

que se encuentran estos encargados tiene que ser equivalente a la del funcionario público competente.

En España esta disposición ha servido para dejar claro, sin lugar a la menor duda, que las disposiciones de la malversación son extensivas también a supuestos en que la Administración se sirve de particulares (sean personas físicas o jurídicas⁽²²⁾), que como depositarios están habilitados para efectuar pagos o recibirlos, como son los supuestos de la persona contratada como recaudador, o los administradores de loterías. Sin embargo, el alcance de estos tipos no debe extenderse a supuestos en que una persona se halle simplemente *de facto* en la tenencia de caudales públicos, que no deberían pasar de una calificación como apropiación indebida.

Más discutible puede ser la equiparación que se produce entre los bienes privados y los públicos, pues el Erario público no se vería afectado por ninguna parte⁽²³⁾. Pero si hubiera que justificarla de alguna manera, yo distinguiría, por un lado, la equiparación entre los bienes destinados a la caridad, y por otro, los bienes embargados o depositados.

Este último caso recuerda en cierto modo la tesis jurisprudencial de la publicidad por destino o adscripción de unos bienes particulares a unos servicios públicos, ya que los bienes serían privados tanto en origen (antes del embargo) como en destino (después de la adjudicación). La diferencia es que mientras ésta es una construcción jurisprudencial, aquella es una asimilación con base legal. La justificación de que figuren en el mismo Título y Capítulo se encontraría más bien en la equiparación de los sujetos activos,

(22) Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 4/2009, de 23 de enero, confirmada luego por la Sentencia del Tribunal Supremo español nº 1394/2009, de 25 de enero de 2010, relativas al caso conocido como "saqueo de Marbella", condeno por el art. 435.1º en relación con el art. 432 CPE a los administradores de tres empresas municipales encargadas de fondos municipales, que se apropiaron de casi 4.000 millones de pesetas (=más de 24 millones de euros, más de 90 millones de soles peruanos), al tomar en consideración el art. 31 CPE: "existiendo en la actualidad el art. 31 CP, que permite hacer extensiva la tipicidad de los delitos especiales, y entre otros de la figura penal contemplada en el art. 435, no a quien tenga directamente encomendada la gestión de fondos públicos, sino a quien actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona física o jurídica en quien sí concurra esa cualidad o condición personal contemplada como elemento del tipo. Por tanto, el eventual reproche atinente a que en el acusado no se dé la cualidad de funcionario público resulta inocuo, ante la existencia del art. 435.1º CP, donde se contempla casos de gestión efectiva de empresas".

(23) Yo he propuesto que la modalidad de malversación consistente en el "quebrantamiento de depósito" se traslade a las insolvencias punibles. Véase, ROCA AGAPITO, "Alzamiento de bienes", en: Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, cit., p. 742.

que se encuentran desempeñando una función jurídico-social próxima a la de un funcionario público.

La jurisprudencia en mi país reconoce como uno de los elementos configuradores de la malversación impropia el que exista una persona designada por la autoridad judicial depositaria de los bienes, y que por ello adquiere *ex lege*, **el ejercicio de una función pública** produciéndose así una paridad subjetiva del autor. Por ejemplo, se ha calificado a un administrador judicial como “auxiliar del juez”, el cual actúa, como los demás auxiliares del órgano ejecutivo, con potestad delegada del juez ejecutor. O se ha dicho que a los depositarios o administradores de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad les conciernen, además de las obligaciones características de todo depositario, los especiales deberes de probidad, integridad, fidelidad, lealtad, respeto u obediencia, inherentes a la encomienda de cualquier función pública.

Sin negar la importancia social de las funciones que desempeñan las entidades de beneficencia o las personas jurídicas que administran bienes destinados a fines asistenciales o de apoyo social, creo que ello no justifica la equiparación al ejercicio de funciones públicas, que es a lo que creo que responde el fundamento de esta disposición. Ciertamente lo que se deba entender por función pública no es una cuestión pacífica, pero en mi opinión hay que seguir un criterio mixto teleológico-subjetivo. Lo que constituiría el núcleo de la definición de un funcionario público, o en este caso de personas asimiladas a él, debería ser que su conducta se pueda considerar la expresión de la actuación de un **poder público** dirigida al interés general.

Evidentemente las funciones de caridad, beneficencia, asistencia y apoyo social están destinadas al bien común o general, pero este criterio, por sí solo, no resulta suficiente para considerar dichas funciones como públicas. Si esa fuese la razón, se deberían considerar como funciones públicas las realizadas, pongamos por caso, por un colegio privado, ya que no se puede negar el interés general o colectivo que tiene la educación; y así se podría seguir diciendo lo mismo con otras muchas, tales como las de asistencia médica, el transporte, las telecomunicaciones, la fabricación de vacunas, etc., que prestan organismos privados⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Esto me recuerda, en cierto sentido, la duda que se planteó en mi país acerca de si los médicos y profesores quedaban amparados por la protección penal que otorga el delito de atentado. Pues bien, la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 2/2008, de 25 de noviembre (disponible en <http://www.fiscal.es>) dijo que no, porque “los profesionales de la salud o de la educación que aún prestando servicios públicos o sociales, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la

No es sólo el interés general o colectivo lo que configura la naturaleza pública de una función, sino que resulta igualmente necesario que dicha actuación se incardine en el esquema organizativo de un poder público. Recordemos que el Título donde se ubica la malversación se refiere a los delitos contra la Administración Pública. Y es que los poderes públicos no pueden actuar con la libertad que lo pueden hacer los particulares, sino que se hallan fuertemente vinculados por determinadas obligaciones que les imponen la Constitución y las leyes⁽²⁵⁾, cosa que las entidades privadas no.

En conclusión, no considero correcta la extensión de la malversación prevista en el art. 392 CPP a *«los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares»*, ni tampoco a *«todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social»*.

V. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y PERUANA RELATIVAS A LA MALVERSACIÓN

1. Incriminación de la imprudencia y exigencia de ánimo de lucro.

En Perú se incrimina expresamente la comisión por imprudencia o *«culpa»*, cosa que en España no, donde sólo se han contemplado modalidades dolosas⁽²⁶⁾. Esto comporta que en España toda responsabilidad a título de imprudencia se deriva hacia el Derecho administrativo disciplinario. Es más, en España se exige como elemento del tipo que se actúe con *«ánimo de lu-*

Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra formula de relación jurídica similar... no ostentan la cualidad de funcionarios públicos".

(25) Los poderes públicos no pueden hacer lo que les dé la gana, porque tienen expresamente proscrita la actuación arbitraria (arts. 9.3 Const. Española; 45 Const. Política Perú), porque tienen la obligación de promover que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (arts. 9.2 Const. Española; 44 Const. Política Perú), porque les vinculan todos los derechos y libertades (arts. 53.1 Const. Española; 44 Const. Política Perú), porque están sometidos al Derecho presupuestario (arts. 134.2 Const. Española; 77 Const. Política Perú) y a la censura del Tribunal de Cuentas (arts. 136 CE; 82 Const. Política Perú), porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales (arts. 103.1 Const. Española; 39 Const. Política Perú), porque han de someterse a ciertos principios del procedimiento administrativo (arts. 105 CE; 39 Const. Política Perú y la Ley N° 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo) y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (arts. 106.1 CE; 148 Const. Política Perú).

(26) En el CPE de 1944 sí se contemplaba (art. 395).

cro», mientras que en Perú no⁽²⁷⁾. A mi modo de ver, el ánimo de lucro es una pieza extraña en la regulación de la malversación, que no debiera haberse incluido, puesto que el ámbito del injusto típico se ve reducido de una manera inadecuada⁽²⁸⁾. Por poner tan sólo algunas consecuencias de ello: en primer lugar, ya no cabe considerar como malversación supuestos en que el funcionario actúe con la intención de hacerse pago de una deuda que la Administración Pública tenga con él, puesto que la intención de cobrarse lo que se le adeuda excluye el ánimo de lucro; en segundo lugar, puesto que el requisito del ánimo de lucro se refiere también al tercero que sustrae los caudales y que el funcionario consiente que lo haga, también se excluiría la responsabilidad si el tercero no actúa con dicho ánimo o el funcionario crea erróneamente que falte, aunque dicho error sea vencible; y en tercer lugar, tampoco serían susceptibles de ser calificadas como malversación, aquellas conductas de apropiación de caudales públicos para su destrucción, puesto que no concurre el ánimo de lucro. Precisamente este último supuesto se hace patente en la malversación impropia, en la que no tiene ningún sentido introducirlo, y es lo que se hace al extender al art. 435 CP las disposiciones relativas a la malversación propia⁽²⁹⁾.

Conforme a lo expuesto, me parece más correcta la legislación peruana en cuanto que no requiere que se actúe con ánimo de lucro, aunque no me parece correcto que se incrimine el peculado de uso por imprudencia.

2. Objeto material: caudales o efectos públicos.

En España el objeto material del delito de malversación está constituido por los «caudales o efectos públicos» (así aparece en los arts. 432.1, 433 y 435.2 CPE), aunque también se han utilizado otras expresiones para referirse al mismo.

⁽²⁷⁾ Es cierto que la expresión “para sí o para otro” que utiliza el art. 387 CPP pudiera interpretarse en un sentido subjetivista o finalista, como que actúe con la intención de obtener un beneficio propio o de tercero (“para beneficiar a alguien”). Sin embargo, también cabría hacer una interpretación objetiva de este elemento, en el sentido de que efectivamente se produzca otro resultado típico (“con beneficio para alguien”), de tal manera que se tiene que dar igualmente para que el delito esté consumado. Véase al respecto, por todos, FRANCISCO RODRÍGUEZ, en: *Gaceta Penal* nº 26 (agosto 2011), pp. 39 y ss.

⁽²⁸⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 190 y ss.

⁽²⁹⁾ Como ya puse de relieve en ROCA AGAPITO, “Nuevo perfil de la malversación en el Código Penal de 1995. Destrucción de cosa propia embargada”, en: *El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1721 y ss.

En Perú se utilizan expresiones similares, aunque con algunas diferencias. Por de pronto, no aparece claramente acotado el carácter público de los caudales. Solamente en el peculado de uso se dice expresamente que el objeto material tiene que ser «*perteneciente a la Administración pública*» o que «*pertenece al Estado o a cualquier dependencia pública*» (art. 388 CPP). En todos los demás preceptos en ningún momento se dice expresamente que los bienes tengan que ser públicos. Desconozco cómo interpretan los Tribunales peruanos este aspecto de la malversación, pero supongo que lo circunscribirán al Erario público. De lo contrario, el contenido de injusto y la naturaleza de este clásico delito contra la Administración pública se desdibujarían por completo. Más bien sería un delito contra la propiedad agravado por la condición del sujeto activo, que en mi opinión no justificaría ni su ubicación sistemática (entre los delitos contra la Administración Pública), ni las numerosas conductas incriminadas (algunas de ellas no encuentran paralelo entre los delitos contra la propiedad), ni por supuesto las graves penas previstas para las mismas (mucho más graves de lo que resultaría de aplicar las reglas generales de determinación de la responsabilidad penal por la concurrencia de atenuantes y agravantes). Si se tratase de un simple delito contra la propiedad agravado por la condición del sujeto activo habría sido suficiente con castigar el delito patrimonial correspondiente con la correspondiente agravante por la condición pública del sujeto activo [arts. 46.2 h) y 46-A CPP]. Frente a ello no se podría contraargumentar diciendo que sí sería necesaria la incriminación expresa del peculado, porque no sería un delito contra cualquier patrimonio, sino contra el Erario público. Sin embargo, en Perú ya existe una agravante consistente en «*ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos*» [art. 46.2 b) CPP], por lo que tampoco sería necesaria dicha incriminación expresa. Sin embargo, esta argumentación no es válida, porque se olvida de que el peculado exige una especial relación entre el funcionario y los caudales públicos: que «*le estén confiados por razón de su cargo*». Es precisamente esta relación de competencia específica lo que permite distinguir una apropiación indebida agravada por el abuso del cargo de una malversación. En España la apropiación indebida agravada por el abuso del cargo se encuentra específicamente regulada en el art. 438 CPE. En Perú se correspondería con el art. 190 CPP con la agravante del art. 46.2 b) CPP.

Parece que habría que interpretar, entonces, que los bienes, igual que sucede en España, tienen que ser **públicos**. Admitido esto, considero criticable que se haya equiparado el uso indebido de bienes públicos y privados, según se ha previsto en el art. 388 CPP al alcanzar a bienes «*pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda*», si es que

se admite esta interpretación, aunque yo he sugerido antes otra posibilidad (*supra* III.2.).

A pesar de lo dicho, debo señalar que en España los Tribunales vienen a equiparar en la práctica los bienes privados a los públicos a través de la construcción de su "*publicidad por destino o adscripción a unos servicios públicos*". Serían aquellos supuestos de caudales que son privados en origen y destino, pero ese tránsito del origen al destino se produce a través de un organismo público, en cuyo intervalo son malversados por el funcionario que los tiene a su cargo. El Tribunal Supremo español ha establecido que para que un objeto de un particular pase a formar parte de la Administración es necesario que concurren tres requisitos: a) la incorporación a las actividades que la Administración desempeña; b) la vinculación a un funcionario o varios funcionarios públicos, que adquieren unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto; y c) que la infracción de tales deberes origine responsabilidad de la entidad pública, que de por sí excluiría la relación de propiedad, ya que si la Administración fuese propietaria no sería responsable.

La jurisprudencia española ha considerado como supuestos de caudales particulares que pasan a formar parte de la Administración, entre otros, los giros postales, el depósito de dinero que se hace en el juzgado para una subasta o una fianza, o los valores pertenecientes a la testamentaría del causante depositados en un consulado de España en el extranjero.

En mi opinión, estos supuestos deberían ser castigados como apropiación indebida agravada por abuso de cargo público [arts. 438 CPE ó 190 en relación con el art. 46.2 b) CPP].

Otro aspecto del objeto material en que se diferencian las dos legislaciones es que en Perú no hay ninguna conducta de peculado que comprenda los **bienes inmuebles**. La utilización de bienes inmuebles por parte del funcionario en provecho propio o de tercero sólo podrían ser reconducidos al delito de administración fraudulenta del art. 198.8 CPP con las agravantes del art. 46.2 b) y h) CPP. Esta solución no me convence, porque el peculado no es un mero delito contra la propiedad agravado por el carácter público del objeto material y del sujeto activo. Por el contrario, en España se ha previsto una modalidad de aplicación privada de bienes muebles e inmuebles públicos (art. 434 CPE). En mi opinión resulta un acierto incluirla, aunque la forma en que se ha hecho resulta criticable, porque adolece de una redacción poco clara, que obliga al intérprete a realizar un esfuerzo desmesurado

no sólo en su interpretación gramatical, sino también en el deslinde frente a otras modalidades de malversación⁽³⁰⁾.

En conclusión, me parece más correcta la regulación española en esta cuestión del carácter público de los caudales y en cuanto a que alcance también a los bienes inmuebles.

3. Incriminación de conductas sin perjuicio económico.

En Perú también se incriminan modalidades que no implican ningún perjuicio para el Erario público, como son la malversación (art. 389 CPP), el retardo injustificado de pago (art. 390 CPP) y el rehusar a entregar bienes depositados o puestos bajo custodia (art. 391 CPP). En cambio, en España estas conductas no son constitutivas de delito⁽³¹⁾ y sólo pueden dar lugar a una responsabilidad disciplinaria. En mi opinión, este recorte en la respuesta sancionadora del Derecho penal puede estar justificado en atención a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, y así reservar la intervención penal sólo para los casos más graves de malversación⁽³²⁾. No obstante, hay que tener en cuenta que el merecimiento de sanción penal, a mi modo de ver, no sólo se debe medir en términos de perjuicio para el patrimonio público, sino también por el perjuicio que se produzca a la prestación de los servicios públicos. Por eso, considero que el destinar los caudales públicos a fines públicos diferentes de los que tuvieren asignados pudiera merecer sanción penal en el caso de que se produzca un grave daño o entorpecimiento del servicio público al que estuvieren adscritos dichos caudales⁽³³⁾.

Conforme a lo expuesto, juzgo correcta la regulación de la malversación del art. 389 CPP, pero en cambio no comparto la incriminación del retardo injustificado y el rehusar a entregar bienes depositados o puestos bajo custodia o administración de los arts. 390 y 391 CPP.

4. Incriminación de las conductas de uso.

Tanto en España como en Perú se castigan no sólo conductas de apropiación de los caudales, es decir, supuestos en los que la intención del au-

⁽³⁰⁾ Véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, "La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP). Un tipo desafortunado", en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, t. II, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 79 y ss.

⁽³¹⁾ Estaban previstas en los arts. 397 y 398 del CPE de 1944.

⁽³²⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., p. 69.

⁽³³⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, pp. 256 y ss.

tor es excluir a la Administración de una forma definitiva de los caudales públicos, sino también conductas de uso, las cuales implican solamente la intención de privar de modo temporal a la misma de las facultades de uso de dichos caudales.

Conviene aclarar que en Perú, al igual que sucede en España, se han previsto dos preceptos que castigan conductas de mero uso, lo cual puede generar cierta confusión entre ambos. En mi opinión, y haciendo un paralelismo con la interpretación que he defendido respecto de los arts. 433 y 434 CPE⁽³⁴⁾, entiendo que la diferencia entre la modalidad de utilización del art. 387 CPP y el peculado de uso del art. 388 CPP estriba en si ha habido o no separación de los bienes del ámbito público. Sólo así se puede entender la menor penalidad prevista en el art. 388 CPP frente a la del art. 387 CPP. De este modo estas penas obedecerían a un comportamiento de menor entidad lesiva, por tratarse sólo de un uso o utilización sin desplazamiento, sin separación del objeto del ámbito público.

Con toda la legislación peruana sobre las conductas de uso resulta criticable fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, la equiparación punitiva entre el apropiarse y el utilizar que contempla el art. 387 CPP no está justificada. En mi opinión, con este proceder se vulnera el principio de proporcionalidad, puesto que el contenido de injusto de la conducta de utilizar es menor: en la utilización falta la voluntad de apropiación, que se

(34) A primera vista pudiera parecer que la conducta "dar una aplicación privada" del art. 434 CPE, en poco o en nada se diferencia de "destinar a usos ajenos a la función pública" del art. 433 CPE. Sin embargo, no se puede entender que sean conductas iguales. Veamos: Si se produce una conducta subsumible en el art. 433 CPE sin reintegro de los caudales, entonces se aplica la grave pena del tipo de apropiación del art. 432 CPE, conducta que supone un desplazamiento, un apartamiento, pues el art. 432 CPE tipifica una apropiación. Por el contrario, si uno quisiese entender que la conducta del art. 434 CPE coincide materialmente con la contemplada en el art. 433 CPE, y teniendo en cuenta que no existe una previsión semejante a la del art. 433 CPE sobre el reintegro, no se comprendería cómo la pena del art. 434 CPE es mucho más benigna que la que se ordena para el supuesto del art. 433 CPE sin reintegro, siendo así que, a mayor abundamiento, el comportamiento del art. 434 CPE aún contiene el sobreañadido de la causación de un perjuicio para la causa pública. Por consiguiente, para no incurrir en una contradicción axiológico-punitiva, será preciso entender que la pena del art. 434 CPE es la que es (inferior a la de la apropiación del art. 432 CPE y a la de la destinación a usos ajenos a la función pública del art. 433 CPE sin reintegro), simplemente porque en el art. 434 CPE no se trata de una conducta de apropiación ni de distracción propias de los arts. 432 y 433 CPE, que suponen una separación de los bienes del ámbito público, sino un comportamiento de menor entidad lesiva, por tratarse sólo de un uso o utilización sin desplazamiento, sin separación del objeto del ámbito público. Véase, ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 263 y ss.

manifiesta en el decidido propósito de reintegrar los caudales tras su momentánea utilización. Y en segundo lugar, no se prevé ningún incentivo para la devolución de los caudales atemperando la pena en caso de reintegro [dejando al margen la circunstancia atenuante genérica del art. 46.1 f) CPP de reparación del daño]. Al tener prevista la misma pena el apropiarse y el utilizar, el funcionario que utiliza los bienes públicos pensará que si ya le van a castigar como si se apropiase de ellos ¿para qué devolverlos? Lo lógico será quedárselos. Es decir, incluso se podría decir que dicha equiparación punitiva acaba resultando criminógena.

A todo ello habría que sumar el que la regulación española incluye no sólo a los bienes muebles, sino también a los inmuebles, cosa que la peruana no. Existe una laguna de punibilidad en lo que se refiere a la protección del patrimonio público inmobiliario.

Por lo expuesto juzgo más correcta la incriminación de las conductas de uso indebido de caudales públicos prevista en la legislación española que en la peruana.

5. Modalidades de comisión por omisión.

En Perú no se ha previsto expresamente la comisión por omisión de la modalidad de apropiación (art. 387 CPP), aunque sí la del peculado de uso (art. 388 CPP: «*permite que otro use*»). En España sucede al revés: se ha previsto expresamente la comisión por omisión para la modalidad de apropiación (art. 432 CPE), pero no para las de distracción y de aplicación privada (arts. 433 y 434 CPE). La incriminación expresa de esta forma omisiva de malversación resuelve de un modo satisfactorio, en mi opinión, los problemas de intervención del funcionario en el hecho delictivo ajeno. Al funcionario se le castiga, no por lo que haya hecho, sino por lo que ha dejado de hacer: velar y proteger los caudales públicos. Por eso, la modalidad omisiva prevista en la legislación española comprende tanto supuestos de ayuda propiamente dicha, como de mera pasividad. Además, tampoco es necesario que exista pacto alguno entre el funcionario y el particular. Basta con que el funcionario «*consienta que otro sustraiga*».

En Perú estuvo vigente menos de un mes una regulación semejante a la española en este punto. La muy polémica Ley N° 29703 modificó el art. 387 CPP, entre otros aspectos, sustituyendo el requisito típico de que la apropiación pueda ser «*para sí o para otro*»⁽³⁵⁾, por una modalidad omisiva

⁽³⁵⁾ Debo advertir que literalmente la cláusula "para sí o para otro" sólo se refiere a la conducta de utilizar, lo mismo que la de "en cualquier forma". Una redacción más correcta debería

de apropiación en el sentido de que se comete también malversación si se «*consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos*». En cambio, la Ley N° 29758 volvió a la redacción anterior, aunque con modificaciones también en otros puntos.

Decantarse por una u otra redacción es un asunto más complejo de lo que parece a simple vista, pues no se trata simplemente de una cuestión de estilo. Tras ella subyacen cuestiones de gran calado, como la participación en delitos especiales, la teoría de los delitos de omisión impropia o la determinación del momento de la consumación del peculado.

Estoy de acuerdo con FRANCISCO RODRÍGUEZ en que la cláusula «*para sí o para otro*» puede interpretarse de una forma objetiva, en el sentido de que se lleve a cabo la conducta de apropiación o utilización *con beneficio para alguien*. Creo que las razones que expuse antes para criticar la exigencia del ánimo de lucro en la legislación española podrían corroborar una interpretación en términos objetivos de esta fórmula. Además, el interpretar dicha cláusula como un elemento subjetivo del injusto no tiene ningún sentido en la conducta de «*utilizar*». Como es sabido la función que vendría a cumplir dicho elemento subjetivo en la conducta de apropiación sería la de permitir el adelantamiento de la consumación subjetiva a la objetiva, de tal manera que bastaría con que el beneficio existiese como fin de la acción, aunque el mismo no se produjese. En cambio, en la conducta de utilización esto no resulta así. Aquí la intención de obtener un beneficio no constituye una finalidad trascendente a la acción, sino que se da en ella, fundiéndose cronológica y sustancialmente con el elemento volitivo del dolo o voluntad de uso, puesto que el disfrute temporal de los caudales públicos comporta ya de suyo la obtención de un beneficio.

Por el contrario, «*para sí o para otro*» viene a suponer que se tiene que producir un ulterior resultado, aparte de la apropiación del funcionario, para que el delito de peculado del art. 387 CP se estime consumado. No sería, pues, un delito de resultado cortado. De este modo, la intervención del *extra-neus* que recibe el dinero público del que previamente se haya apropiado el funcionario merecería la calificación de cooperación necesaria, porque sería una intervención en fase todavía de ejecución, y no como una receptación, que se trataría de una especie de participación post-consumativa, si es que se puede hablar en estos términos. Por otra parte, retrasar el momento de la consumación tiene también la ventaja político-criminal de favorecer el desistimiento de la tentativa.

haber sido: "El funcionario o servidor público que, para sí o para otro, en cualquier forma se apropia o utiliza caudales o efectos..."

Ahora bien, no comparto completamente las críticas que dirige el referido autor peruano a la fórmula española. Es cierto, que la modalidad omisiva del art. 432 CPE tiene algunos inconvenientes, como que se exija que tanto el funcionario que consiente, como el particular que sustrae tienen que actuar con «*ánimo de lucro*». Sin embargo, no veo claro que la fórmula española suponga un retroceso político-criminal “ya que los ‘otros’ que *reciben* los caudales y efectos aun sin haber participado en los actos de ejecución sólo respondían por el delito de receptación, mas no como partícipes del delito de peculado”⁽³⁶⁾. Pero es que precisamente quizás no deban responder como partícipes, y pongo un ejemplo: el funcionario que lleva dinero público a casa y la mujer se lo gasta, ¿debería responder ella como cooperadora necesaria en el peculado? Yo creo que no, creo que sólo debería responder por receptación y trataré de justificar mi respuesta.

El dolo del partícipe en un delito ajeno, con carácter general, va referido tanto al acto de cooperación, como a la consumación del delito. En el caso de la legislación peruana sobre el peculado, el partícipe tendrá que querer que el funcionario se apropie de los caudales, pero igualmente el funcionario tendrá que querer que el particular se beneficie (tipo subjetivo referido al elemento «*para otro*»). Por tanto, parece que ambas voluntades tienen que confluir, tiene que existir un pacto o connivencia entre ellos. En mi opinión, la cláusula «*para sí o para otro*» estaría haciendo referencia a supuestos de **cooperación psíquica sucesiva** relativos a promesas o acuerdos previos de recibir posteriormente el dinero público, que en España la jurisprudencia los ha admitido como casos de participación punible en delitos especiales.

Un caso muy famoso en España, fue el de “Pepe, el del Popular” (juzgado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Secc. 1ª, nº 22/2004, de 26 de noviembre, y por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 759/2006, de 13 de julio) (disponibles en <http://www.poderjudicial.es>). “Pepe, el del Popular” era el director de una sucursal del Banco Popular en Santander. Se fugó a México en 1991, poco antes de que el Banco realizara una inspección a la sucursal que él dirigía (la principal en Santander), donde su gestión se saldó con un fraude multimillonario. El único condenado, a título de cooperador necesario, fue una persona, que no reunía las características necesarias para ser autor del delito: no fue él quien recibió el dinero de los clientes, ni tampoco los administraba. El autor fue el director de la sucursal, quien hizo suyo el dinero de los clientes del banco creando una “banca paralela”, pues aunque entregaba al cliente una libreta en la que quedaba reflejada la imposición, daba al dinero otros destinos: unas veces se quedaba para sí el dinero en metálico o cobraba directamente los cheques entregados; en otras había una o más cuentas ocultas para el cliente a través de las cuales utilizaba el dinero para

⁽³⁶⁾ FRANCISCO RODRIGUEZ, en: *Gaceta Penal* nº 26 (2011), p. 48.

sí o para prestarlo. La persona condenada, beneficiario de esos préstamos, lo fue a título de cooperación necesaria sucesiva, porque prometió recibir los dineros una vez producida la apropiación y además pagar unos intereses (seguramente menores que los corrientes) de los que el director de la sucursal se apropiaría en perjuicio del banco. El Tribunal Supremo español deduce la necesidad de esta cooperación psicológica de la naturaleza del acuerdo entre ambos: "Cuando el medio de comisión del delito es un contrato sinalagmático, aunque sea ilegal, la participación de ambas partes es necesaria".

Conforme a ello, no considero que la fórmula española adolezca de lagunas de punibilidad. Antes al contrario creo que resuelve problemas que quizás la legislación peruana no lo haga. Concretamente la legislación española tiene el mérito de resolver el complicado problema del instrumento doloso no cualificado, respecto del cual considero que no se puede acudir a la institución de la autoría mediata⁽³⁷⁾.

Estos problemas quizás se pudiesen resolver en Perú a través de la cláusula de la omisión impropia del art. 13 CPP, castigando por peculado en comisión por omisión al funcionario que omite impedir la apropiación por parte del particular. Sin embargo, no lo tengo claro, porque, con independencia de si las conductas de apropiarse y utilizar para sí o para otro se pueden concebir sólo como activas⁽³⁸⁾, el art. 13 CPP no habla de la imputación de un resultado por no haber tratado de impedirlo, sino de no impedir la realización de un hecho punible. La diferencia es importante, ya que el hecho punible cometido es un delito patrimonial común, por lo que sería éste únicamente el hecho imputable al funcionario en comisión por omisión y no el peculado, con lo cual no se habría avanzado gran cosa. En España se utiliza otra fórmula para regular la omisión impropia, a mi modo de ver más correcta y que soluciona este problema de modo más satisfactorio. Se dice en el art. 11 CPE: «*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado, sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo...*». No obstante, como está expresamente contemplada la comisión por omisión no hace falta acudir a la cláusula del art. 11 CPE.

⁽³⁷⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 322 y ss.

⁽³⁸⁾ Pudiera ser que el art. 387 CPP estuviera admitiendo expresamente la comisión por omisión cuando dispone que las conductas se pueden llevar a cabo "en cualquier forma". Sin embargo, dicha expresión no es más que una plasmación expresa —entiendo yo— de la indeterminación en cuanto a los medios comisivos (por ejemplo, se puede disponer de los caudales personal o físicamente o a través de un ordenador).

6. Tipos agravados.

Tanto en España como en Perú se agrava la pena cuando el valor de los caudales o efectos malversados adquiere especial relevancia o cuando se trata de caudales de una especial significación. Por un lado, en Perú se eleva la pena «*cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias*» (art. 387 párr. 2º CPP), mientras que en España se hace cuando «*la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público*» (art. 432.2 CPE). Por otro lado, la legislación peruana prevé también como supuesto agravado que «*los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social*» (art. 387 párr. 3º CPP), mientras que la normativa española lo hace también cuando «*las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública*» (art. 432.2 CPE).

Por lo que a la agravación en cuanto al valor de los caudales malversados, debo decir que la legislación peruana resulta técnicamente más correcta que la española, en cuanto que es más taxativa y no genera las incertidumbres que padece la regulación de mi país en este punto. Ahora bien, por otro lado considero que el mayor desvalor de resultado se debe medir no sólo en términos cuantitativos, sino también en términos cualitativos de afectación a la prestación de los servicios públicos. Desde esta perspectiva juzgo más correcta la legislación española que tiene en cuenta el daño o entorpecimiento producido al servicio público, cosa que la legislación peruana no hace. En este punto debo aclarar que, aunque en mi país sea opinión mayoritaria en la doctrina que los dos criterios actúen acumulativamente, sin embargo, yo entiendo, por razones históricas y teleológicas, que pueden funcionar de modo alternativo⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación...*, cit., pp. 204 y ss.; IDEM, "Malversación", Álvarez García (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 521 y ss.

El Anteproyecto de reforma del CPE de octubre de 2012 viene a darme la razón y claramente se inclina por la alternatividad, pues se refiere a que "en los hechos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes".

La jurisprudencia española también opta por el criterio de la acumulación. Así, en el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1764/2002, de 28 de octubre, a pesar de haberse estimado la sustracción en más de 22.000.000 pesetas (=132.222 €; casi 500.000 Nuevos Soles peruanos), no aplicó el tipo agravado del art. 432.2 CP, porque entendió que la cuantía no era lo suficientemente elevada como para merecer el calificativo de "especial gravedad" y ello en función de que habría que distinguir dos grupos de casos: aquellos "en los que esa cuantía es tan elevada, poniendo como ejemplo la que exceda de cien millones de pesetas, en que parece lógico que siempre se encuentra en la figura agravada" y aquellos otros en los que "la cantidad malversada es elevada (de 30, 40 ó 50 millones de pesetas)",

En Perú, se agrava la pena si el valor de lo malversado sobrepasa «*diez unidades impositivas tributarias*». Una UIT equivale para 2013 a 3.700 Nuevos Soles (D.S. 264-2012-EF) y a fecha de septiembre de 2013 aproximadamente 3,75 Nuevos Soles hacen un Euro. Por tanto, una UIT vendría a ser 987 €. El tipo agravado traducido a cantidades españolas serían unos 10.000 €. Ahora bien, esta cifra habría que ajustarla al nivel de riqueza en cada país. Si aceptamos que el nivel de riqueza (PIB/*per capita*) de España es más de cinco veces mayor que en Perú, esos 10.000 € serían unos 50.000 €. Precisamente esta cifra yo la he sugerido como cuantía para agravar la pena en la malversación⁽⁴⁰⁾, que es, por otra parte, el criterio establecido por la reforma de 2010 para diversos delitos patrimoniales a los que resulta aplicable lo dispuesto en el art. 250.1.5º CPE. Precisamente el Anteproyecto de reforma del CPE de octubre de 2012 prevé introducir como tipo agravado en la malversación que se supere esa cantidad de euros.

En conclusión, la valoración de la gravedad de la conducta en términos cuantitativos es parecida en uno y otro país, aunque la forma de expresar dicha gravedad es técnicamente más precisa en Perú. Por eso, la legislación peruana me parece en este aspecto más correcta que la española.

En cuanto a los tipos agravados por el fin al que están destinados los caudales malversados, hay que decir que, dejando al margen el supuesto español de las cosas declaradas de valor histórico o artístico, ambas legislaciones responden a un fundamento similar. El fundamento axiológico de

pero que “se deberá atender a la concurrencia, además, de daño o entorpecimiento del servicio público, como criterio determinante para apreciar la gravedad”. A tal efecto, considera que se debe tener en cuenta “no sólo la entidad objetiva de lo malversado, sino también relacionar esa cantidad con el montante total de la suma de los caudales o efectos públicos que, por razón de su función, son manejados por el agente del hecho”, pues también “sobre tal comparación es razonable que, si la proporción de lo malversado es relevante, se pueda decir con seguridad que se ha producido a la vez daño a la prestación de los servicios afectados”. En el caso de autos esto no quedó demostrado, pues no quedó establecido el momento total de las cantidades cuya recaudación tenía encomendada el acusado y además esa recaudación se correspondía a varios ayuntamientos, que había puesto una sola oficina común de recaudación de impuestos. En términos parecidos, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 381/2007, de 24 de abril, tampoco apreció especial gravedad en el caso de una administrativa de un pabellón municipal de deportes que consiguió apropiarse a lo largo de varios años de más de 25 millones de pesetas (=más de 150.250 €; más de 563.000 Soles) procedentes de los abonos de los socios; ni tampoco apreció la especial gravedad la Sentencia del Tribunal Supremo nº 429/2012, de 21 mayo —caso Ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña—, porque entendió que la apropiación de más de 450 millones de pesetas (=más de 2.700.000 €; más de 10.000.000 Soles) a lo largo de 10 años, “por sí sola no puede acreditar la concurrencia del segundo elemento previsto para la agravación [el daño o entorpecimiento al servicio público]”.

⁽⁴⁰⁾ ROCA AGAPITO, “Malversación”, en: Álvarez García (dir.), *Tratado...*, cit., p. 522.

esta agravación punitiva es doble. Por una parte, obedece a la obstaculización que puede ocasionarse a la ayuda destinada a una pluralidad de personas afectadas por algún tipo de desastre grave, en el caso español, o en el caso peruano, en situación de pobreza o de necesidad. Pero por otra parte, dicha agravación también responde al desprecio e indiferencia del agente hacia esa situación de necesidad y penuria en que se encuentran aquéllas.

Por estas razones juzgo correcta la agravación prevista tanto en España, como en Perú, por la cualidad especial de los caudales malversados.

7. Penalidad.

Para finalizar este estudio comparativo entre la regulación española y peruana del peculado hay que resaltar el mayor rigor punitivo en el país americano: la pena más grave prevista en España para la malversación es la mínima en Perú. Este rigor no es especial del peculado, sino que en general se puede observar para el resto de delitos. En un cuadro comparativo se verá mejor (Cuadro 2).

CUADRO DE PENAS		
	España	Perú
Apropiación: -4.000 € (=15.000 PER)	Multa 2-4 meses, prisión 6 meses-3 años y suspensión hasta 3 años	Prisión de 4-8 años + inhabilitación
Apropiación: +4.000 € (=15.000 PER), pero -10 UIT (=50.000 €)	Prisión 3-6 años, inhabilitación absoluta 6-10 años	Prisión de 4-8 años + inhabilitación
Apropiación: Especial gravedad, + 10 UIT	Prisión de 4-8 años, inhabilitación absoluta 10-20 años	Prisión de 8 a 12 años + inhabilitación
Utilización con desplazamiento	Multa 6-12 meses y suspensión de 6 meses a 3 años (sin reintegro: penas anteriores)	Prisión de 4-8 años + inhabilitación (si + 10 UIT: penas anteriores)
Uso sin desplazamiento	Prisión de 1-3 años, inhabilitación especial de 3-6 años	Prisión de 2-4 años + inhabilitación
Desviación a otros fines públicos	---	Prisión de 1-4 años + inhabilitación
Retardo en el pago	---	Prisión de hasta 2 años + inhabilitación
Rehusar la entrega	---	Prisión de hasta 2 años + inhabilitación
Hurto	Prisión de 6-18 meses	Prisión de 1-3 años
Hurto de uso	Sólo vehículos: TBC de 31-90 días o multa de 6-12 meses	Cualquier bien mueble: Prisión de hasta 1 año
Apropiación indebida común	Prisión 6 meses a 3 años	Prisión de 2-4 años
Homicidio doloso	Prisión de 10 a 15 años	Prisión 6 a 20 años

SOBRE LA REFORMA DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE 2013

Carlos Mir Puig

**Universidad Pompeu Fabra de Barcelona
España**

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA. A. *Ubicación sistemática y bien jurídico protegido*. B. *Sujeto activo*. C. *Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público*. D. *Conductas típicas de la malversación propia*. E. *Tipos agravados*. III. EL ARTÍCULO 433. IV. EL ARTÍCULO 433 BIS. V. EL ARTÍCULO 434. VI. ARTÍCULO 435. VII. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

- 1.- Debe advertirse en primer lugar que el texto original de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 ha sido modificado en 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio pre-legislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos pero no vinculantes. Sobre la redacción original de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido además algunos estudios como son,

a título de ejemplo, los trabajos de ROCA AGAPITO, L.⁽¹⁾, de MANZANARES SAMANIEGO, J.L.⁽²⁾ y de CASTRO MORENO, A y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ⁽³⁾ que han sido tenidos en cuenta en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere pues a la última redacción del texto producida en marzo de 2013, en que se da una nueva redacción a los artículos 432, 433, y 434 del CP, añadiéndose un nuevo número 4 al artículo 435 del CP.

Comoquiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una remisión expresa a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con modificaciones el art. 252 CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al art. 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos.

- 2.- La opción del pre-legislador ha sido mantener los delitos de malversación bajo el Título XIX "Delitos contra la Administración Pública", sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico", como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los parágrafos 350 y 351 *–Amtsunterschlagung–* del Código penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código penal alemán de 1909 en su parágrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida *–Unterschlagung–* (parágrafo 246 SGB) y de gestión desleal de negocios ajenos *–Untreue–* (parágrafo 266 StGB). Sin embargo, el pre-legislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado llevar al con-

(1) Vid. ROCA AGAPITO, L., "Delitos de malversación: arts. 432 y ss.", en: *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. Díez Ripollés, J. L.. Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(2) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal", *Diario LA LEY*, nº 8104, Sección Doctrina, 13 jun.2013, Año XXXIV, Ed. LA LEY. LA LEY 3031/2013.

(3) Vid. CASTRO MORENO, A y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J., Díez Ripollés, J. L. ed. Tirant lo Blanch, 2013.

cepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público, pero por otro lado exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También en los derechos francés e italiano se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así ocurre en el artículo 432-15 del Code pénal, que regula *la soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el código penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el art. 316 en que se regula el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el art. 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código penal español.

No obstante, al remitir, en la configuración de la malversación, el ahora artículo 432 en su número primero al art. 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al art. 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin perder su consideración como delitos contra la Administración Pública⁽⁴⁾.

(4) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte sólo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. Vid. NIETO MARTÍN, A. "El delito de administración fraudulenta", pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: "En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público", citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA, "Malversación y lesión del patrimonio público", p.79 y ss. Y luego dice: "El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación"; igualmente FEIJOO SÁNCHEZ, B en: "Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en: LA LEY, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que "el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un 'delito de deber'. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará

- 3.- Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera administración desleal patrimonial, que ya algún autor ha puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles) del CP 95⁽⁶⁾. En la reforma cabe, pues distinguir entre la modalidad de malversación como conducta de apropiación –art. 432.2 y 3 que remite al art. 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es únicamente la propiedad– y las modalidades de malversación como conductas de administración desleal –art. 432.1 y 3 y 433 ap. segundo– cuyo bien jurídico es el patrimonio.
- 4.- La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el art. 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el art. 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95. Hay autores que reivindican que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra

un delito común: un delito patrimonial". Parece seguir la teoría de los "delitos de deber" de ROXIN, que cita al inicio de dicha nota.

(6) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., "Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado", en: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit. p. 782. Dice así: "En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público, en el art. 433 CP vigente. Asimismo BACIGALUPO ZAPATERO ha afirmado en síntesis en "La administración desleal en el nuevo Código penal", en: "La Administración desleal", Cuadernos de derecho Judicial 1999, pp 195 y ss. que la distracción de dinero del art. 252 CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: "Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado "tipo de la infidelidad", es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal", p. 201. Y así se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante sentencia 224/98 (caso Argentinia Trust), 26-2-98, en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. En dicha sentencia el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la "distracción de dinero": 1- tiene la finalidad de "proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2.- que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y 3.- que no es necesario el "animus rem sibi habendi", dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los arts. 433 y 434 CP95 que constituyen una administración desleal del patrimonio público, y no una verdadera apropiación indebida.

finalidad pública de la asignada legalmente, al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de MANZANARES SAMANIEGO, J.L., y ROCA AGAPITO, L., entre otros. El primero⁽⁶⁾ afirma que “el error del Proyecto de 1980 y del Código penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente”. El segundo⁽⁷⁾ autor citado más arriba dice que: “Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a sólo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados”. En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería *sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal*, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe mencionarse que en el Código penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo 389 con la pena privativa de libertad de 1 a 4 años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden

(6) MANZANARES SAMANIEGO, L.J., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal” La ley, diario n° 8104 de 13 de jun. 2013, p. 1.

(7) ROCA AGAPITO, L. en sus conclusiones de su libro monográfico “El delito de malversación de caudales públicos”. Ed. JM Bosch, 1999, p. 368.

a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de 3 a 8 años.

- 5.- En la reforma no se hace mención expresa al "ánimo de lucro", aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del art. 432 estableciendo que: "*Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años*". Sin embargo, dicha redacción del número 2 del art. 432 se eliminó. En el Código penal de 1995 ya se introdujo "el ánimo de lucro" en los artículos 432 –modalidad de malversación de carácter apropiativa– y 434 –aplicación privada a bienes muebles e inmuebles–, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el art. 394 CP73. En la doctrina, ROCAAGAPITO critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación "porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve.... Además, con respecto a la malversación impropia del art. 435.3 CP 95, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro"⁽⁸⁾. Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrina alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así OTTO, HUBNER, SHÖNKE-SCHROEDER)⁽⁹⁾, y en la modalidad apropiativa debe concurrir el "*animus rem sibi habendi*". En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro –entendido en su concepción económica subjetiva de propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto–, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado*⁽¹⁰⁾, de modo que cabe ánimo de apropiación sin

⁽⁸⁾ ROCA AGAPITO, L.: "Delitos de malversación: arts. 432 y ss." p. 924 en: *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit.

⁽⁹⁾ Vid. NIETO MARTÍN, A., "El delito de administración fraudulenta", p. cit. p. 34.

⁽¹⁰⁾ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. "El hurto propio", p. 154-157 y 194-195. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, 1946. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También ANTÓN ONECA, J. "Estafa", en: NEJ

darse el ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva⁽¹¹⁾ que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación⁽¹²⁾⁽¹³⁾.

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que ésta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolucón de dicho acreedor–funcionario público, como hizo la STS (RA 1354) de 29 de febrero de 1988, ponente D. Manuel García de Mi-

Seix, t. IX, Barcelona 1958, pp.56 y ss. Partiendo de dicha orientación, ROCA AGAPITO, L. en "El delito de malversación...", op. cit. p. 197 y 198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, art. 409 y en el CP 1995 en los artículos 432.1 y 434.

- (11) BAJO FERNÁNDEZ, "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago", ADPYCP, 1975, p. 369. Este autor considera que el "ánimo de hacerse pago" aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDIA ESPINAR, "Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso", pp. 45 y 46. Ed. Akal, Madrid-1988. DE LA MATA BARRANCO, "Los delitos de malversación" en Revista aragonesa de Administración Pública, nº 11, diciembre de 1997, p. 451. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. "Malversación de caudales públicos", en: *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 179 y ss. FEIJÓO SÁNCHEZ, B: Delitos contra la Administración Pública., op. cit. p. 1687. También STS 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma Bajo en "Ánimo de lucro..", op. cit. p. 362 y 366.
- (12) Cfr. SAINZ PARDO CASANOVA, J. A., "El delito de apropiación indebida". p. 139, ed. BOSCH Casa editorial, SA, 1978. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES: "Robo y hurto de uso de vehículos de motor", en: RGLJ, 1970, pp.115-116, quien dice que: "a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo".
- (13) SILVA CASTAÑO, M^a L. "El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno", prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación indebida no es un delito de enriquecimiento, sino sólo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual. p.202 y 152 y ss.

guel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 3-4-1940 y 28-3-1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro⁽¹⁴⁾. Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

- 6.- La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los arts. 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el art. 138 CP 95. Así en el derecho francés, el artículo 432-15 del Code pénal que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (Des manquements au devoir de probité), bajo el Capítulo II (Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique), bajo el Título III (Des atteintes à l'autorité de l'état) castiga "*la soustraction et détournement de biens*" con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de 3 a diez años. Y en el párrafo segundo incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (einfache Amtsunterschlagung) y 351 (schwere Amtsunterschlagung) StGB. incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual párrafo 246 referido a la

⁽¹⁴⁾ En este sentido SUÁREZ MONTES, "El delito de malversación de caudales públicos", en: RGLJ, 1966, p. 865.

apropiación indebida común (Unterschlagung), que castiga con la pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el parágrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el Derecho penal peruano se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de 4 a 8 años de pena privativa de libertad (art.387 CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado –cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias– que castiga con la pena privativa de libertad de 8 a 12 años. En caso de peculado culposo la pena es de 3 a 5 años de privación de libertad.

En el CP 1995 se castiga la malversación apropiativa del art. 432.1 con la pena de 3 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta de 6 a 10 años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, con las penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años. Y se prevé un tipo atenuado con penas de 6 meses a 3 años de prisión, multa superior a 2 y hasta 4 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta 3 años si la cantidad sustraída es inferior a 4.000 euros. Finalmente se castiga el art. 433 CP 95, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de 6 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 3 años, si se da el reintegro de lo distraído, y de no darse con las penas de 3 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a diez años. En cambio, en la reforma, el Anteproyecto castiga tanto la malversación en su modalidad de administración desleal, como en su modalidad apropiativa con las penas de 1 a 4 años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de 4 a 10 años, y sólo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros, se castiga con las penas de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 10 años, previendo un tipo superior agravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, que se

castiga con las penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años.

Como puede verse, las penas previstas en la actual reforma son sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 95, lo que se agrava al introducir un nuevo art. 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. La pena resultante puede pues llegar a ser irrisoria. La reforma parece haberse olvidado del artículo 438 CP, que no deroga, que castiga a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, castigándole con las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, puede ocurrir que la pena impuesta por el art. 438 CP sea de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del art. 250 CP, mientras que la malversación por funcionario público se castigue con la pena de 2 a 6 años en el tipo agravado, cuando se ha entendido siempre que el art. 438 CP debería ser de menor gravedad –y castigado menos– que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario “por razón de sus funciones”⁽¹⁵⁾, debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el art. 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, resultaría que de aplicarse el art. 438 CP correspondería en dicho caso una pena más grave de 6 a 8 años de prisión y de 18 a 24 meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo supere agravado de exceder el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos

⁽¹⁵⁾ Cfr. ROCA AGAPITO, L., “El delito de malversación de caudales públicos”, op. cit. p. 345 y 367. Vid. también MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*. Ed. JM Bosch Editor, p. 349 a 352. También el mismo autor en “Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010 Directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958, ed. Tirant lo Blanch.

apropiados de 250.000 euros, la pena a aplicar sería de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA.

El artículo único, apartado Duocentésimo Séptimo del Anteproyecto de 2013 establece: Se modifica el artículo 432 que queda redactado como sigue:

- “1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.
2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.
3. Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o
 - b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

“Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.”

A. *Ubicación sistemática y bien jurídico protegido.*

El Anteproyecto sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII “DE LA MALVERSACIÓN” del Título XIX: “LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.

Dicha ubicación permite mantener que con dichos delitos se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público –art. 103 CE–, es decir, en la relación de funcionario público- ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y dicha función pública puede ser atacada desde

dentro por los funcionarios públicos o desde fuera por los particulares, en el caso de la malversación, asimilados legalmente a funcionarios públicos. A su vez el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la vez contra el patrimonio, acentuándose todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público⁽¹⁶⁾. Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el pre-legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de nueva redacción por el Anteproyecto, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como tipo genérico, y derogando el delito de administración fraudulenta del art. 295 del CP en la Disposición Derogatoria Única 2. Y al remitir el pre-legislador la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida –antes art. 252 CP 95– en que se ha eliminado la modalidad de “*distracción*” de dinero, efectos, valores, manteniéndose solamente las cosas muebles como objeto del delito, y suprimiéndose “el activo patrimonial” así como el término “administración”. Parece ser que la voluntad del pre-legislador es pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo art. 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el art. 252 CP95 se regulaba dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal⁽¹⁷⁾.

(16) Así NIETO MARTÍN, A., “El delito de administración..”, op. cit. p. 240 y BARJA DE QUIROGA, J. L., “La malversación como delito de administración desleal”, op. cit. p. 142, quien dice: “El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, puyes, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida”.

(17) Vid. la importante sentencia del TS nº 224/1998 de 26 de febrero de 1998, (caso Argentina Trust) en que se reconocen como precedentes las SSTs de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. Vide también SSTs 27-11-98, 21-07-2000, 2-11-2001, 18-4-2002, 30-09-2002, 841/2006 de 17-7, etc.

B. *Sujeto activo.*

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del art. 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad, a diferencia de en los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario —art. 435 que sigue en vigor, referido a las diversas conductas de malversación—.

En consecuencia la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello deberá acudirse al concepto de funcionario público y autoridad *a efectos penales* que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma⁽¹⁸⁾. Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el art. 24.2 CP, y por otra parte el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos “por elección” así como a los contratados laborales por un ente público —“por nombramiento de autoridad competente”⁽¹⁹⁾—. Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto “funcional”, no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si éste interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el art. 24.1⁽²⁰⁾. Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

⁽¹⁸⁾ El artículo 24.2 establece: “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”.

⁽¹⁹⁾ Vid. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, op. cit p.20 a 29.

⁽²⁰⁾ El art. 24.1 Cp establece: “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”.

C. *Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público.*

No dice nada el precepto del art. 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP95 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos “a su cargo por razón de sus funciones”, lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas⁽²¹⁾. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritariamente opta por una interpretación amplia entendiendo “por razón de sus funciones” que el funcionario tenga los caudales públicos “*con ocasión de*” o “*en consideración a sus funciones*”, es decir, bastando que el funcionario tenga la disponibilidad de hecho de los caudales⁽²²⁾. El término “*por razón de sus funciones*” se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores Códigos Penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en el Anteproyecto de 2013.

¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse, que al remitir el art. 432.1 y 2 a los arts. 252 –que castiga la administración desleal patrimonial o sea la lesión de un patrimonio ajeno mediante un tipo de abuso de poder de representación o un tipo de infidelidad a través de la infracción de deber de cuidado establecido sobre intereses patrimoniales ajenos confiados, deber nacido de la ley o de un negocio jurídico– y al art. 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza existente entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una

⁽²¹⁾ Así SUÁREZ MONTES, “El delito de malversación de caudales públicos”, op. cit. p. 837. Vid. también ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, Op. cit. p. 357. DE LA MATA BARRANCO, *Los delitos de malversación*, op. cit. p. 449. DÍAZ PALOS, “Malversación de caudales públicos”, en: NEJ Seix, t. XV, edit. Seix Barral, Barcelona, 1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación de caudales públicos*, op. cit. p. 192. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, p. 872, etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTs 13-6-84, 4-12-85, 6-6-86, 16-12-87, 29-2-88, 12-3-94, 22-2-95, etc.

⁽²²⁾ Así en las SSTs 6-5-1992, 5-2-93, 22-4-94, 25-5-95, 31-1-96, 10-1-97, 13-2-97, 22-7-97, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público⁽²³⁾. Pero también puede sostenerse que basta una competencia genérica del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente el Tribunal Supremo al interpretar el art. 432 CP 95, bastando que el funcionario actúe "*con ocasión de*" o "*en consideración a sus funciones*", interpretación que se habría reforzado con la eliminación del "tener a cargo los caudales por razón de sus funciones" por parte del Anteproyecto. Esta última interpretación podría coincidir con la exigencia de "abuso de su cargo" por parte del funcionario que cometiere un delito de estafa o de apropiación indebida" que el art. 438 CP –precepto no derogado por la reforma– exige, distinguiéndose entonces sólo este precepto de la malversación por el objeto material, es decir, por afectar al patrimonio privado, mientras que la malversación afecta el patrimonio público. Habrá que esperar como la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión "a su cargo por razón de sus funciones" por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

D. Conductas típicas de la malversación propia

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: a) por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1) y b) por otro lado, una conducta apropiativa de cosa mueble.

Asimismo en la primera modalidad de administración desleal se distinguen, a su vez, dos tipos distintos, el llamado por la doctrina "tipo de abuso" y "el tipo de infidelidad".

Además se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de

⁽²³⁾ NIETO MARTÍN, A. en: "El delito de administración desleal", op. cit. p. 241, tras referirse a las "semejanzas" existentes entre la posición del funcionario público y el administrador, que constituye el centro de una corriente político criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el "entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender que el autor ha de situarse respecto a los bienes en un "especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas".

un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros⁽²⁴⁾. Y en el art. 432.4 se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo superior agravado “si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros”.

a) Conductas de administración desleal:

a') Tipos objetivos.

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 1 bis del Capítulo VII del Título XIII, por disposición del artículo único, apartado Centésimo cuatragésimo octavo del Anteproyecto que lo modifica establece:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

“2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”.

En realidad dichos dos números del artículo 252 coinciden esencialmente con lo establecido en el actual párrafo 266 del Código penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad) sucesor del párrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: “1.- El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2.- En los ca-

⁽²⁴⁾ Obsérvese que en el art. 432 .2 CP 95 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: “si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas “y” al daño o entorpecimiento producido al servicio público”.

sos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años”⁽²⁵⁾.

Dicho precepto, al igual que el art. 252 de la reforma española, contiene dos tipos, el llamado “tipo de abuso” (*Missbrauchtatbestand*) y el “tipo de ruptura de la confianza” o de infidelidad (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana⁽²⁶⁾. Debe dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado⁽²⁷⁾, es decir se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros)⁽²⁸⁾. El segundo tipo de infidelidad o ruptura de la relación de confianza —que nació para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacional-socialismo— que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza (relación interna entre mandatario y mandante). Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de

(25) El texto en alemán es el siguiente: “Untreue. 1. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Reueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe”.

(26) O sea la “Missbrauchtheorie” (teoría del abuso) y la “Treubruchtheorie” (teoría de la ruptura de la confianza).

(27) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(28) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la Untreue de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. Vid Binding, *Lehrbuch*..., p.398.

infidelidad⁽²⁹⁾. Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el parágrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto Alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por LABSCH⁽³⁰⁾.

Al trasladar el pre-legislador español la regulación alemana del tipo de infidelidad al derecho penal español, se producen ahora los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberán hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Debe remarcarse que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como genérico se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que sólo contempla como objeto material "la cosa corpórea" mueble, dejando fuera los "derechos" o deudas, salvo que éstas se materialicen en algún tipo de documento. Así NIETO MARTÍN pone el ejemplo de que "no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan sólo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas"⁽³¹⁾. CASTRO MORENO- GUTIERREZ RODRÍGUEZ sostienen que el tipo de administración desleal, junto a las facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno, debe reflejar también la posibilidad de que el patrimonio sea propio o que se trate de un patrimonio autónomo del que no existe dueño, pero esté afecto al cumplimiento de unos fines en beneficio de terceros que pueden resultar igualmente perjudicados por la administración desleal de dichos bienes, poniendo como ejemplo el *trust*, negocio jurídico privado de carácter fideicomisario, reconocido en numerosos países del mundo y regulado en Europa por el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al Trust y su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985, caracterizado porque una persona (*settlor*, otorgante)

(29) Una importante sentencia del BGH excluyó de la *Untreue* el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(30) Vid. al respecto NIETO MARTÍN, A. "El delito de administración fraudulenta", op. cit. p. 23 a 26.

(31) Cfr. NIETO MARTÍN, A., "El delito de Administración fraudulenta", op. cit. p. 19 y 20.

traspasa parte de su patrimonio a un tercero (*trustee*, administrador), para que lo administre en beneficio del propio otorgante o de un tercero (*beneficiary*). Dicho patrimonio no pasa a ser propiedad del *trustee* o administrador, sino que se constituye como un patrimonio autónomo sin dueño, que no pertenece ni al *setllor*, ni al *trustee*, ni a los beneficiarios (a título de ejemplo art. 2.a) HCCH, o art. 227-2.1 del Código Civil de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 25/2010, de 29 de julio)⁽³²⁾.

En principio, puede decirse, como hace también ROCAAGAPITO⁽³³⁾ que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: “esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, 16-10)”.

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse que antes con la redacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los caudales o efectos públicos, puede ser objeto del delito no sólo los bienes muebles sino también los inmuebles, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública —los anteriores arts. 433 y 434 CP 95—⁽³⁴⁾.

En mi opinión, también caben bajo el actual art. 432 del anteproyecto, las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. El tipo de infidelidad también permitiría el castigo del funcionario que no realiza un contrato ventajoso para el estado,

(32) Cfr. CASTRO MORENO, A.-GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal..”, op. cit. p. 768.

(33) Vid “Delitos de malversación. Arts. 432 y ss.” En: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit. p. 923.

(34) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del art. 432.1 CP95 de la del art. 433 CP 95 por exigir el primero un “*animus rem sibi habendi*” —ánimo de apropiación definitiva—, mientras que el art. 433 CP95 sólo exige un “*animus utendi*” —ánimo de uso temporal— y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El art. 434 CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

comunidad autónoma, provincia, etc., en perjuicio de éstos. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo.

a") Tipo subjetivo.

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el art. 395 CP 73 fuera derogado por el CP 95, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (MANZANARES).

a") Perjuicio como resultado del delito.

Parece adecuado, según la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente —concepción económica de patrimonio— pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica⁽³⁵⁾. Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del "saldo" (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico⁽³⁶⁾. Así debe entenderse por "perjuicio" cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del "saldo total", esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la "influencia individual del daño" que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del

⁽³⁵⁾ LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J. "La malversación como delito de administración desleal", op. cit. p. 128 a 132. También NIETO MARTÍN, A. "El delito de administración fraudulenta", op. cit. p. 26 y ss. DE LA MATA BARRANCO, "Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa", en Poder Judicial núm. 34, 1994, p. 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso" Madrid, 1988.

⁽³⁶⁾ Cfr. HÜBNER, LK, parágrafo 266, marg. 90: LABSCH, Untreue (parágrafo 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung, 1983, p. 318.

elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales⁽³⁷⁾.

b) Conductas de apropiación.

El art. 432.2 de la reforma establece que: *"Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público"*.

El artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera al haber sido reformado por el artículo Centésimo cuadragésimo noveno del Anteproyecto:

- "1. Serán castigados con las penas del art. 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido"⁽³⁸⁾.

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales —equivalente a la del art. 432.1 del CP 95—. Como puede observarse el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el art. 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: "dinero", "efectos", "valores" así como "activo patrimonial" y la propia conducta de "distracción", todo lo cual se traslada a la administración desleal. También se elimina el término "administración" como medio de recibir el dinero o la cosa.

Así configurado el delito de apropiación indebida, se parece cada vez más al delito de apropiación indebida alemán⁽³⁹⁾. En el StGB, la figura del

⁽³⁷⁾ Vid. MARTOS NUÑEZ, "El perjuicio patrimonial en el delito de estafa", Madrid-1990. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

⁽³⁸⁾ El art. 252 CP 95 dice así: "Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable".

⁽³⁹⁾ El delito de apropiación indebida se regula en el párrafo 246 del StGB. Dice así: "I. Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rec-

"Unterschlagung" castiga a través del parágrafo 246, la apropiación de cosa mueble ajena, de su sustancia o de su valor, con ánimo de apropiación, pero sin ataque alguno a la custodia ajena. Ésta es la interpretación de la doctrina mayoritaria alemana, que entiende la frase "que tenga en posesión o custodia" como criterio de delimitación con el hurto⁽⁴⁰⁾. Asimismo, la interpretación de la frase formulada por la ley, tener "en posesión" o "custodia", en alemán "Besitz" y "Gewahrsam", fue discutida en la doctrina y la jurisprudencia. *Besitz* es la posesión desde el punto de vista del Derecho Civil, y *Gewahrsam* es por el contrario la posesión penal, siendo la opinión mayoritaria que ambos conceptos deben interpretarse de manera idéntica⁽⁴¹⁾.

b') Tipo objetivo.

El art. 253 utiliza ahora sólo dos verbos —el verbo distraer ha sido eliminado— para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; éstos son: "apropiarse" y "o negar haber recibido", pero la acción básica consiste en el *apropiarse*. En esta acción queda incluido el negar haber recibido. El legislador presupone "iuris et de iure" que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente⁽⁴²⁾. La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora bien

htswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn di Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft." "II. Der Versuch ist strafbar." (I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa. II. La tentativa es punible). En el apartado I se prevén dos supuestos delictivos claramente diferenciados; por una parte, el tipo básico, la apropiación indebida simple (Unterschlagung) y por otra parte una figura cualificada, la apropiación indebida en sentido estricto (Veruntreuung-Unterschlagung), caracterizada por el elemento de la confianza en la entrega de la cosa, que corresponde a los casos en los que se toma la cosa en posesión con obligación de devolverla o de utilizarla para un fin. El segundo supuesto delictivo se corresponde con la apropiación indebida del art. 252 CP95, mientras que en el primero caben los casos de apropiación indebida de cosa perdida o de dueño desconocido —art. 253CP 95—, apropiación de cosa recibida por error del transmitente —art. 254 CP 95— y apropiación de tesoro oculto, etc. Vid. SILVA CASTAÑO, M^a L., "El delito de apropiación indebida...", op. cit. p. 106 y ss.

(40) Cfr. SAINZ-PARDO CASANOVA, J.A.: El delito de apropiación indebida", p.39 y 40, Bosch casa Editorial-1977.

(41) LACKNER, StGB, 15 Aufl., parágrafo 246. ANM, MAURACH-SCHRÖEDER, BT I, 6 Aufl 1977, S 317. SAMSON, SKStGB, 3 Aufl., 1980, parágrafo 246, Rdnr.5.

(42) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte Especial, 5ª ed. Madrid, 1976, p. 357 y 358.

si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: "depósito", "comisión" o "custodia" —este último término nuevo añadido— lo importante es que "el título produzca la obligación de entregarla o devolverla" en el precepto se dice "entregarlos o devolverlos" pero es evidente que al referirse a la cosa mueble debe ser "entregarla o devolverla". Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así la afirmación de "*cualquier título que genere la obligación de entrega*", no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está en sancionar "aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, "cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas"⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Cfr. STS 3-12-1990. En el mismo sentido, STS 9-11-1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: *el comodato* —art. 1740 CC—, *el transporte, la prenda* —art.1857 y 1863 CC—, *la aparcería, el arrendamiento* —art.1543 CC—, *el contrato de obra* —art. 1544 CC—, cuando el comitente proporciona los materiales—, *contrato de servicios*, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; *sociedad, compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor*, por lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como MUÑOZ CONDE y CASTIÑEIRA PALOU, —que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y por eso no cabía el delito de apropiación indebida—, así la STS 28.11.1992. En cambio, están excluidos del delito

Se ha suprimido como título de recepción "la administración". Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que éste sólo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella —cambia su función económica— ilegítimamente, ejerciendo una facultad que sólo corresponde al propietario, privando a éste duradera o definitivamente, de su derecho a gozarla (STS 27-12-1986, 13-7-1988, 12-11-90, 7-2-91)⁽⁴⁴⁾. De todos modos puede defenderse, que el título "administración" pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apropiación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido⁽⁴⁵⁾.

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere "el quebrantamiento de la especial relación de confianza, en base a la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor" (STS 3-12-1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la "*apropiación*" que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del parágrafo 246: "I.

de apropiación, según la jurisprudencia, *la compraventa, el préstamo o mutuo*, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, *el depósito irregular*, que se equipara al préstamo mutuo, *el contrato de cuenta corriente y el contrato de leasing*.

(44) En el mismo sentido del texto vid. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado", op. vid. p. 775.

(45) En este sentido siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios", p. 37 y ss. Madrid, 1997.

El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible". El contenido material del término "apropiación", se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de "apropiación" – *Zueignung*– está constituido por dos elementos: 1.- La apropiación en sentido estricto – *Aneignung*–, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2.- La "expropiación del titular" – *Enteignung*–, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial⁽⁴⁶⁾.

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. "las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal –en el caso del administrador de derecho– o un poder fáctico –en el caso del administrador de hecho– que le habilita para la gestión del patrimonio social. Lo único que recibe el administrador, por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS.A)"⁽⁴⁷⁾.

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencias mayoritarias, la propiedad sobre bienes concretos.

b') Tipo subjetivo.

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y además debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del "*animus rem sibi habendi*", o sea, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un "*animus utendi*", como es el caso de la distracción a finalidades

⁽⁴⁶⁾ Vid. SILVA CASTAÑO, M^a L., "El delito de apropiación indebida...", op. cit. p. 93 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., "Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)", en: *Derecho Penal de Empresa* (Corcoy Bidasolo dir.) p. 110. Pamplona 2002.

ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 95) del patrimonio público, que deben subsúmirse en la administración desleal.

E. Tipos agravados.

El número 3 del art. 432 de la reforma establece expresamente que "Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido *alguna* de las circunstancias siguientes: a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros".

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concorra cualquiera de las dos, ya no es necesario que deban concurrir conjuntamente como exigía el art. 432.2 CP 95 al utilizar una "y" en vez de una "o".

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el art. 432.2 CP 95.

Finalmente se prevé un tipo superior agravado castigado con penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos números: 1 y 2 del art. 432.

III. EL ARTÍCULO 433.

El artículo único, apartado Ducentésimo octavo establece que: "Se modifica el artículo 433 que queda redactado como sigue:

"Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros".

“En este caso, si los hechos se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondrá una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses”.

Este precepto es de difícil interpretación tal como está redactado. Entiendo que debe efectuarse una interpretación correctiva, de modo que el apartado primero se refiere en realidad exclusivamente a los hechos regulados en el artículo 432.2, o sea la malversación apropiatoria, y ello porque si bien el texto empieza diciendo “Los hechos a que se refiere el artículo anterior” —aparentemente refiriéndose a las dos modalidades de malversación, la de administración desleal y la apropiatoria—, sin embargo, al final dice: “cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores *apropiados* sea inferior a 4.000 euros, de modo que al utilizarse el término “apropiados” no deja lugar a dudas que se está refiriendo únicamente a la malversación en su modalidad de apropiación, pues la de administración desleal carece de actos de apropiación. También en el art. 432.3 CP95 el tipo atenuado cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros se refería exclusivamente al supuesto de sustracción de los caudales públicos, o sea, de apropiación de los mismos.

En cambio, el apartado segundo, debe ser interpretado en el sentido de que se refiere única y exclusivamente a los hechos del art. 432.1 —malversación de administración desleal cometidos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública— y “este caso” se refiere a que el perjuicio causado o el valor de los bienes sea inferior a 4.000 euros.

Así entendido el precepto, resulta que si el perjuicio causado o el valor de los bienes objeto de malversación es de más de 4.000 euros, se aplican las mismas penas —prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años— para ambas modalidades de malversación, tanto la de administración desleal como la de apropiación. Pero si dicho importe es inferior a dicha cantidad de 4.000 euros, entonces se discrimina en las penas imponibles según la modalidad de malversación sea apropiatoria o de administración desleal, de modo que en el supuesto de la malversación apropiatoria se castiga con las penas de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, y en el supuesto de la malversación como administración desleal de cometerse los hechos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública,

se impondrá sólo una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.

Es cierto que sin embargo, cabría otra interpretación y así en base a una interpretación literal podría entenderse que estamos ante la regulación de un tipo atenuado de malversación, tanto si se configura como de administración desleal, como si se configura de malversación apropiatoria por cuanto que el precepto remite a "los hechos a que se refiere el artículo anterior", sin distinguir si son los del número 1 o los del número 2, por lo que debería entenderse que se refiere a todos ellos, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros. Pero el problema es entonces interpretar el apartado segundo del art. 433 que dice: "En este caso, si los hechos se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondrá una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses". Véase que en este supuesto se suprimen las penas de prisión y de inhabilitación especial, pero se mantiene la misma multa de tres a doce meses, además de imponerse la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses, si dándose el supuesto de ser el perjuicio causado o el valor de los bienes inferior a 4.000 euros, los hechos se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública.

La única solución que se me ocurre es entender entonces que el precepto en el apartado primero se refiere tanto a la malversación como administración desleal –pero sin incluir ésta la de distracción temporal con *animus utendi* a fines ajenos a la función pública–, como a la malversación de carácter apropiatoria de ser el perjuicio o el valor de los bienes o valores apropiados inferior a 4.000 euros, y en el apartado segundo se refiere solamente a la conducta de distracción temporal del patrimonio público mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, de ser el perjuicio o el valor de los bienes o valores inferior a 4.000 euros.

Pero entonces esta solución, no explicaría qué sucedería en el caso de que el valor de los bienes o el perjuicio fueran superior a 4.000 euros respecto de la conducta de distracción temporal mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública. No tendría ningún sentido que se dijera que quedaría impune, pues ¿cómo es posible que si el importe del valor de los bienes o del perjuicio es inferior a 4.000 euros, se castigue la conducta de distracción temporal mediante la mera utilización de los bienes, y en cambio, se deje impune esa misma conducta cuando el valor de los bienes o el perjuicio es superior a 4.000 euros –supuesto más grave–?

Por ello, me inclino por una interpretación correctora, como la que he ofrecido más arriba, de que el apartado primero del art. 433 se refiere única y exclusivamente al art. 432.2 –o sea a la malversación como modalidad apropiativa– y el apartado segundo se refiere única y exclusivamente al art. 432.1, o sea a la malversación como modalidad de administración desleal como mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, siempre que en ambos casos el valor de los bienes o el perjuicio fuera inferior a 4.000 euros.

IV. EL ARTÍCULO 433 BIS.

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

- “1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior”. “3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Dicho precepto no ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única del Anteproyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Anteproyecto.

Por tanto formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

V. EL ARTÍCULO 434.

El artículo único, apartado Duocentésimo noveno establece que “Se modifica el art. 434, que queda redactado del siguiente modo:

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semi-excusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales: la primera de ellas: el objetivo pretendido por el pre-legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Nos recuerda a lo establecido en el art. 305.6 CP relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal⁽⁴⁸⁾, y también a lo establecido en el art. 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo⁽⁴⁹⁾.

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

- a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.

⁽⁴⁸⁾ El art. 305.6 CP establece: “Los Jueces o Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito”.

⁽⁴⁹⁾ El art. 579.4 CP establece: “En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hay participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables..”.

- b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII, por consiguiente también los autores de malversación impropia del art. 435 en relación con los anteriores preceptos.

Comprendemos el objetivo perseguido por el pre-legislador en la conducta a) de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político criminal.

Debe destacarse que en el apartado a) no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5ª del art. 21 CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta b) se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta c) tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga⁽⁵⁰⁾.

El Informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que "se crea *"una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho"*.

ROCAAGAPITO, L. afirma que "esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena

⁽⁵⁰⁾ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, "La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal para la reforma del Código penal", op. cit. p. 7.

ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de 1 a 2 años menos un día e inhabilitación absoluta de 2 años y seis meses a 5 años menos un día...”⁽⁵¹⁾. Dicho autor sigue diciendo: “Esto es inadmisibles tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los arts. 21.4 y 21.5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil”⁽⁵²⁾.

Debe remarcarse que además, como ha puesto de manifiesto MANZANARES, dicho precepto puede tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex art. 2º.2 del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación⁽⁵³⁾.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del art. 434 por conductas de colaboración activa y luego se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del art. 21.5 CP.

Todo ello nos lleva a una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como éste diluyen todos los esfuerzos realizados al efecto.

VI. ARTÍCULO 435.

El artículo único, apartado Ducentésimo décimo del Anteproyecto establece que: “se añade un número 4 al art. 435, con la siguiente mención:

“4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de

⁽⁵¹⁾ Cfr. ROCA AGAPITO, L., “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, op. cit. p. 927.

⁽⁵²⁾ Ibidem...p. 927.

⁽⁵³⁾ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, op. cit. p. 7.

manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley”.

El Anteproyecto añade un número más al art. 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina⁽⁵⁴⁾, si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo la del art. 433 CP 95), así QUERALT JIMÉNEZ, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.⁽⁵⁵⁾

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio. Asimismo en el número 3 del art. 435 se da una doble ficción, pues además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público sino privado pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Asimismo las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los arts. 432 y ss. le son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

“Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

- 1º. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
- 2º. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
- 3º. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.”

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artícu-

⁽⁵⁴⁾ Así ROCA AGAPITO, L. “El delito de malversación de caudales públicos”, Op. cit. p. 281 y ss. y nota 5 p. 25. SUAREZ MONTES, “El delito de malversación..”, op. cit. 832 y ss. MIR PUIG, C., “Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal”, op. cit. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid-1990, p. 390 nota 296, etc.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. QUERALT JIMENEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1996; p. 673. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “La malversación”, en: *Lecciones de derecho penal*, p. 343, ed. Atelier, 2011.

los anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el nº 1 es nuclear el verbo “encargar”, que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. “Por cualquier concepto” debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS 5-2-1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (STS 14-5-1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife 28-5-1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el nº 2 el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar “legalmente designados”, es decir que la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del nº 3 del art. 435 en el basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS 30-11-92).

En el número 3º el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia, al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un

funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado "quebrantamiento de depósito" que ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser trasladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores⁽⁵⁶⁾. El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública –ej. un juez– del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del art. 435 CP 95, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto.

Un sector de la doctrina⁽⁵⁷⁾, así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el nº 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe dice que "hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el art. 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el art. 435.3º CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Anteproyecto pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del art. 435.3º CP a los administradores judiciales (STS nº 2395/2001, 12-12)...".

⁽⁵⁶⁾ Así ROCA AGAPITO, L., "Delitos de malversación: arts. 432 y ss.", op. cit. p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

⁽⁵⁷⁾ Vid. ROCA AGAPITO, L. "Delitos de malversación...", op. cit. p. 928.

VII. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo dedicado al estudio de la reforma de la malversación por el Anteproyecto de Código penal de 2013, cabe extraer:

- 1º.- Lo acertado de la reforma de establecer *ex novo* en el Código Penal español, lo que eminentes miembros de la doctrina española reclamaban hace ya unos cuantos años, como E. BACIGALUPO⁽⁵⁸⁾, DE LA MATA BARRANCO⁽⁵⁹⁾, SILVA CASTAÑO, M^a L.⁽⁶⁰⁾, un nuevo delito genérico de Administración desleal que afecta a patrimonios individuales ajenos, ubicado dentro de los delitos contra el patrimonio, y no sólo en el estricto ámbito societario como hace el Código penal de 1995 en el artículo 295, que por cierto la reforma deroga, trasladándolo de hecho al nuevo artículo 252. De este modo y mediante el adelgazamiento del delito de apropiación indebida del art. 252 CP 95, del que se suprimen los términos "*distrajeren dinero, efectos, valores,.. o activo patrimonial*", así como "*administración*", se da una solución dogmática más idónea a los supuestos, por ejemplo, de "distracción del dinero como cosa fungible", cuyo bien jurídico afectado es claramente el derecho de crédito y por ello el patrimonio, pues cuando se entrega el dinero por su titular transmite la propiedad del mismo como cosa ultra-fungible en virtud del artículo 1753 del Código Civil⁽⁶¹⁾, perdiendo la propiedad el que entregó el dinero, que adquiere el sujeto activo del delito⁽⁶²⁾, de modo que el delito de apropiación indebida de cosa mueble se reduce a ser un delito cuyo único bien jurídico es la propiedad —art. 348 Código Civil⁽⁶³⁾—, cual acontece en derecho penal alemán.

(58) BACIGALUPO, E., "Protección Penal del patrimonio societario: la necesidad de un delito de Administración Desleal en el derecho penal español", en: *Actas de las Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann*, p. 25, Universidad Autónoma, Madrid, 1992.

(59) DE LA MATA BARRANCO, N., "Tutela Penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida", p. 101, Editorial PPU, S.A., Barcelona, 1994.

(60) Cfr. SILVA CASTAÑO, M^a L., "El delito de apropiación indebida...", op. cit., siguiendo a E. Bacigalupo.

(61) El art. 1753 del Código Civil español dice: "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad".

(62) Vid. MANJON-CABEZA, "Nuevo enfoque del delito de apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas", p. 225 Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Editorial Civitas, S.A. 1988.

(63) El art. 348 CC dice: "La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El Propietario tiene acción contra el

- 2.- El nuevo artículo 254.1 que introduce el artículo único, apartado Centésimo quincuagésimo del Anteproyecto con una nueva redacción⁽⁶⁴⁾, (que al parecer pretende sustituir a los arts. 253 –apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido– y 254 – apropiación de cosa recibida por error del transmitente– del CP 95, y abarcar los supuestos de apropiación de tesoro oculto, etc.) adolece de una grave falta de taxatividad, que puede provocar serios problemas concursales⁽⁶⁵⁾, y puede producir una muy elevada inseguridad jurídica. En efecto, parece indicar la frase: “fuera de los supuestos del artículo anterior”, que se refiere al delito de apropiación indebida sin quebrantamiento de la relación de confianza entre el sujeto pasivo y el activo, pues en el art. 253 se regula el delito de apropiación indebida con quebrantamiento de dicha relación de confianza. Pero tienen razón CASTRO MORENO - GUTIERREZ RODRÍGUEZ cuando dicen que “leyendo el precepto, es difícil excluir del mismo las conductas del hurto, por ejemplo”⁽⁶⁶⁾. Dicho nuevo precepto nos recuerda el primer párrafo del parágrafo 246 del StGB alemán que dice: “El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropie ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa...”. Pero el nuevo art. 254.1 ni siquiera exige que el sujeto activo tenga en posesión o custodia un bien mueble ajeno. Como mínimo debería exigirse también esto último, es decir que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa mueble ajena⁽⁶⁷⁾. Por ello entendemos que debería concretizarse más dicho precepto.

tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

(64) El nuevo art. 254 dice así: “1.- Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”. 2. “Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros”.

(65) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, op. cit. p. 777, en: *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*.

(66) *Ibidem.* p. 777.

(67) Así SILVA CASTAÑO, M^a L., “El delito de apropiación indebida..”, op. cit. p. 106 y ss. y 204. Dicha autora sostiene que el art. 252 CP 95 contiene la regulación de un delito de apropiación indebida cualificado por el quebrantamiento de la relación de confianza entre sujeto pasivo y activo del delito; mientras que el párrafo primero del parágrafo 246 –*Unterschlagung*– regula un tipo básico que no requiere dicho quebrantamiento de la relación de confianza, que sí se requiere en el párrafo segundo del parágrafo 246 que contiene un tipo cualificado que requiere dicho quebrantamiento –*Veruntreuung*– *Unterschlagung*–,

- 3.- En cuanto al delito de malversación, debe destacarse que la remisión que se hace por el nuevo art. 432 a los nuevos artículos 252 –delito de administración desleal del patrimonio individual ajeno– y 253 –delito de apropiación indebida–, puede entenderse como una acentuación del carácter patrimonial del delito de malversación. Es cierto que un sector doctrinal representado por BAJO FERNÁNDEZ - PÉREZ MANZANO, M. ⁽⁶⁸⁾, por ello, por entender la malversación como un delito patrimonial, criticaban la severidad de las penas que contenía la malversación frente a las del delito de apropiación indebida, que consideraban desproporcionadas. Sin embargo, creo que el péndulo ha ido de un extremo al otro, así de castigarse la malversación con hasta la pena de reclusión menor –de 12 años y un día a 20 años de prisión– en el Código penal de 1973, a llegarse prácticamente a la impunidad si se mantiene el nuevo artículo 434 –tipo privilegiado o excusa semiabsolutoria– en que es posible la rebaja de la pena hasta dos grados. Tal vez una solución intermedia es que sólo se permitiera una rebaja en un grado. En la lucha contra la corrupción política no puede darse ese mensaje de tibieza, sino que el mensaje a dar es el de tolerancia cero a dicho fenómeno, aunque **con una aplicación proporcionada de las penas.**
- 4.- En cuanto al nuevo artículo 433, propongo que se modifique su redacción, de modo que se dijera: *“Los hechos a que se refiere el artículo 432.2 serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros”.*

“En este caso, si los hechos a que se refiere el artículo 432.1 se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondrá una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses”.
5. Finalmente, en mi opinión, es totalmente acertado mantener los delitos de malversación entre los delitos contra la Administración Pública, por cuanto el bien jurídico afectado no es sólo la propiedad pública en la

al igual que sucede en el art. 252 CP 95. Y afirma que en el primer párrafo del parágrafo 246 podrían cobijarse los supuestos de apropiación indebida de cosa perdida o de cosa entregada por error, etc.

(68) Vid. BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, M., *Manual de derecho Penal, Parte Especial. Delitos Patrimoniales y Económicos*, p. 412, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.

malversación de carácter apropiativa o apropiatoria, o el patrimonio público en la malversación en su modalidad de administración desleal del patrimonio ajeno, agravado por la condición de funcionario público del sujeto activo con el deber de custodia de los bienes públicos, sino también el correcto funcionamiento de la función pública, entendida como servicio público, en la relación funcionario-ciudadano, en concreto, la correcta gestión del erario público para poder atender a los servicios públicos, es decir, la capacidad prestacional con carácter funcional. Y eso constituye un "plus" respecto de los delitos contra la propiedad o el patrimonio, que debe ser valorado en el señalamiento de las penas, que explica unas mayores penas que las señaladas a los delitos meramente patrimoniales.

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS DELITOS DE COHECHO Y PERSPECTIVAS POLÍTICO CRIMINALES

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

SUMARIO:

I. Conceptos preliminares. II. El bien jurídico tutelado en los delitos de Cohecho. III. El delito de Cohecho pasivo específico. 1. Sujeto activo. 2. Modalidad típica. IV. Distinción del tipo penal del artículo 395º del CP con el delito de Tráfico de Influencias. V. El tipo subjetivo del injusto en los delitos de Cohecho. VI. Definiciones conclusivas.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

La Corrupción constituye un flagelo que azota duramente las Naciones democráticas, causante del subdesarrollo de nuestros pueblos, en todo caso impide el despegue socio-económico que se requiere para luchar frontalmente contra la pobreza y el sub desarrollo, debilitando así la *institucionalidad* propia del Estado de Derecho y la confianza de la ciudadanía en el Sistema Jurídico-Estatal.

Los actos de corrupción que acontecen en el seno de la Administración Pública, provocan una grave alarma social y conmoción pública, ante el pavor de los individuos de cómo sus autoridades más representativas se ven involucrados en coimas, sobornos y toda clase de negocios ilícitos, de-

fraudando con ello las legítimas expectativas ciudadanas, pues es de recibo que toda la actuación del aparato público, debe sujetarse a los principios jurídico-constitucionales que se desprenden de nuestra Ley Fundamental, esto es, la objetividad, independencia e imparcialidad que han de acatar estrictamente todos los funcionarios y/ servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Así lo contempla el artículo 39º de la CPE.

Cuando el funcionario público (*intraneus*), se encuentra incurso en los delitos de Cohecho, lo que se produce es una privatización del cargo, en franca contravención de los deberes funcionales inherentes al cargo.

II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL MARCO DE LOS DELITOS DE COHECHO

El bien jurídico se constituye en la política criminal actual, el marco de referencia obligado para el legislador, a fin de construir la conducta penalmente prohibida o mandada a realizar, como plataforma legítima de criminalización y, a su vez como proyección de despenalización, tomando en cuenta, su contenido material a efectos de delimitar el injusto penal cualificado. Por consiguiente, el bien jurídico importa un instrumento de hermenéutica jurídica, para sistematizar ordenadamente los comportamientos típicos, conforme al contenido del interés jurídico a tutelar, de acuerdo a la *ratio legis* de la norma jurídico-penal, definido por los cometidos preventivos que ha de desempeñar el Derecho penal y; por otro, como herramienta de política criminal, revisando de forma crítica el derecho positivo vigente, a fin de corregir los vacíos de la ley, promoviendo las reformas legales que sean necesarias para procurar el funcionamiento real de los fines del *ius puniendi* estatal, con todo la protección preventiva de bienes jurídicos. Sin embargo, fin primordial del bien jurídico es de erigirse en límite a los ámbito de intervención del Derecho penal, sobre todo, cuando se pretende hacer de su uso, cometidos que no se condicen con su esfera de legitimación en un Estado Social y Democrático de Derecho, pretendiendo sofocar los focos de conflictividad social que carecen de suficiente nivel de lesividad y, por otro, ante conductas que sólo merecen una reprobación ético-social, pero no cumplen con el estándar de ofensividad que se exige, para la necesidad y merecimiento de pena.

En el campo de los delitos de Cohecho, en los últimos años, se han producido varias modificaciones, muchas de ellas necesarias, de acuerdo a los argumentos antes señalados.

En un Estado democrático y social de derecho, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socio-económicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no sólo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar. Surge así, desde las bases de un Estado Social, las prestaciones públicas que han de ejecutarse según los cometidos jus-constitucionales, esto quiere decir, dirigidos hacia los intereses generales, para que los ciudadanos puedan hacer uso real de las libertades que el orden jurídico plasma en su normatividad y, para ello, los diversos estamentos que se comprenden en la Administración Pública, deben prestar dichos servicios de forma objetiva, imparcial e independiente, a fin de satisfacer las expectativas sociales e individuales, que debe resguardarse según la máxima de legalidad⁽¹⁾. En definitiva, el marco en el que deben situarse los Delitos contra la Administración pública es el que viene perfilado en la Constitución y, por lo tanto, son irrenunciables las referencias a que los poderes públicos, en general, y la Administración, en particular, se encuentran sometidos por mandato constitucional a la ley y al derecho⁽²⁾.

Recordemos que el bien jurídico tiene una base constitucional, pues en principio sólo pueden ser objeto de tutela aquellos intereses jurídicos que gozan de reconocimiento por parte de la Ley Fundamental y, de ahí que se diga con corrección que la función pública en el marco de un orden democrático de derecho, debe desempeñarse con objetividad, legalidad, imparcialidad e independencia, criterios que llenan de contenido material al bien jurídico y, que a su vez permiten negar la relevancia jurídico-penal de conductas que no ponen en peligros dichos principios constitucionales, imprescindibles en la tarea delimitadoras de las meras desobediencias administrativas con el injusto penal.

No son entonces, bienes jurídicos personalísimos, que de forma concreta puedan ser percibidos por el común de las gentes, sino que por su naturaleza funcional, se encuentran vinculados directamente con los primeros, como mecanismo participativo de una real democracia.

(1) Así, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de Cohecho*, cit., p. 87.

(2) REBOLLO VARGAS, R., "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L.II. del Código Penal Español", en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - In memoriam*, Vol. III, cit., p. 553.

Se trata, por tanto, de bienes jurídicos de naturaleza "institucional", puesto que su titularidad esta atribuida al Estado, que se representa a través de sus diversos estamentos públicos y, a la vez, "intermedios", pues su legitimidad reposa en un fundamento individual de la persona humana, funcional, al constituir en la plataforma necesaria para el desarrollo del individuo⁽³⁾. Ello se debe afirma Alcácer Guirao, que para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes inmediatamente circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estados intermedios de la organización social (bienes jurídicos "intermedios", cuya ratio radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección), así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos "institucionales")⁽⁴⁾.

Ahora bien, visto lo anterior, queda por dar un contenido material al bien jurídico tutelado en el Título XVIII, que de forma general pueda sistematizar el interés —objeto de tutela—, pues es de verse que las diversas figuras delictivas que se comprenden en dicha titulación, aunado a la especificación de la Administración de Justicia, responden cada uno de ellos a ciertos criterios de política criminal, amén a su propia naturaleza, lo que cual no es óbice a renunciar a la tarea emprendida. Máxime, si la definición material en cuestión, es imprescindible para delimitar el ámbito de incidencia entre las meras infracciones administrativas y los injustos penales, que ha de seguir pautas de determinación "cualitativas" o de trascendencia del acto administrativo⁽⁵⁾, en el sentido, de que únicamente las graves perturbaciones al bien jurídico "Administración Pública", pueden ser reputadas conductas con relevancia "jurídico-penal", cuando el funcionario y/o servidor público afecta de forma considerable el normal funcionamiento de la función pública, desde la perspectiva de los parámetros jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad e independencia de toda actuación pública. Dicha concreción material, se ajusta plenamente a los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal,

(3) Así, OLAZOLA NOGALES, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 110.

(4) Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 137.

(5) Quiere decir ello, que la legitimación del Derecho penal en dicho ámbito de la criminalidad, se sujeta a las actuaciones funcionales que trascienden en marco interno de la administración, al incidir en plano concretos de tutela hacia los administrados, por eso se afirma que los ataques al bien jurídico deben guiarse conforme una actividad finalista de la actuación pública, esto es, la tutela de los intereses generales de la sociedad.

conforme a la idea de *última ratio*, de mínima intervención y de subsidiariedad en la intervención del aparato punitivo del Estado. Evidentemente, señala Feijoo Sánchez, el Derecho penal, debido a su carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Sólo se reacciona frente a los “ataques” más intolerables contra la función que la Administración Pública desempeña en nuestra sociedad⁽⁶⁾.

Con todo, el Derecho penal sólo se ha intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente, defraudan los intereses de la comunidad, que se ven afectados cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto “funcional” de referente individual. La importancia que el buen funcionamiento de la Administración tiene para la sociedad en general justifica sobradamente la intervención penal respecto de los comportamientos que sean idóneos para lesionar gravemente la seguridad y la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento⁽⁷⁾. La necesidad de la intervención penal, (...), en un Estado democrático, sólo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad⁽⁸⁾.

A tales efectos, sólo las conductas típicas que vienen caracterizadas por el dolo, como tipo subjetivo del injusto, son factibles de punición, descartándose la penalización de las conductas imprudentes, bajo la excepción del Peculado culposo (Art. 387º del CP). Por consiguiente, quedan fuera del marco de punición, las conductas dentro del aparato público, que no afectan de forma significativa la actuación pública, sólo a partir de estándares de optimización y de rendimientos altamente calificados, como sucede en el caso de las contravenciones administrativas.

Dicho esto, cabe reputar como “intrascendente”, pretender llenar de un contenido puramente “axiológico”, el bien jurídico tutelado, en cuanto al “prestigio”, “decoro” o “dignidad” del cargo⁽⁹⁾, por carecer de fundamento político criminal desde los cánones de un orden democrático de derecho, donde la reacción punitiva sólo puede responder a criterios suficientes de lesividad social, que determinen a su vez, el merecimiento y necesidad de pena. De no ser así, habría que revestir de relevancia jurídico-penal, meras

(6) FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 7/8, cit., p. 708.

(7) DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La respuesta a la Corrupción Política*, cit., p. 44.

(8) VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de Cohecho*, cit., p. 239; así, Olaizola Nogales, I., *El delito de Cohecho*, cit., p. 85.

(9) ASÍ, REBOLLO VARGAS, R., *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, cit., p. 554.

desobediencias administrativas, como comúnmente lo hacen las instancias administrativas, pues no saben delimitar con corrección las infracciones administrativas de los injustos penales, lo que a la postre desencadena persecuciones penales que no cuentan con el presupuesto material para su legitimación (sospecha vehemente de criminalidad=principio de intervención indiciaria).

La infracción del "deber", puede resultar válida como premisa, para fundamentar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal "cualificado", éste dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción material⁽¹⁰⁾, constitutivos únicamente de una contravención administrativa⁽¹¹⁾. Como expone Octavio de Toledo y Ubieto, esta postura supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la Administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve⁽¹²⁾. Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar a un correcto funcionamiento de la Administración, que incluso sin ulterior especificación constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal⁽¹³⁾.

Cuestión muy importante, en los delitos de Cohecho, que ha de conciliarse con los criterios rectores, que hacen de la conducta una no típica, cuando precisamente no se alcanza los niveles de perturbación funcional, que exige la *ratio legis*.

¿Los delitos de Cohecho, entonces, qué aspecto del bien jurídico atacan, en el marco de la Administración Pública? En principio, habrá que precisarse, que el legislador de común idea con el derecho comparado, ha estructurado estos injustos en dos tipificaciones independientes; primero, el llamado "Cohecho propio", cuando el funcionario o servidor público, falta al cumplimiento

(10) A lo dicho añade Rebollo Vargas, que no todos los sujetos activos son funcionarios públicos o autoridades con lo cual ese "deber", que en principio, les era exigible ya no puede requerirse a todos los sujetos activos, en tanto que algunos son simples particulares; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, cit., p. 552.

(11) Así, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de Cohecho*, cit., pp. 87-88.

(12) OCTAVIO DE TOLEDO y Ubieto, *La prevaricación*, cit., pp. 238 y ss.

(13) DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 62.

de sus obligaciones, esto es, infringe concretos deberes funcionales⁽¹⁴⁾ (que puede configurarse mediante un hacer o un omitir), merced de la dádiva, ventaja u otro beneficio, que recibe o se le promete entregar por parte de un particular, v.gr., cuando el policía de tránsito recibe una coima por parte del conductor de un vehículo que ha cometido una infracción de tránsito, para que no se imponga la multa; por otro, se denomina "Cohecho impropio", cuando el funcionario o servidor público, recibe, acepta, o se le promete la entrega de cualquier tipo de ventaja o beneficio indebido, sin faltar a sus obligaciones funcionales, en este caso el *intraneus*, no contraviene la legalidad, pues sujeta su actuación a los dispositivos legales pertinentes, v.gr., cuando un funcionario de una Comuna, recibe un dinero, para que la gestión de un trámite administrativo se efectúe con mayor celeridad⁽¹⁵⁾. Así, De La Mata Barranco, al sostener que tanto la objetividad como la imparcialidad, principios legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras de al satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad, de modo tal que toda lesión del principio de imparcialidad implica una lesión del principio de legalidad, si no ocurre así a la inversa⁽¹⁶⁾.

Antes de pasar al análisis que nos interesa, del bien jurídico tutelado en los injustos de Cohecho, vale resaltar que ambos constituyen delitos de peligro abstracto, de todos modos la punibilidad de la conducta está a la aptitud de lesión ex -ante que desentrañe la conducta, verificable ex -post, por lo

(14) Debe entenderse que la contravención del cumplimiento del deber, puede suponer la infracción de una norma de orden administrativo o la comisión de un injusto penal, en todo caso se manifiesta su naturaleza antijurídica; como expone Polaino Navarrete, para la determinación del carácter antijurídico de la acción que la autoridad o funcionario ejecutan o aceptan ejecutar, será preciso recurrir al Ordenamiento jurídico en su conjunto; *Delitos contra la Administración Pública. Cohecho*, cit., p. 373; así, Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y, II): Cohecho...*, cit., p. 923; por otro lado, también se pone en debate, cuando la dádiva o la ventaja, en cuanto a la configuración del injusto de Cohecho, toma lugar cuando ya se realizó el acto funcional (con cumplimiento o sin cumplimiento de sus deberes públicos), pues lo que debe motivar al autor debe ser precisamente la entrega del donativo o, si se quiere la promesa de acceder a ella, lo que no se manifiesta en el acto posterior; así, Molina Arrubla, C.M., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 292.

(15) Para ARENAS, A.V., analizando el artículo 142º del CP colombiano, señala la diferencia entre esas dos formas delictuales reside en que en el cohecho propio el servidor público se compromete a omitir en ejecución de un acto justo, a retardar uno de igual naturaleza o a ejecutar uno contrario a sus deberes, de suerte tal que los tres casos comete, por precio, una injusticia; al paso que en el cohecho impropio el servidor público recibe dinero o acepta la promesa remuneratoria por acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones, de tal manera que en esta hipótesis vende la justicia; citado por Molina Arrubla, C.M., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 296.

(16) DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 38.

que aquellos, que si bien formalmente puedan adecuarse a la tipificación penal, deben descartarse, por no poseer un mínimo de lesividad social. Dicho esto, es de vital importancia, introducir criterios de corrección como la teoría de la adecuación social, del riesgo no permitido y el de insignificancia del disvalor del injusto, para dejar de lado conductas, que si bien formalmente pueden adecuarse a los términos formales del tipo penal, no poseen suficiente contenido material para poner en aptitud de lesión al bien jurídico tutelado⁽¹⁷⁾; v.gr., cuando el particular le regala una gaseosa al servidor que de forma impronta y eficaz está realizando un acto propio de la función pública.

En palabras de Corcoy Bidasolo, lo que pretende el legislador es motivar el control de los riesgos propios de la organización de instituciones que están al servicio del ciudadano⁽¹⁸⁾. La legitimidad de dicha construcción teórica, como técnica de tipificación, de adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal, se explica en cuanto a su íntima relación con la autorrealización de la persona humana, desde un punto de vista “funcional”⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, se trata de un delito de participación necesaria⁽²⁰⁾, “pluri-subjetivo” como dicen algunos⁽²¹⁾, pues para su realización típica requiere necesariamente la contribución fáctica del particular, hasta de otro funcionario, quien le ofrece la dádiva, beneficio o ventaja de cualquier índole⁽²²⁾,

(17) Ver al respecto, MEZGER, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 407-408.

(18) Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, cit., p. 118.

(19) A decir de ALCÁZER GUIRAO, que el grado de peligro para el bien jurídico –que tampoco es un concepto “naturalístico”, por cuanto presupone una valoración –viene así, a establecer el significado lesivo de la conducta para la autonomía del ciudadano; ¿*Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., pp. 161-162.

(20) Así, BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 506; por participación necesaria, se entiende, dice Mezger, la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas (*Derecho Penal Parte General*, cit., p. 323).

(21) Así, MOLINA ARRUBLA, C.M., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 272.

(22) En este caso para configurarse el injusto con respecto al intraneus, éste debe “aceptar” el soborno, en cuanto a dicho verbo típico, se ha señalado en la ejecutoria recaída en el RN N° 1091-2004-Lima (Segunda Sala Penal Transitoria), publicado el 26 de noviembre del 2005, que “(...) el término “aceptar”, el que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario (...)”. En todo caso lo que se pone de manifiesto es que la configuración típica se da de forma autónoma

o a la inversa siendo el autor (funcionario), quien la solicita, dicho así: los delitos de Cohecho para su perfección delictiva, manifiestan el acuerdo ilícito entre el "corruptor" y el funcionario "susceptible de corromper". De todos modos, vale decir, que en el marco de la política criminal, en la lucha contra la corrupción, ha supuesto que el desvalor de la conducta de cada uno de ellos, sea reconcedido a una tipificación penal autónoma, en el caso del funcionario será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo y, en el caso del particular o funcionario⁽²³⁾, incurrirá en la infracción penal de Cohecho activo⁽²⁴⁾. Tratándose de participación de otros (*extraneus*) para la realización delictiva, quien recibe el dinero, para entregárselo el dinero al funcionario,

con respecto al injusto que comete el *intraneus* y, el que de forma simultánea comete el *extraneus*, pues para la realización típica del primero sólo se requiere que el funcionario público acepte la dádiva, sin necesidad de que éste falte realmente a sus obligaciones funcionales, basta que la motivación del soborno sea aquélla y, en el caso del particular, que le ofrezca la coima o que acepte la tratativa ilícita, sin necesitar que el servidor público infrinja realmente sus deberes funcionales. En palabras de la Mata Barranco, estamos ante un delito de consumación anticipada (*La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 106); así se expresa en la siguiente ejecutoria AV N° 14-2001-Lima (Sala Penal Transitoria), en cuanto a la conducta típica prevista en el artículo 393° del CP: "(...) entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, pareo si o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se ejecuta, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características del tipo penal, sólo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa, no el acto indebido (...)".

- (23) Tal como se desprende de los tipos legales previstos en los artículos 397° y 398° del CP, no se exige una cualidad específica para ser autor, por lo que es un delito común específico, pese a estar comprendido en la Sección IV – Corrupción de funcionarios.
- (24) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 370; en el caso de este injusto, la doctrina no es pacífica al momento de determinar la comunidad que debe expresar el contenido del bien jurídico, si se parte de la doctrina de la infracción de un deber, habrá de rechazarse de plano cualquier intención sistematizadora del interés jurídico tutelado, pues queda claro que el particular (*intraneus*), nunca podrá quebrantar dicho deber, pero si se toma en cuenta que los ataques a la imparcialidad de la función pública pueden ser provocados también por aquellos que no ejercen dicha función, puede incidirse en una convergencia en el bien jurídico a proteger, en tanto el ofrecimiento de una ventaja o beneficio por parte del particular también pone en peligro dicha imparcialidad, mas aún la intervención de aquél es imprescindible para la realización típica, al tratarse de un delito de participación necesaria, por lo que ambos injustos (cohecho pasivo y cohecho activo), se encuentran indisolublemente ligados. A decir de Olaizola Nogales, se trata de un bien jurídico común en el delito de cohecho pasivo y al delito de cohecho activo; el bien jurídico protegido en el delito de cohecho será el correcto funcionamiento de la Administración pública (*El delito de Cohecho*, cit., p. 111).

no habrá problema para ser calificada dicha intervención delictiva a título de complicidad (primaria o secundaria), siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación de acorde con el principio de accesoriedad en la participación⁽²⁵⁾, siempre y cuando éste actúe con dolo y, no se trate de un acto de venta de influencia, pues de ser así, éste último estaría incurso en el delito de tráfico de influencias a título de autor.

Se puede partir de lo siguiente: en el delito de Cohecho, cuando el servidor público, se deja tentar por la oferta corruptora del particular o, el mismo promueve el trato ilícito, para infringir sus deberes funcionales, para omitir un acto en violación de sus obligaciones⁽²⁶⁾, está afectando dos aspectos puntuales: la imparcialidad en el ejercicio de la actuación pública, pues ésta es quebrantada cuando el autor pone de manifiesto la preponderancia de sus apetitos "personales", sobre los estrictamente "generales", que ha de guiar dicha actuación y, a su vez, el principio de legalidad, pues éste deja de aplicar la norma aplicable al caso concreto o, la interpreta de forma antojadiza para favorecer indebidamente al particular⁽²⁷⁾. Lo que en un sector de la doctrina han denominado como "privatización de la función pública", pues el *intraneus*, se aprovecha de su condición de servidor de la administración, para obtener un provecho indebido. El delito de cohecho, apunta Feijóo Sánchez, es el medio más radical que tiene el ordenamiento jurídico para luchar contra la "privatización" de la función pública⁽²⁸⁾. Orts Berenguer concluye que el bien jurídico protegido en éstos se contrae a los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con

(25) Así, BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 506.

(26) De los elementos constitutivos de la tipicidad penal, que se desprende de los artículos 393º, 394º y 395º del CP respectivamente, se observa dos modalidades de conducta: primero, cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe el donativo, y; segundo, cuando es el mismo funcionario quien solicita, directa o indirectamente el donativo. Esta última, ha merecido por parte del legislador una reacción punitiva de mayor intensidad, tal como se ha traducido en la reforma penal que se concretizó en la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004.

(27) En la jurisprudencia nacional, en la resolución recaída en el RN N° 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se ha estima que *el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo*. Con ello, se ingresa el Derecho penal a ámbitos de intervención que legítimamente no les corresponde, en cuanto a la "regularidad" en el ejercicio de la función pública, en la medida, que meras desobediencias administrativas pueden también afectar dicha caracterización de la actuación pública. Sólo la imparcialidad es un contenido legítimo de concreción del interés jurídico –objeto de tutela penal–.

(28) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 704.

sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad e imparcialidad⁽²⁹⁾.

Distinto es el caso de la Concusión, en este caso, el funcionario hace pagar al particular emolumentos o contribuciones por encima de la tarifa legal o indebidos al no estar previstos en la Ley, advirtiéndose una voluntad viciada en la persona del administrado, lo cual es distinto en el caso de Cohecho, donde el pacto sceleris es fruto de una voluntad libre de las partes. Claro, que los delitos de Cohecho, en algunos casos pueden resultar actos preparatorios (cuya propia sustantividad lo hace punible), para alcanzar la realización típica de un delito de prevaricación, dando lugar a un Concurso real de delitos.

La problemática estribaría, en el caso del Cohecho impropio, pues en este caso, el funcionario y/o servidor público, no incumple sus obligaciones legales, al realizar una actuación prevista en la Ley⁽³⁰⁾. Con ello, sector importante de la doctrina, revela la dificultad de encontrar un bien jurídico común, en todas las figuras delictivas de Cohecho⁽³¹⁾, poniendo en cuestión la incapacidad del principio de "Imparcialidad", como interés jurídico tutelado en el caso del Cohecho impropio. Advertimos, en realidad, que la necesidad por ajustar de forma intensa los cometidos político-criminales, es decir, en la lucha contra la Corrupción, flagelo que se acrecienta cada vez más en el aparato público, ha determinado la incidencia del derecho punitivo, en ámbitos sociales que en realidad no se condicen con sus parámetros de legitimación. Dicho así: *la inclusión de una serie de conductas típicas en el ámbito del Cohecho, mas que revelar un orden sistematizado, de la conducta prohibida, conforme la idea del bien jurídico, parten de una consideración*

(29) ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 921.

(30) Al respecto, cabe anotar que la actuación del particular, cuando entrega una dádiva, beneficio o cualquier tipo de ventaja, no lo hace muchas veces para obtener una decisión ilegal, sino para asegurar que su caso (administrativo y/o jurisdiccional), sea resuelto de forma impronta y de acuerdo a derecho, que en nuestra realidad nacional es una visión concreta, que en la generalidad de los casos, el particular cuando entrega dígame una pequeña dádiva, no lo hace motivado para que se infrinja la Ley, sino que para que se resuelva rápidamente el asunto, a veces ante el temor de que la otra parte, le dé también una ventaja, y así quebrante la normatividad. Son puntos de referencia sociológicos muy importantes a efectos de determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta del particular, no olvidemos que su actuación se reconduce a la tipificación de Cohecho activo, donde la urgencia de que se resuelva la controversia, hace que el ciudadano caiga en este tipo de comportamientos ilícitos.

(31) Así, DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La respuesta a la Corrupción Política*, cit., p. 51; Vizqueta Fernández, J.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., pp. 229-230; Orts Berenguer, E., *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 919.

puramente político criminal, de criminalizar conductas que no resultan compatibles con la idea material del injusto en esta esfera de la criminalidad, pero que manifiestan una reprobación social significativa.

En palabras de Polaino Navarrete, la tipología del cohecho pretende ser un reflejo, aunque acaso resulte ser imperfecto y poco representativo, de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que proliferan en la hampa criminal circundante al mundo funcionarial, en rededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo, del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados y de la traición a las demandas sociales de la justicia democrática⁽³²⁾.

Como pone de relieve Feijóo Sánchez, comentado la imposibilidad de que sea la Imparcialidad, el interés común de tutela en las figuras de Cohecho⁽³³⁾, que parece que el legislador se ha excedido en su pretensión de evitar la "privatización" de la función pública y ciertos tipos tiene primordialmente un carácter ético: preservar la probidad, integridad y honradez de funcionarios y autoridades⁽³⁴⁾. Definir el contenido material del bien jurídico en el caso del Cohecho impropio, nos conduce indefectiblemente por senderos que se alejan de los principios jurídico-constitucionales, como el decoro, la honradez⁽³⁵⁾, en otras palabras la venalidad en el ejercicio de la actuación pública, la instrumentalización del cargo, cuando el servidor lo utiliza sirviéndose de él, para colmar sus pretensiones patrimonialista. En resumidas cuentas, no resulta factible la construcción de un contenido material del bien jurídico, común para todas las figuras delictivas de Cohecho⁽³⁶⁾, so pena de vulnerar su criterio sistematizador de común idea con la concreción expuesta en el caso del bien jurídico tutelado como vía generalizadora del Título XVIII del CP.

III. EL DELITO DE COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

Recapitulado lo dicho, en los delitos de Cohecho el bien jurídico tutelado es la "Imparcialidad" y la "Legalidad", en el ejercicio de la función pública, que puede verse afectado y/o con aptitud de afectación, tanto cuando el funcionario omite realizar un acto propio de sus funciones, con evidente

(32) POLAINO NAVARRETE, M., *Delitos contra la Administración Pública. Cohecho*, cit., p. 364.

(33) Si bien hace alusión al CP español, la crítica se hace extensible plenamente al CP peruano, al tipificarse ambas conductas, en los artículos 393º y 394º.

(34) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 704.

(35) Así, MOLINA ARRUBLA, C.M., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 297.

(36) Así, BERENGUER ORTOS, E., *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 919.

beneficio del particular que ofrece, da, o promete entregarse una dádiva o cualquier tipo de ventaja, como por esa misma conducta en la que participa el particular (*extraneus*), en el sentido de que su contribución fáctica resulta esencial, para que pueda ponerse en peligro el interés jurídico protegido. Por lo que puede postularse un criterio común de ambos injustos (Cohecho pasivo y activo), conforme al interés jurídico tutelado, lo que no puede ser postulado de forma coherente en el caso del Cohecho impropio, al consistir en una actuación que más que lesionar la Imparcialidad de la función pública, lo que pone en evidencia es un comportamiento en franca contravención a los valores éticos y deónticos, que han de seguir los funcionarios en la prestaciones públicas que realizan, erigiéndose en verdaderos “mercaderes”, de la actuación pública; que si bien desde un plano puramente dogmático habría de rechazar su incriminación, desde razones en puridad de política criminal puede ser valedero, a fin de prevenir eficazmente estas conductas disvaliosas.

Las conductas típicas se manifiestan de la siguiente forma, en el caso del Cohecho propio, el servidor del área de fiscalización de una Municipalidad, a fin de no imponer la multa que merece el administrado, por haber contravenido la legalidad aplicable, solicita al administrado una suma de dinero determinada y, en el segundo de los casos, en el Cohecho impropio, el fiscalizador del Ministerio de Trabajo de las normas laborales, a efectos de acudir a una empresa, donde de forma injusta no se le deja ingresar a un trabajador, pero para realizar dicha función –propia del cargo–, le solicita al administrado una suma de dinero. Ambas figuras delictivas revelan, sin duda, un determinado contenido del injusto en su contenido material, que será mayor en el caso del Cohecho propio, por lo que recibe una reacción punitiva más severa, conforme es de verse de la comparación de los marcos penales entre los artículos 393º y 394º del CP.

Ahora bien, el legislador en el marco de la política criminal que trazó en la elaboración del texto punitivo de 1991, habría de tomar en consideración factores de mayor incidencia en el desvalor del acción y en cuanto al reproche de imputación individual, que motivó la sanción de una tipificación penal autónoma, cuando la infracción de los deberes funcionales, tomando en cuenta los principios jurídico-constitucionales antes anotados, aparece con más intensidad cuando el sujeto activo es un funcionario que realiza tareas de especial importancia en un Estado democrático de derecho. Se trata en todo caso, de un autor que posee un ámbito de “organización específica”, que se traduce en concretas áreas decisorias, resolutivas y/o dictaminadoras, como fundamento material del Injusto típico. Nos referimos de forma particular, a quienes la Ley Fundamental les ha encomendado la excelsa

labor de la administración de justicia, a los magistrados que en las diversas instancias del Poder Judicial, cumplen la tarea de dirimir las causas que se someten a su competencia y, por otro, de hacer ejecutar lo juzgado, de conformidad con el principio "jurisdiccional". Así también aparecen otros funcionarios, que si bien no administran justicia, cumplen una labor de primer orden en lo que respecta a la persecución e investigación del delito, como titulares del ejercicio de la acción penal, nos referimos a los miembros del Ministerio Público, que también asumen funciones en el ámbito civil, contencioso-administrativo y de familia, como parte o como dictaminadores. Ambas instituciones en conjunto, deben desplegar sus roles constitucionales según el orden de valores que se desprenden de la CPE, con objetividad, legalidad e imparcialidad. Sus funciones adquieren relevancia social, cuando a partir de sus dictados, resuelven determinadas controversias legales, que tienen por efecto la creación, modificación y anulación de relaciones jurídicas y, en el marco del proceso penal, decidir por la pretensión punitiva, disponiendo la privación de libertad del imputado o, en su defecto absolviéndolo. Por ello, dice Rojas Vargas, es que repugna a la conciencia del colectivo social la existencia de jueces (también Fiscales) cohechadores, de aquellos sujetos que miran la judicatura como un botín o una tienda donde desarrollar sus cualidades de mercaderes⁽³⁷⁾.

Con todo, las resoluciones jurisdiccionales, los dictámenes fiscales así como sus disposiciones en ciertos casos (formalización de denuncia penal), deben ser el dictado de una decisión debidamente razonada, producto de un análisis lógico jurídico y, cuestión importante para el tema que nos interesa, que su motivación este desprovista de cualquier influencia ajena, de las partes, que pueda distorsionar la legalidad de su respuesta o simplemente acelerarla, al haber recibido una coima por parte del usuario de justicia. En este caso, el juez o fiscal estaría en curso en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, que requiere de ciertas precisiones, para que se aplicación no contravenga el principio de legalidad, principio fundamental del Derecho penal en un orden democrático de derecho, el cual debe respetarse ora en un proceso penal ordinario (común) ora en los procedimientos penales especiales (terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz, etc.).

1. Sujeto activo

Es un delito especial propio, por lo que sólo pueden ser autores a efectos penales, quienes tienen la calidad de Magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier análogo. De acuerdo a lo

(37) ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 714.

descrito, debe quedar claro, que no basta que el sujeto activo cumpla con tener dicha cualidad funcional, para ser considerado autor, sino que se requiere necesariamente que éste cuente con capacidad decisoria y/o resolutive, precisamente este es el fundamento material del injusto del tipo legal previsto en el artículo 395° del CP: la mayor responsabilidad del funcionario dentro del aparato de la Administración pública y Administración de justicia; se trata de magistrados⁽³⁸⁾ o fiscales, sean titulares o provisionales, de las diversas ramas en que se desempeñan funcionalmente (civil, penal, contencioso-administrativo, familia, terrorismo, anticorrupción, etc.), que tienen a su cargo un Juzgado o una Fiscalía⁽³⁹⁾ y, no aquellos que desempeñan labores auxiliares, de asistente de Despacho, secretarios jurisdiccionales, debiéndose incluir a los Fiscales Adjuntos Provinciales⁽⁴⁰⁾, pues es de verse que ellos no poseen capacidad decisoria, únicamente cuando asumen la conducción del Despacho, que debe plasmarse mediando una resolución de la autoridad competente y; si estas personas, están incurso en actos de corrupción, sus conductas deberán ser reconducidas a los artículos 393° o 394° dependiendo de las naturalezas del caso concreto. Siendo que cuando se trata de un secretario judicial, relator, especialista, auxiliar o cualquier otro análogo⁽⁴¹⁾, el comportamiento estará incurso en la figura delictiva contemplada en el artículo 396° del CP (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), siempre y cuando se cumpla con las exigencias de tipicidad objetiva que se desprenden del artículo 395° (in fine).

⁽³⁸⁾ En sentido estricto, señala Rojas Vargas, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia (*Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 715).

⁽³⁹⁾ En el caso de los peritos, al ser profesionales en ciertas materias de la ciencia, su deber es de emitir un dictamen imparcial, versado estrictamente en el estado de la técnica, evitando inclinarse indebidamente por una de las partes. Si bien su dictamen no es *per se* vinculante para el juzgador, lo ilustra de forma decidida en la orientación que ha de seguir para decidir en cierto sentido; su imparcialidad es sometida a responsabilidad funcional desde el momento en que prestan juramento al momento de entregar el dictamen pericial (Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal*, cit., p. 331); en todo caso, consideramos que la inclusión del perito, debe incidir en una pena mitigada con respecto a los otros, en vista de no poseer facultades decisorias.

⁽⁴⁰⁾ Así, el artículo 43° de la LOMP, que establece taxativamente que los Fiscales pueden contar con el auxilio de Fiscales Adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones cuando las necesidades del cargo lo requieran y según las posibilidades del Pliego Presupuestal correspondiente.

⁽⁴¹⁾ A nuestro modo de ver las cosas, dicha inclusión terminológica de sentido amplio, no cumple con el principio de *lex stricta*, con el mandato de determinación, pues a la postre puede desencadenar una aplicación extensiva de la Ley, que no se condicen con los fundamentos materiales del injusto típico y con la ratio de la norma.

Dicho esto es importante, para delimitar ámbitos de protección normativa, en la medida, que pueden producirse conflictos aparentes entre las diversas modalidades delictivas de Cohecho y el caso del tráfico de influencias.

2. Modalidad típica

El tipo penal en cuestión describe las siguientes verbos rectores: (...) a fin de influir o decidir en asunto sometido a su "conocimiento" o "competencia", de dicha descripción se colige que el particular (*extraneus*), pretende influenciar en el ámbito estrictamente decisorio del funcionario (*intraneus*), para que lo favorezca en un caso determinado, no lo busca para que agilice los trámites del expediente, para que resuelva con mayor prontitud, sino para que la resolución jurisdiccional y/o dictamen fiscal recoja su pretensión, por lo que generalmente el injusto penal *in examine*, entrará en concurso real con el delito de prevaricación, de no ser así, tendríamos necesariamente negar la tipicidad penal de este delito y, reconducir el juicio de adecuación normativa a los delitos comprendidos en los artículos 393° o 394° del CP.

Como lo sostuvimos en párrafos anteriores, se trata de un delito de participación necesaria, en el sentido de que la realización típica esta condicionada a la contribución fáctica de ambos protagonistas: de quien otorga la dádiva para influir en un caso que esta conociendo el magistrado y, éste último que la recibe para favorecerlo, motivado por el beneficio ilícito. Siendo así, la participación delictiva de cada uno se desdobra en una tipificación penal autónoma; el particular será reconducido a los alcances normativos del tipo penal previsto en el artículo 398° del CP, mientras que el magistrado al artículo 395° (*in fine*). Si la intermediación corruptora, no se dio bajo un ambiente de plena libertad, donde el funcionario público ejerció cierta intimidación, con abuso de las bondades del cargo, será constitutivo del delito de Concusión y no la figura *in examine*.

Ahora debemos definir los alcances de los términos "conocimiento" y "competencia"; antes de elucubrar una posible concepción, debemos precisar lo siguiente: la debida definición o, mejor dicho de interpretación de los elementos normativos de los tipos penales, no puede basarse de ninguna manera desde acepciones en puridad "gramaticales", no olvidemos que estos elementos cumplen un rol en el marco del principio de legalidad, que debe cotejarse con los fines teleológicos de las normas penales, con ello del Derecho penal, a fin de buscar la *ratio legis* (ámbito de protección de la norma); caso contrario, estaríamos cobijando conductas que no se condicen con el fundamento material del injusto.

En el caso concreto, todos aquellos que conocen el caso, incluido el de mesa de partes, hasta el muchacho que se encarga de la mensajería, podrían ser incluidos como posibles autores del injusto de Cohecho pasivo específico, lo que a todas luces resulta un real despropósito; entonces, el conocimiento debemos vincularlo con aquellos que se encuentran glosados en la tipificación del artículo 395º, cuya función no la ejercen en virtud de una determinada "competencia". De quienes no estamos refiriendo, de los peritos, ellos asumen su actuación conforme una delegación o una resolución autoritativa, no existiendo una delimitación por competencia, hasta donde nuestros conocimientos nos guían.

Por consiguiente, cuando se trata de "Magistrados" y "Fiscales", debemos referirnos únicamente al término "competencia". ¿Qué es la competencia? La potestad funcional que tiene el magistrado, para avocarse a un caso determinado, la atribución para ejercer sus funciones conforme la jurisdicción que le viene investido por la Constitución y la Ley. La competencia, anota Binder, es una limitación de la jurisdicción para cierto tipo de casos. Esto responde a motivos prácticos: la necesidad de dividir el trabajo dentro de un determinado Estado por razones territoriales, materiales, funcionales⁽⁴²⁾. En el caso de la materia, el fuero jurisdiccional se divide en el área penal, civil, laboral, contencioso-administrativo, comercial y de familia. Si un usuario de la administración justicia, solicita a un magistrado en lo civil, para que influya sobre otro en materia penal, el primero de ellos si es que recibe algún tipo de coima o, ante la promesa a futuro de recibirla, no será pasible de incurrir en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, sino en la tipificación legal del artículo 400º, concretamente en la figura delictiva de Tráfico de influencias y; si el segundo de los mencionados, es efectivamente tentado por el primero, para resolver en determinado sentido, siempre y cuando exista una dádiva de por medio, sí incurrirá en el delito in examine, puesto que autor del delito de Cohecho activo específico puede ser cualquier persona, inclusive un Magistrado, como es de verse en algunas ejecutorias. Cuestión aparte, es que para que pueda afirmarse la realización típica del Tráfico de influencias no se necesario que la intercesión ante el funcionario público que conozca el caso judicial, se llegue a concretar⁽⁴³⁾, eso sí debe tratarse de una influencia "real", en caso de ser "simulada", se tratará de una tentativa inidónea, por imposibilidad del medio empleado.

⁽⁴²⁾ BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 297.

⁽⁴³⁾ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de Cohecho*, cit., p. 467; Orts Berenguer, E., *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 928; Vizuela Fernández, J., *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 43.

Por lo general, el autor (magistrado), que recibe la coima por parte del particular, ha de ser influido para resolver de forma favorable al litigante, por que se incurra en un acto en violación de sus obligaciones funcionales. Se trata de un cohecho pasivo antecedente, donde está implícito – aún cuando el tipo penal no lo pone de manifiesto- el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la administración pública al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo el proceso sometido a su decisión⁽⁴⁴⁾.

IV. DISTINCIÓN DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 395° DEL CP CON EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A fin de realizar una distinción puntual del delito de Cohecho pasivo específico con el de tráfico de influencias, definiremos ciertos elementos de este último. La inclusión del injusto penal previsto en el artículo 400° del CP, obedeció en motivos estrictamente de política criminal, tipificación penal que no estaba comprendida en el catálogo delictivo del corpus punitivo de 1924 así como en otros textos en el marco del derecho comparado. Decimos razones de política criminal, en tanto de un vistazo de la estructuración típica de este injusto, hemos de destacar que en realidad se trata de una etapa preparatoria de los delitos de Cohecho, de un acto de intercesión a un acto previo que de lugar a la corrupción, por lo que su incriminación es objetada por sector importante de la doctrina⁽⁴⁵⁾.

Se desprenden dos actos, que deben ser valorados jurídico-penalmente de forma independiente: primero, cuando el vendedor de humos, el traficante de influencias pacta con el particular, mediando un donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio, para que el primero de ellos interceda ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial; segundo, la real intercesión del traficante sobre el funcionario que esta conociendo el caso o ha de conocerlo a futuro. Si bien ambos actos están de cierta forma vinculados subjetivamente, no es menos ciertos que a efectos de consumación del delito de tráfico de

⁽⁴⁴⁾ ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 718-719.

⁽⁴⁵⁾ Como apunta, OLAIZOLA NOGALES, es mayoritaria la doctrina que afirma que con los delitos tradicionales contra la Administración pública, especialmente con el delito de prevaricación y el delito de cohecho podrían quedar recogidas la mayor parte de las conductas tipificadas en el delito de tráfico de influencias, *vid.*, *El delito de Cohecho*, cit., pp. 465-466.

influencias, no se requiere que se verifique la real intercesión con el funcionario que esta conociendo determinado caso, son tipificaciones penales autónomas en todo caso, de no ser así, no estaría justificado la inclusión de la figura delictiva que estamos comentando. El acto de “*influir*” sobre una autoridad o funcionario representa el núcleo de la conducta incriminada por la gravedad de las formas específicas en que se lleva a cabo el ejercicio de influencia sobre la actividad funcionarial⁽⁴⁶⁾. Por otro lado, el bien jurídico que se tutela en ambas figuras criminosas es el mismo: la imparcialidad, objetividad y la legalidad de la actuación pública, (...) toda vez que se intenta influir en la toma de decisiones de los funcionarios públicos para que resuelvan de espaldas a los intereses públicos⁽⁴⁷⁾, donde la anticipación de la barrera de intervención en el caso de tráfico de influencias es más que evidente.

Se trata, en todo caso, de un delito de mera actividad, no se requiere para su realización típica, que la finalidad perseguida por el particular que compra las “influencias” al vendedor de humo se concreten en una resolución injusta, de acuerdo a lo antes expuesto. Por otro lado, se trata también de un delito de participación necesaria, en tanto la realización típica está condicionada a la contribución fáctica de los dos sujetos intervinientes: del vendedor de humos y del comprador de influencias, siendo que éste último al participar en un negocio jurídico “ilícito”, será penalizado como cómplice primario o instigar de dicho delito, dependiendo de la naturaleza jurídico-penal de su participación. Como apunta Reaño Peschiera, el perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que el pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado⁽⁴⁸⁾.

Cuando un particular, usuario del sistema de justicia, busca por ejemplo a un auxiliar jurisdiccional, para que éste influya en la persona del juez o siendo un asistente de función fiscal para que lo haga en el Fiscal que conduce el Despacho, no será autor del Cohecho pasivo específico, sino autor del delito de Tráfico de influencias, empero sí podrá incurrir en el tipo penal del artículo 396º, siempre y cuando lo que pretenda el particular, es un de-

⁽⁴⁶⁾ POLAINO NAVARRETE, M., *Delitos contra la Administración Pública (VI). Tráfico de Influencias*, cit., p. 391.

⁽⁴⁷⁾ ORTOS BERENGUER, E., *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 928; así, en cuanto a la imparcialidad, Feijóo Sánchez, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 705.

⁽⁴⁸⁾ REAÑO PESCHIERA, J.L., *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, cit., p. 79.

cisión que se encuentra enmarcada en el ámbito de potestades del auxiliar jurisdiccional, v.gr., que posponga una diligencia, que omita notificar cierta diligencia a la otra parte, etc. Una diferencia importante, como apunta Olai-zola Nogales, es que en principio, no sería relevante a efectos del delito de tráfico de influencias si la resolución es conforme o contraria a Derecho⁽⁴⁹⁾; pero sí, a efectos de valorar la conducta del funcionario que está conociendo el caso, pues, si se hace para omitir un acto propio de sus funciones, será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo propio y, si recibe la dádiva para realizar un acto propio de sus funciones incurrirá en un delito de Cohecho pasivo impropio. De todos modos, será de recibo, que la búsqueda de influencias para que se decida en un caso concreto, por lo general se hará con el propósito de que se realice un acto en omisión de los deberes funcionales. De ahí, vale decir, que si se trata de una intercesión que ha de calar en un funcionario con potestades decisorias, ingresaríamos a un Concurso real con el injusto de prevaricación; situación que no cabría admitir cuando la influencia se dirige hacia un acto sin faltar a los deberes funcionales (Cohecho pasivo impropio).

La delimitación normativa entre los delitos de Cohecho y de tráfico de influencias, ha de verse conforme la adecuación del comportamiento típico a los verbos rectores descritos en las diversas tipificaciones penales, concretamente en lo que respecta al ámbito decisorio y/o resolutorio del sujeto que recibe y/o solicita la dádiva u otra ventaja. Pudiendo las diversas manifestaciones típicas de Cohecho realizarse, por intermedio de otra persona, sin que de lugar a la configuración del tipo penal de tráfico de influencias, esto es, mediante un intermediario, el funcionario (*intraneus*), solicita a una particular la entrega de un dinero, a fin de realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionales, donde la intervención del intermediario será punible a título de cómplice primario, sea un servidor público o un particular, cuestión contraria se dará cuando el que ofrece una actuación irregular de un funcionario a cambio de una dádiva, lo hace directamente, ofreciendo la venta de "influencias". Así, se dice en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2527-98: *"Las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario de por si o por persona interpuesta, es decir, personalmente o por intermedio de un tercero. La referencia en orden a la participación, siendo aquella persona que a los ojos de terceros se haga aparecer como destinatario del beneficio"*.

Siendo así, el tipo penal de tráfico de influencias no es un delito especial propio, en tanto puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por un

(49) OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de Cohecho*, cit., p. 469.

funcionario y/o servidor público, que en el caso de nuestra legislación positiva, ha incidido a la construcción de una circunstancia agravante, como consecuencia de la sanción de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004; por tanto, para la realización típica de este injusto, la entrega del beneficio debe apuntar a la actuación funcional de un tercero y, si éste finalmente accede a algún tipo de ventaja, por parte del vendedor de humos, estará incurso en los delitos de Cohecho. Pero, si quien recibe directamente la coima, el dinero, es el funcionario que está conociendo el caso concreto, no habrá posibilidad de tipificar por el delito previsto en el artículo 400°, sino será constitutivo de los artículos 393°, 394° y 395°; y con respecto al particular, pasible según los artículos 397° o 398° del CP.

Recapitulando, el delito de Cohecho pasivo específico, es de mera actividad, no necesita de la colima recibida por el autor se traduzca en una resolución injusta (condición objetiva de punibilidad), constituye un injusto de participación necesaria⁽⁵⁰⁾, donde el particular o funcionario que ofrece o acepta la solicitud de soborno será penalizado, según los alcances normativos del artículo 398° del CP. Si el funcionario público que recibe y/o solicita el soborno, no tiene las potestades, facultades que el tipo en comento exige, para acreditar el mayor fundamento del injusto típico, la conducta se reconducirá a los tipos penales previstos en los artículos 393° y 394° del (in fine), sobre todo al primero de ellos, pues muy difícilmente la corruptela será destinada a que realice un acto propio de las obligaciones funcionales.

V. EL TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO EN LOS DELITOS DE COHECHO

En lo que refiere al tipo subjetivo del injusto, los tipos penales in examine sólo son posibles de incriminar a título de dolo: conciencia y voluntad de realización típica. Con ello, no descartamos el dolo eventual, al cual consideramos como el "conocimiento del riesgo típico": el funcionario y/o servidor público que recibe un soborno, sabiendo que el particular los hace para que

⁽⁵⁰⁾ En la siguiente ejecutoria RN N° 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se pone de relieve la naturaleza "plurisubjetiva" del delito de Cohecho pasivo específico de la siguiente forma: "(...) que el procesado en sus respectivas declaraciones ha negado ser autor del delito que se le imputa, son embargo las mismas han quedado desvirtuadas con la sentencia que obra a fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y ocho en la que se condenó a Navarrete Rivadeneyra por el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad activa, precisamente respecto de los mismos hechos que originaron la presente instrucción, es decir, el proceso civil que fue de conocimiento del procesado Arce Leandro sobre nulidad de rescisión de anticipo de legítima, en este caso Rivera Rivadeneyra sobornó a dicho Magistrado, ahora procesado, siendo confeso de los cargos reconociendo haber sorprendido al ex Juez Arce Leandro (...)".

contravenga sus deberes funcionales, de torcer la voluntad de los intereses generales de la Administración Pública. Decimos esto, pues según nuestro punto de vista el dolo debe refundirse en un plano estrictamente "cognitivo", por lo que el término "a sabiendas", que se ha incluido en la construcción típica del artículo 395º del CP, no descarta el dolo eventual, lo que para un sector de la doctrina no resulta admisible⁽⁶¹⁾, inclinándose, evidentemente, en teorías más propensas al elemento "volitivo" del mismo. De plano, ninguna de estas figuras delictivas, exige un plus en la esfera anímica del autor, un elemento subjetivo del injusto: "malicia", "mendacidad", etc. El dolo es suficiente, cubriendo todo el espectro normativo de los elementos constitutivos del tipo penal, cuya posible ignorancia podría dar lugar a un Error de tipo.

VI. DEFINICIONES CONCLUSIVAS

Las variadas formas que adquiere la Corrupción, incluida la "política", corroe severamente las vísceras de nuestra sociedad, repercutiendo en las bases fundacionales de una sociedad democrática y en su plataforma Institucional. Para tales efectos, el Estado proyecta una política criminal que no siempre se ajusta a los preceptos constitucionales y, por otro, a los principios legitimadores del Derecho penal, bajo la lupa de un orden democrático de derecho, incidiendo normativamente en ámbitos no compatibles con la teleología que se desprende de la Ley Fundamental.

Lo descrito importa entender que el combate eficaz de las conductas cohechadoras, supone actuar en el marco de las acciones de control –propias de la vía administrativa– y, en lo que respecta a la persecución penal, concretamente promoviendo la real implementación del nuevo CPP.

El Derecho penal, por supuesto que ejerce una función de primer orden, para prevenir y reprimir estos comportamientos antijurídicos, en consonancia con los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad de común idea con los fines preventivo generales que se comprenden en la norma de sanción. De todos modos, los cometidos político criminales no deben rebasar el umbral de legitimidad que toma lugar con los criterios rectores del Derecho penal.

⁽⁶¹⁾ Así, ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 719.

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE ACTIVOS.
CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES, SUBSIDIARIEDAD,
DELITO PREVIO Y CONCURSOS**

Tomás Aladino Gálvez Villegas
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

SUMARIO:

I. criterios político-criminales en la configuración de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. II. La supuesta subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito. III. El delito previo en el delito de lavado de activos. IV. Concurso de delitos y de normas penales entre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

**I. CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS
DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE ACTIVOS**

Como es sabido, en la actualidad, se ha dejado de lado el sistema cerrado del Derecho penal, por el cual se asumía que la ciencia del Derecho penal constituía un sistema lógico deductivo más o menos exacto, en el cual los conceptos elaborados por la dogmática supuestamente resolvían, de modo seguro, todos los problemas o conflictos suscitados en la realidad; habiéndose optado por un ***sistema abierto de orientación teleológica***⁽¹⁾ o

⁽¹⁾ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 67, 68 y 69.

político-criminal, asumiéndose mayoritariamente las tesis de ROXIN respecto a orientar el sistema del Derecho penal por las valoraciones de la Política Criminal⁽²⁾. Esto es, las finalidades político-criminales, más allá de aportar los criterios de valoración para establecer las normas jurídico penales (criminalizar o descriminalizar conductas) y establecer las finalidades u objetivos que se persigue con la aplicación de dichas normas, serán tomadas en cuenta al momento de la determinación del contenido y límites de las instituciones o categorías jurídico-penales constitutivas de la dogmática penal⁽³⁾. Con este criterio, si bien el sistema del Derecho penal “perderá en belleza”, ganará en funcionalidad y eficacia⁽⁴⁾. Y claro, ello resulta absolutamente necesario, en la medida en que una jurisprudencia de conceptos o un sistema abstracto del Derecho penal se mostró incapaz de resolver los problemas de trascendencia penal suscitados en la sociedad.

Siendo así, es justo apelar a un sistema de Derecho penal caracterizado, al decir de ROXIN, por su “claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación a finalidades político-criminales”⁽⁵⁾. Pues, estas finalidades político-criminales constituyen **necesidades de ordenación social** a través de la prevención de las conductas antisociales más graves con el objeto de lograr la paz social. Estas finalidades están presentes en toda decisión de trascendencia penal, llámese tipificación penal de conductas (creación de normas jurídico-penales), interpretación de las normas o aplicación y ejecución de las mismas, así como también en la creación de la jurisprudencia y el desarrollo y elaboración de la dogmática.

Dichas finalidades surgen de la realidad social, a partir de la evaluación de los hechos antisociales que contrarían el orden y la paz social, y que por ello requieren de una urgente respuesta preventiva o asegurativa. Claro que esta respuesta tiene que encuadrarse dentro de los límites permitidos

(2) SILVA SÁNCHEZ, *Ob. Cit.* p. 68. Reitera este criterio en “*Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su contenido y límites*”, en: *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 18 y 19. al referir: “que en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías (...) resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia en sociedad”. En el mismo sentido: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001, p. 18. Quien considera que no se trata únicamente de un criterio mayoritario, sino que sostiene que se ha llegado a un consenso en este sentido.

(3) SILVA SÁNCHEZ, *Ob. Cit.* p. 68.

(4) MUÑOZ CONDE, en: Introducción del traductor al libro: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* de ROXIN, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 23.

(5) ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 57.

al operador político-criminal y penal (legislador, juez, fiscal, policía, agente penitenciario, etc.), para que su actuación no sea arbitraria o ilegítima. Estos límites, están determinados por la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales de la persona humana, **la dogmática penal** y los criterios de eficacia; los que determinan que cualquier respuesta penal que afecte derechos fundamentales solo pueda aplicarse y ejecutarse cuando sea estrictamente necesario, de modo racional y observando los criterios desarrollados por el Derecho penal; asimismo, determina que las medidas implementadas como respuestas preventivas deban ser adecuadas y eficaces, descartándose el recurso al efecto únicamente simbólico que se le pretende atribuir al control penal. Una respuesta de estas características (enmarcada en estos límites) no se aleja de los planes económicos, sociales, políticos y jurídicos contenidos en el orden constitucional y en el orden supranacional; a la vez que tampoco abandona o relativiza el pensamiento sistemático, cuyos aportes en claridad y seguridad jurídica, son irrenunciables⁽⁶⁾, pero claro, sobre todo se ajusta a la real vigencia de los derechos fundamentales. En este marco también se descartan las respuestas penales coyunturales orientadas por criterios electorales o de efectismo político o represivo.

Las finalidades político criminales se van generando o decantando conforme al surgimiento de hechos antisociales y de acuerdo a las necesidades preventivas o asegurativas, por lo que están presentes en cada acción de los operadores jurídico penales, particularmente en la determinación de los nuevos criterios que han determinado la evolución del Derecho penal. Por ello, ante las nuevas necesidades político-criminales, el Derecho penal ha tenido y tiene que remozarse para mantener su vigencia, habiendo ampliado sus ámbitos de acción e influencia. Ello ha llevado a la llamada expansión del Derecho penal, de la que ampliamente habla SILVA SÁNCHEZ⁽⁷⁾, a la vez que ha determinado el surgimiento de nuevas concepciones de muchas de las categorías jurídico penales.

De otro lado, con el avance de la ciencia y la tecnología y la expansión del proceso de globalización de la economía, las relaciones intersubjetivas y económicas se han vuelto más fluidas y céleres, facilitando la interacción económica, pero también ha facilitado el surgimiento de acciones delictivas complejas y sofisticadas que constituyen un reto para el Derecho Penal (y procesal Penal), sobre todo, en un momento histórico en que se ha instau-

⁽⁶⁾ ROXIN, *Ob. Cit.* p. 102.

⁽⁷⁾ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999 y 2002.

rado la corrupción generalizada y el manejo fraudulento de los presupuestos y economías de los estados por parte de sus funcionarios y obviamente, capea la impunidad, sobre todo la vinculado a las organizaciones criminales que amasan ingentes fortunas o patrimonios criminales. Frente a ello, surge la necesidad de acondicionar al Derecho penal para hacer frente a esta nueva tipología delictiva y su fuerza corruptora y de multiplicación de la delincuencia. En este esfuerzo, y urgidos por la necesidad de prevenir estos hechos perniciosos, los estados y los organismos internacionales, han tomado la decisión de asumir la tipificación penal en cada uno de sus ordenamientos penales, de las diversas formas de corrupción y particularmente, el **enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos**.

En este nuevo marco de acontecimientos y necesidades político criminales, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos a través de sendas Convenciones contra la Corrupción, han dispuesto que los estados parte, con sujeción a sus constituciones y a los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos, deben **tipificar como delito** el enriquecimiento ilícito. Igualmente, los países en sus respectivas constituciones, han establecido expresamente la necesidad de tipificar el enriquecimiento ilícito como delito, tales son las constituciones de Argentina (art. 36), Colombia (art. 34), etc. En el mismo sentido, y ya con anterioridad a las Convenciones y Constituciones anotadas, en el Perú se ha plasmado este criterio en el artículo 41° de la Constitución Política (igual criterio se establecía en la Constitución de 1979).

De otro lado, con la referida expansión del proceso de globalización de la economía y la consecuente interconexión de los circuitos económico-financieros regionales y mundiales, se han creando las condiciones para el surgimiento de nuevas actividades delictivas, antiguamente impensadas, propiciándose la aparición de la llamada delincuencia internacional y la criminalidad organizada⁽⁸⁾; las mismas que a través de la división del trabajo o distribución de roles así como con la implementación de criterios de eficacia y eficiencia empresarial en sus actividades criminales han logrado el incremento de la rentabilidad de su accionar delictivo, dando origen a los grandes "patrimonios criminales". Estas nuevas formas delictivas prosperaron en los sectores y actividades que involucraban grandes cantidades de recursos económicos como actividades vinculadas al tráfico de armas, trata de personas, corrupción pública (incluyendo colusión y corrupción internacional) y fundamentalmente al *tráfico ilícito de drogas*.

(8) Al respecto, ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal...*

Los "patrimonios criminales" (grandes cantidades de recursos económicos), en parte son destinados a financiar otras actividades delictivas, con el consecuente efecto multiplicador en la cadena delictiva o actividad criminal, y otra parte es destinada a la búsqueda de impunidad para sus agentes, enfilando su actuación corruptora contra las autoridades y organismos de control, constituyéndose en una fuente inagotable de corrupción con una fuerte influencia en el deterioro de la moral social⁽⁹⁾ y en la deslegitimación del propio ordenamiento jurídico en su conjunto. Pero la mayor cantidad de recursos malhabidos pasan a engrosar los patrimonios de los agentes delictivos, quienes necesitan dotar de legalidad a estos fondos, para poder disfrutarlos libre y tranquilamente. Para ello requieren introducir o insertar el producto de su actividad delictiva en el sistema económico legal nacional o internacional; esto es, necesitan "lavarlos", "blanquearlos" o legitimarlos, alejándolos de su fuente delictiva.

Ante el acceso de estos activos ilícitos al sistema económico legal, afectando diversos bienes o intereses protegidos por el derecho, se hizo necesario recurrir a los mecanismos propios del control jurídico-penal. Se trata precisamente, de buscar el aislamiento del capital sucio y del aislamiento económico del autor anterior así como de la privación a los agentes del delito del producto de su actividad criminal⁽¹⁰⁾.

En este orden de ideas, al igual que en el delito de **enriquecimiento ilícito**, la comunidad internacional, a través de los organismos internacionales y regionales, elaboró diversos instrumentos jurídicos con los cuales se recomienda la tipificación penal de las conductas orientadas a lavar fondos ilícitos; asimismo, la emisión de normas que permitan y faciliten la privación a sus agentes de dichos fondos ilícitos; a la vez que la concreción de la cooperación internacional entre Estados para lograr una actuación de proscripción eficaz y eficiente. Siguiendo estas recomendaciones cada uno de los países ha implementado en sus ordenamientos jurídicos normas penales y mecanismos administrativos orientados a lograr una eficaz lucha contra

⁽⁹⁾ Más allá de estos efectos perniciosos de los "patrimonios" criminales, también se habla de un mensaje de desaliento y mal ejemplo a la juventud y la sociedad en general, quienes al ver el rápido ascenso económico de los agentes delictivos y las dificultades que presenta el trabajo honrado en estos últimos tiempos, toman la fácil opción de orientarse por la criminalidad; tal como refiere PLAZA VEGA, Luis Alfonso, *La ley de extinción de dominio*, Ed. Carrera 7ª, Bogotá, 2004, pp. 27 y ss.

⁽¹⁰⁾ El agente delictivo en todo el sentido de la expresión, debe "quedarse sentado" sobre el capital "sucio". AMBOS Kai: "La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": ¿lavado de dinero?", en: *El penalista liberal. Libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 59 y 60.

estas conductas ilícitas, así como para dotar de eficacia y eficiencia a la propia normatividad penal existente referida a la lucha contra los delitos previos generadores de los activos ilícitos⁽¹¹⁾. Pero la comunidad internacional no se ha quedado en la recomendación de la implementación de normas penales o administrativas, sino que ha establecido mecanismos para controlar la debida y eficaz implementación de las recomendaciones por parte de los diversos países; a tal fin el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha establecido metodologías específicas para la evaluación de tal cometido por parte de cada país.

⁽¹¹⁾ La firme decisión de los estados, organismos internacionales y entidades financieras internacionales y privadas es tan categórica respecto a la proscripción del lavado de activos que a través del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se ha establecido un sistema y metodología de evaluación de los Estados respecto a la implementación de medidas eficaces respecto a la lucha contra este flagelo, en esta metodología se ha considerado un marco jurídico e institucional adecuado, el cual debe incluir: (i) leyes que creen delitos de lavado de dinero (LD) y de financiamiento del terrorismo (FT), y que tomen providencias para el congelamiento, decomiso y confiscación de los activos del crimen y del financiamiento del terrorismo; (ii) leyes, regulaciones o en ciertas circunstancias otros medios coercitivos, que impongan las obligaciones requeridas sobre las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras; (iii) un marco institucional o administrativo apropiado, y leyes que dispongan para las autoridades competentes los deberes, poderes y sanciones necesarias; y (iv) leyes y otras medidas que le permitan al país contar con la capacidad para prestar el mayor rango de cooperación internacional.

Asimismo se sugiere la realización de un trabajo para identificar elementos o la presencia de puntos débiles o deficiencias en el marco general de implementación de las medidas eficaces referidas, que resulten congruentes con los sistemas democráticos de gobierno; a tal efecto deben implementarse medidas tendientes a: a) El respeto a la transparencia y el buen Gobierno; b) Una cultura de cumplimiento de las recomendaciones GAFI apropiada, compartida y reafirmada por el Gobierno, las instituciones financieras, las actividades y profesiones financieras, los grupos comerciales y las organizaciones de autorregulación; c) Medidas apropiadas para evitar y combatir la corrupción, incluyendo, donde la información sea disponible, las leyes y otras medidas relevantes, la participación de la jurisdicción en las iniciativas regionales o internacionales contra la corrupción, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; d) Un sistema judicial razonablemente eficiente, que asegure que las decisiones judiciales sean ejecutadas de manera apropiada; e) Elevados requisitos éticos y profesionales para los oficiales de la Policía, fiscales, jueces, etc., y medidas y mecanismos destinados a asegurar que se observen estos requisitos; f) Un sistema destinado a asegurar el comportamiento ético y profesional por parte de profesionales tales como los contadores y auditores, y los abogados. Ello puede incluir la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas, así como también métodos para asegurar el cumplimiento, como es el registro, la concesión de licencias y la supervisión o vigilancia.

(Metodología para Evaluar el Cumplimiento de las 40+9 Recomendaciones del GAFI contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo (ALD/CFT). Incluyendo los cambios adoptados por el GAFI hasta Febrero de 2009)

En tal sentido, ha quedado consolidado en los sistemas penales, el **delito de lavado de activos o de capitales**, y tal como lo señala BLANCO CORDERO⁽¹²⁾, a lo largo del tiempo ha experimentado transformaciones, pues, los criterios político criminales que inicialmente legitimaron la existencia de este delito como un instrumento de lucha contra el tráfico de drogas y posteriormente se orientó a afrontar la lacra del crimen organizado, hoy en día se ha superado esta idea, y el delito de blanqueo ha expandido enormemente su campo de aplicación a cualquier actividad delictiva.

En este marco de finalidades y necesidades político criminales y de referencia internacional y constitucional, los diversos países han tipificado los delitos de **Enriquecimiento Ilícito y Lavado de activos** en sus respectivas legislaciones Penales, de modo más o menos adecuado; sin embargo, particularmente en nuestro medio, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado criterios que no han permitido una adecuada aplicación de estos tipos penales, defraudándose así su finalidad y exigencia político-criminal. En el delito de enriquecimiento ilícito, particularmente, se sostiene que se trata de un **tipo penal subsidiario** de los demás delitos y, por ello, como quiera que siempre (o casi siempre) el incremento patrimonial configurativo del enriquecimiento se realiza mediando otros delitos, el tipo penal de enriquecimiento ilícito, en la práctica, no se aplica. Algo similar ocurre con al delito de lavado de activos al que se lo considera dependiente del **delito previo**, al considerar a este como un elemento objetivo del tipo penal de lavado, y por ello, se asume que si no se acredita en un debido proceso la existencia del delito previo, se descarta la presencia del lavado de activos.

Igualmente, en relación a ambos delitos se presentan problemas interpretativos al momento de evaluar los supuestos de *concurso de delitos y normas penales* lo cual constituye un problema serio al momento de la tipificación de estos delitos. Ante ello, en el presente trabajo vamos a presentar algunos criterios para contribuir a la dilucidación de esta problemática, la misma que la desarrollamos con mayor exhaustividad en nuestros trabajos⁽¹³⁾

(12) BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales" en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01 (2011). p. 44. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>

(13) *Derecho Penal Especial. Tomo III* (Delitos contra la Administración Pública), Jurista Editores, Lima, 2014 y *El delito de lavado de activos*. 3ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2014.

II. LA SUPUESTA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

En primer lugar es necesario precisar que el mayor problema que enfrenta la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito se debe a la poca claridad dogmática o teórica existente sobre el particular, lo que obviamente ha impedido que la dogmática aporte pautas o instrumentos operativos de utilidad para los Jueces y Fiscales. Pues si bien es cierto el delito en cuestión ha sido materia de estudio por varios autores, como Juan PORTOCARRERO HIDALGO, Fidel ROJAS VARGAS, Raúl PEÑA CABRERA, Luis FRANCIA ARIAS, Manuel FRISANCHO APARICIO, Jorge HUGO ALVAREZ, Fernando ÁNGELES GONZALES y Manuel ABANTO VÁSQUEZ, entre otros, no se ha logrado articular una teoría unánime y consensuada capaz de aportar soluciones a los operadores jurídicos.

Esta falencia dogmática tampoco ha sido superada en la doctrina extranjera, donde si bien este delito ha sido tratado por autores reconocidos como los Argentinos Carlos CREUS, Ricardo LEVENE, Marcelo A. SANCI-NETTI, Sebastián SOLER, Ricardo C. NÚÑEZ, Justo LAJE ANAYA, DONNA, etc. y los colombianos Jesús BERNAL PINZÓN, Carlos Mario MOLINA ARRUBLA, Francisco FERREIRA DELGADO, Pedro Alfonso PAVÓN PARRA, Erleams de Jesús PEÑA OSA, etc., su atención ha estado orientada fundamentalmente a la formulación de fuertes críticas en cuanto a la concepción político- criminal que lo inspira, a la formulación de los tipos penales y a la propia necesidad y validez del tipo en el ámbito de la ley penal, así como a su supuesta inconstitucionalidad, más no se ha realizado un estudio dogmático riguroso.

En nuestro país, como ya lo hemos señalado en otra parte, una crítica directa contra la constitucionalidad de este tipo penal y su necesidad político criminal en nuestro sistema jurídico penal ha sido formulada por Jorge B. HUGO ÁLVAREZ⁽¹⁴⁾. Esta crítica, sin embargo, no tiene mayor sustento, puesto que como se ha indicado líneas antes, tanto a nivel nacional, regional y mundial, su necesidad político criminal ha quedado debidamente sustentada, y los ordenamientos internos, en consonancia con los Convenios Internacionales, han introducido esta necesidad en sus propias constituciones, como puede apreciarse de las constituciones Argentina, Colombiana, Peruana, etc. Lo cual implica que la tipificación del enriquecimiento ilícito

(14) HUGO ÁLVAREZ, Hugo B., "El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Reforma Penal", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 76, Enero 2005, Gaceta Jurídica, p. 53 y ss.

obedece a necesidades político-criminales cuya utilidad está reconocida en los convenios internacionales y los ordenamientos constitucionales.

Pero claro, el mayor problema en la doctrina y la jurisprudencia nacionales está referido a la supuesta **naturaleza subsidiaria** del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito⁽¹⁵⁾. Esta situación, en la práctica, ha negado la eficacia al tipo penal en cuestión, tal como sucede en la legislación colombiana, donde la subsidiariedad ha sido declarada expresamente por la ley penal. Con ello se ha consolidado una especie de “**defraudación a la ley**” realizada por los teóricos del derecho y los operadores jurídico-penales.

Como se sabe, para referirnos a la **subsidiariedad** de un delito, tenemos que hacer referencia al **concurso aparente de normas penales**. En este tipo de concurso, al contrario de lo que sucede con el concurso de delitos (en que estamos ante verdaderos concursos), como su mismo nombre lo indica, estamos únicamente ante un “**concurso aparente**”, en este caso, de lo que se trata es de resolver un problema de interpretación de normas, para determinar qué ley resulta aplicable al caso. En estos concursos, ante un mismo supuesto de hecho, *aparentemente*, más de un precepto penal pretende comprenderlo dentro de su ámbito; sin embargo, el desvalor global que representa el supuesto de hecho, es abarcado por uno solo de los

⁽¹⁵⁾ Debe precisarse sin embargo, que existen criterios más actuales que también sostienen la naturaleza subsidiaria de este delito, proponiendo inclusive que sea declarada expresamente en la norma penal. Sin embargo, los argumentos que presentan no nos parecen convincentes, por lo que ratificamos nuestra postura respecto a la autonomía de este delito (descartando la subsidiariedad) que desde nuestro trabajo “El delito de enriquecimiento ilícito” del año 2001, así como en nuestros trabajos posteriores hemos sostenido. Al respecto debemos ser claros y reconocer que casi la totalidad de los autores y la propia jurisprudencia asume la subsidiariedad de este delito, pero precisamente por ello es que no cumple función alguna en nuestro medio.

Respecto a la supuesta subsidiariedad ver PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., “El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y la norma sustantiva”, en: www.derechoycambiosocial.com/revista029/enriquecimiento_ilicito.pdf (consulta del 4 de noviembre del 2013). También sostiene la subsidiariedad enfáticamente NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, en: perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_46.pdf (Consulta del 4 de noviembre del 2013).

Igualmente en la jurisprudencia queda plasmada la subsidiariedad en diversas sentencias de la Corte Suprema y de la Corte Superior de Lima, como puede verse en: Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 008-2008 de 11 de febrero de 2011. Sentencia de la Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 084-2008 de 07 de diciembre de 2010. Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 098-2001 de 20 de diciembre de 2010. Entre otras.

preceptos concurrentes, cuya aplicación excluye la de los demás⁽¹⁶⁾. Es decir solo será uno de los preceptos normativos el que tenga que aplicarse al caso⁽¹⁷⁾.

Estos casos de aparente concurso, están referidos a las distintas formas como se relacionan o vinculan las normas penales entre sí; estas relaciones a la vez pueden ser, de **especialidad, consunción y subsidiariedad**⁽¹⁸⁾.

Se presenta una relación de **especialidad**, cuando concurre para abordar el supuesto fáctico una norma especial y una general, en este caso se resuelve el aparente concurso, optando por lo que disponga el precepto especial, en virtud al principio "*lex specialis derogat legi generali*"⁽¹⁹⁾. Este es el caso más importante de relación de normas penales (inclusive es considerado por JAKOBS como el único principio); este ha sido suficientemente explicitado por la doctrina, y aplicado por la legislación y la jurisprudencia, tanto a nivel nacional así como en el derecho comparado. En estos supues-

(16) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 488.

(17) Aun cuando a la fecha, la doctrina admite que los preceptos que son desplazados de todas maneras tienen implicancia en la resolución definitiva del caso. "Así, si el límite mínimo de la pena señalado por el precepto desplazado es superior al del precepto desplazante (más grave en su límite máximo), no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave". MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor S.L., Barcelona, 1996, p. 668. En igual sentido WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 238. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1981, p.1034. etc.

Siendo así, es decir, si el precepto desplazado va a tener influjo o incidencia en la decisión del caso concreto, ya no puede hablarse propiamente de concurso aparente de leyes o normas penales; es por ello que parte de la doctrina prefiere hablar de *Unidad de Leyes*. WESSELS, JESCHECK, etc.

(18) JAKOBS sin embargo refiere que el único principio para resolver el concurso de leyes o normas penales, es el de **especialidad**, e indica: "La doctrina pasa por alto la posibilidad de remitir todo el concurso de leyes al principio de especialidad, y ello porque no parte de una proposición jurídica que esté concretada hasta la aplicabilidad al caso particular, sino de una proposición jurídica con un grado de abstracción como el que escoge el texto de la ley. De modo que hace depender el concurso de leyes de datos meramente externos de técnica legislativa". JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 1050, 1055 y ss. En este sentido habla de la especialidad en virtud de la intensidad de la descripción (especialidad); especialidad en virtud de concreción de la consumación o de intensidad de la intervención o del resultado (subsidiariedad); y especialidad relativa al hecho concomitante (consunción).

(19) Al decir de JAKOBS: "... la aplicación de una regulación con un contexto más rico conduce al efecto de regulación pretendido mejor que la aplicación de otra con un contexto más pobre". *Ob. Cit.* p. 1053.

tos, se establece entre ambas normas (especial y general) una relación de *exclusividad*, por la cual la norma especial rige en exclusiva, desplazando a la general, la misma que no tendrá ninguna vigencia para el caso concreto. En este supuesto, opera la exclusión de la norma general, sin importar si la norma específica establece una pena más grave o una pena más benigna; pues, lo que importa es que la norma especial realiza una descripción más intensa y más específica del hecho. Asimismo, la relación de especialidad se establece, al determinarse que el tipo específico está contenido en el tipo general, solo que presenta, en relación a este, un elemento o característica adicional, agravante o atenuante⁽²⁰⁾ que lo hace más específico.

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, esta relación de especie a género (norma especial a norma general), no se presenta, pues, la conducta típica del enriquecimiento no está contenida en ninguna otra norma, ni específica ni genérica, y por tanto, resulta innecesario abordar su problemática en el presente trabajo; aun cuando es pertinente enunciarlo a fin de esclarecer y comprender los otros casos de relaciones de normas penales respecto al delito en mención.

Se presenta la relación de **consunción**, cuando concurre una norma que contiene o incluye por sí sola el desvalor considerado en otra norma respecto a determinado hecho⁽²¹⁾; esto es, cuando “uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo”⁽²²⁾; es decir, el tipo más grave consume al menos grave; o como dice BACIGALUPO: “La relación de consunción se da cuando el contenido de un ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (...). En otras palabras se dará una relación de consunción cuando la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)”⁽²³⁾.

Se presentan relaciones de consunción, en primer lugar en el **hecho que acompaña normalmente a otro**, y en segundo lugar **en los actos**

(20) “Hay varios criterios para establecer si se trata o no de una relación de especialidad: *a)* una disposición es específica en relación a otra cuando ésta se encuentra expresamente comprendida en aquélla; *b)* pero también lo es cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa de un hecho”. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.II, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 185.

(21) Mir Puig, Santiago, *Ob. Cit.* p. 671.

(22) SOLER, Sebastián, *Ob. Cit.* p. 175.

(23) BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 19960, p. 241.

posteriores impunes o copenados⁽²⁴⁾. Nos encontramos en el primer caso, por ejemplo, en el delito de hurto con fractura, en el mismo que se sustrae un bien mueble y a la vez se causa daños en las puertas o ventanas del domicilio del agraviado; en este caso, el tipo del hurto consume al tipo de daños que también se cometería con la fractura; por lo que la norma aplicable será únicamente la que tipifica el delito de hurto con fractura (hurto agravado), mas no así la que prevé el tipo de daños. Y nos encontramos ante actos copenados, por ejemplo, cuando se comete un acto que realiza un tipo penal posterior a otro, pero ello se hace con la finalidad de aprovechar las ventajas o beneficios del primer tipo penal, ya que si no se realizara esta segunda conducta, la primera no tendría sentido para el agente del delito. En este caso, el desvalor del segundo hecho ya está contenido y consumido por el tipo y la pena del primero. Este sería el caso de los supuestos de agotamiento del delito; pero también podría tratarse de un supuesto anterior al delito⁽²⁵⁾, como el caso en que se anticipe la pena para considerar como delitos consumados a determinados actos preparatorios dentro del *iter criminis* de determinado delito, en cuyo caso, la norma que sanciona los actos preparatorios será desplazada por el norma que sanciona al hecho consumado en su integridad.

En el delito de enriquecimiento ilícito no son posibles los casos de consunción conforme al supuesto de hecho que acompaña normalmente a otro. Igualmente, no será posible la realización de un tipo penal posterior a la incorporación de los bienes al patrimonio del agente o a la asunción de titularidad de los bienes por parte de este. Pues, si el agente utiliza o aprovecha de estos bienes luego de haberlos incorporado a su patrimonio, ello no configura tipo penal alguno, sino precisamente la simple utilización o disfrute del patrimonio (aun cuando si lo hiciera con la finalidad de ocultar su origen delictivo, configuraría el delito de lavado de activos). Sin embargo, sí se presentará un caso de concurso de normas que será resuelto aplicando el principio de *consunción*, cuando la incorporación de los bienes al patrimonio del agente sea un acto posterior a la consumación de otro delito contra la Administración Pública, como peculado, concusión, colusión ilegal, etc., y dichos bienes o activos sean provenientes precisamente de estos delitos. Pues en estos casos, como ya se ha dicho, estaremos frente a un supuesto de ago-

(24) MIR PUIG, Santiago, *Ob. Cit.* p. 672.

(25) "En el camino del delito, está consumido por éste todo lo que constituya una etapa menor o anterior, es decir, todo aquello que no tiene el carácter de hecho autónomo sino de hecho previo, pero también quedan consumidas por el tipo todas aquellas acciones **posteriores** que tampoco pueden ser consideradas autónomas, porque la producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior". SOLER, Sebastián, *Ob. Cit.* p. 177.

tamiento del delito previamente cometido, y en tal sentido, el posterior enriquecimiento -aun cuando objetivamente realice el tipo del enriquecimiento ilícito- resulta **consumado** por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. En este mismo sentido se pronuncia CREUS al comentar la legislación argentina⁽²⁶⁾; comentarios que resultan válidos para nuestra legislación por cuanto el agotamiento como fase del *iter criminis* es igual para todos los ordenamientos penales. Estos casos de agotamiento se consideran consumidos por el tipo previo al enriquecimiento, justamente porque pretender una nueva punición, implicaría una infracción al principio o garantía **non bis in idem**⁽²⁷⁾. No obstante, si el hecho, además de significar un incremento patrimonial configurativo del delito de enriquecimiento ilícito, significaría simultáneamente la realización de otro tipo penal, en estos casos estaremos ante un **concurso ideal** de delitos que debe ser resuelto aplicando el artículo 48° del Código Penal, esto es, aplicando la pena correspondiente al delito más grave, pudiendo incrementarse en una cuarta parte, siempre que no supere los 35 años de pena privativa de libertad; y claro si es que alguno de estos delitos previera una pena adicional, esta también deberá imponerse. Este es el caso del funcionario público que se apropia del patrimonio público que administra a través del desvío de los fondos de la cuenta del Estado a su cuenta personal, incrementando así su patrimonio.

Finalmente, estaremos frente a una relación de **subsidiariedad**, cuando un precepto penal solo ha de encontrar aplicación de forma auxiliar, para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal⁽²⁸⁾. "El fundamento material de la subsidiariedad lo ve Honig en el hecho de que "distintas proposiciones jurídico-penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque"⁽²⁹⁾. "La relación de subsidiariedad puede enunciarse lógicamente en los siguientes términos: existe subsidiariedad cuando una clase de hechos

(26) CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 426.

(27) En este caso, si bien es cierto que generalmente el supuesto que *consume* al otro debe ser un tipo más complejo, superior o más grave (SOLER, *Ob. Cit.* p. 175. BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 241), excepcionalmente puede tratarse de un tipo menos grave o de igual gravedad, como en el caso del enriquecimiento ilícito que siendo más grave que el peculado, concusión, cohecho, etc., conforme a nuestro ordenamiento jurídico penal, es consumido por el tipo penal previo (peculado, concusión, etc.). Esto es posible precisamente porque la relación existente entre el tipo consumido y el tipo previo no es una relación de género a especie como en el caso de la especialidad.

(28) JESCHECK, *Ob. Cit.* p. 1036. En el mismo sentido, MIR PUIG, *Ob. Cit.* p. 670. BACIGALUPO, *Ob. Cit.* p. 240. WESSELS, *Ob. Cit.* p. 237. SOLER, *Ob. Cit.* p. 187, etc.

(29) JESCHECK, *Ob. Cit.* p. 1036.

X se halla prevista en dos grupos de preceptos P (principales) y S (subsidiarios), de tal suerte que todos los X que no sean P (y solo los que no lo sean) habrán de ser S. La subsidiariedad no es, en consecuencia, una relación de género a especie, sino una *relación entre dos especies (principal y subsidiaria)* de un mismo género⁽³⁰⁾. "Las figuras subsidiarias son, pues, necesariamente menores que la principal y no tienen con ella la relación género-especie"⁽³¹⁾. En este sentido, la norma secundaria o auxiliar, solo resultará aplicable al caso si es que se descarta la aplicación de la norma principal o primaria, la misma que necesariamente debe ser más grave, o lo que es lo mismo, establecer una mayor pena para el supuesto fáctico.

Existe **subsidiariedad expresa**⁽³²⁾ "cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave"⁽³³⁾. Y existe **subsidiariedad tácita**, cuando por vía de interpretación de la norma, se advierte que esta no pretende ser aplicada "cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este una *forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico*"⁽³⁴⁾. Los casos de **subsidiariedad expresa** estarán establecidos concretamente en la norma, como por ejemplo el caso del artículo 438° del Código Penal peruano, en que la subsidiariedad está referida a la estructura del tipo penal, o el artículo 172° II del Código Penal español⁽³⁵⁾ en que la subsidiariedad está referida a la pena; o también el caso del artículo 148° del Código Penal colombiano⁽³⁶⁾. Los casos de **subsidiariedad tácita** se dan

(30) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 159.

(31) SOLER, *Ob. Cit.* p. 187. JESCHECK, *Ob. Cit.* p. 1037. MIR PUIG, *Ob. Cit.* p. 670.

(32) "La subsidiariedad expresa solo puede regir con el requisito de que la ley primaria abarque el contenido delictivo de la subsidiaria" JAKOBS, Günther, *Ob. Cit.* p. 1054.

(33) MIR PUIG, Santiago, *Ob. Cit.* p. 670.

(34) MIR PUIG, Santiago, *Ob. Cit.* p. 670.

(35) **Artículo 172° del Código Penal Español.**- El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, **salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.**

(36) **Artículo 148° del Código Penal Colombiano.**- El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, **siempre que el hecho no constituya otro delito**, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos y funcionarios públicos por el mismo término de la pena principal.

“sobre todo en la relación entre delitos de peligro concreto y delitos de lesión (...), entre tentativa y consumación (...) así como entre formas más leves y graves de participación. Así la instigación y la complicidad son subsidiarias frente a todas las formas de autoría, y dentro de la participación la complicidad es subsidiaria frente a la instigación”⁽³⁷⁾. Asimismo, también existe subsidiariedad tácita en la comisión de los delitos imprudentes respecto a los dolosos⁽³⁸⁾. Igualmente “... se acuerda a todas las disposiciones generales del Código el carácter de subsidiarias, respecto a los posibles delitos previstos en las leyes especiales”⁽³⁹⁾. Y finalmente, también pueden considerarse subsidiarias las normas de la parte general respecto de las normas de la parte especial del Código.

Determinar la **relación de subsidiariedad en el delito de enriquecimiento ilícito**, resulta de suma importancia, pues los autores nacionales consideran que la norma penal que tipifica este delito es de naturaleza subsidiaria respecto de las normas que tipifican los demás delitos, sobre todo respecto a los otros delitos contra la Administración Pública. Así Rojas Vargas⁽⁴⁰⁾, Juan Portocarrero Hidalgo⁽⁴¹⁾, Frisancho Aparicio y Peña Cabrera⁽⁴²⁾, Hugo Álvarez⁽⁴³⁾, etc., refieren que efectivamente se trata de un tipo penal subsidiario, por lo que solo podrá aplicarse cuando se descarte la posibilidad de que el incremento patrimonial proceda de la comisión de otro delito, fundamentalmente de un delito contra la Administración pública. Sin embargo, si atendemos a que el delito en cuestión se realiza con la incorporación de los bienes, activos o derechos al patrimonio del agente, este tipo penal no resulta subsidiario de ningún otro delito, por cuanto su tipificación no resulta secundaria o auxiliar. Pues, la subsidiariedad opera necesariamente para casos menos graves respecto al tipo principal más grave, en cuyo caso si nos encontráramos ante este último, el tipo penal subsidiario será desplazado, y solo podrá ser aplicado si es que no nos encontramos ante el tipo principal.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

(37) WESSELS, *Ob. Cit.* p. 237. En igual sentido JESCHECK, *Ob. Cit.* p. 1037. Igualmente JAKOBS, *Ob. Cit.* p. 1059 y ss.

(38) JESCHECK, *Ob. Cit.* p. 1037.

(39) SOLER, *Ob. Cit.* p. 193. Aunque en algunas legislaciones, el propio Código o la propia legislación lo establece expresamente, lo que le daría la calidad de subsidiariedad expresa y no sólo tácita como sucede habitualmente.

(40) *Ob. Cit.* p. 465.

(41) *Ob. Cit.* p. 231.

(42) *Ob. Cit.* p. 358

(43) *Ob. Cit.* p. 61.

Respecto al delito de enriquecimiento ilícito, la mayor parte de delitos contra la administración pública, así como los otros delitos que podrían ser la fuente del enriquecimiento, son menos graves; tanto más, a partir de la última modificación, en que para el supuesto agravado se establece una pena privativa de libertad no menor de 10 años ni mayor de 15 años, con lo que se trata del delito contra la administración pública más grave en nuestro sistema penal. Consecuentemente, no puede establecerse una relación de subsidiariedad del delito de enriquecimiento respecto a los demás; por el contrario, si es que el sujeto al realizar el enriquecimiento configurativo del delito de enriquecimiento ilícito infringe alguna otra norma penal (incurre en otro delito), estaremos ante un concurso ideal de delitos, que se resolverá aplicando el principio de absorción previsto en el artículo 48° del Código Penal, es decir aplicando la pena más grave, pudiendo aumentarse en una cuarta parte. Pues resultaría un despropósito sostener la subsidiariedad y aplicar una norma levísima dejando de lado una norma extremadamente grave; ello determinaría un abierto fraude a la ley y una desnaturalización del contenido de la relación de subsidiariedad en la teoría del concurso aparente de normas. Así por ejemplo, si a alguien se lo estuviese investigando por delito de enriquecimiento ilícito, cuya pena conminada es hasta de 15 años de pena privativa de libertad, este podría sostener que los bienes materia del enriquecimiento provienen de la comisión de un delito de abuso de autoridad por ejemplo, o de otro delito leve cuya pena privativa de libertad fuese no mayor de dos años (con lo que se descarta la posibilidad de una pena efectiva o de un mandato de detención, inclusive con ello se genera fácilmente la prescripción), ello obviamente significaría una clara defraudación de las expectativas punitivas y de prevención del ordenamiento jurídico-penal, concretándose un área de impunidad totalmente injustificada a favor de la corrupción.

Asimismo, debemos tener en cuenta, que en todo caso de enriquecimiento siempre existirá la posibilidad de que el mismo proceda de algún delito, fundamentalmente de un delito contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia, por lo que si asumimos la subsidiariedad de este tipo, sencillamente no habrá posibilidad alguna de que pueda tener aplicación. Este manto de impunidad generado por la subsidiariedad (expresamente contenido en la legislación colombiana) se ha constatado en la doctrina colombiana, donde este tipo penal no ha tenido ninguna aplicación⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ "... la norma termina siendo inaplicable, porque no se concibe cómo puede un servidor público obtener un incremento patrimonial injustificado, precisamente como consecuencia del ejercicio de su cargo o de sus funciones, **"que no constituya otro delito"**: creemos, pues que no vemos alternativa diferente, que siempre que un

Es por ello que la legislación penal de Panamá y de Costa Rica, establecen la subsidiariedad del tipo de enriquecimiento ilícito, pero solo para casos en que el hecho no configure un delito más grave, con lo que se ajusta debidamente al criterio de subsidiariedad desarrollado por la doctrina y el que debe de orientar una adecuada práctica judicial. En el mismo sentido la legislación penal Italiana, en su tipo penal similar al de enriquecimiento ilícito previsto por nuestro Código Penal, deja claramente establecido, que se aplicará la pena de reclusión de seis meses a tres años al funcionario o empleado público que intencionalmente procura para sí o para otros una injusta ventaja patrimonial, pero igualmente establece que esta norma se aplicará solo para los casos en que el hecho no constituya un delito más grave⁽⁴⁵⁾ lo que le da a esta norma una clara aplicación subsidiaria expresa, que desde luego no ha sido la opción asumida por nuestro legislador.

Siendo así, no podemos pretender apelar a las construcciones científicas de la ciencia del Derecho Penal, nacidas y desarrolladas, precisamente, para dotar de instrumentos seguros a los operadores jurídicos, haciendo operativo al Derecho Penal y afinando el rendimiento práctico de sus instituciones, para generar impunidad, convirtiendo en inútiles a sus normas legítimamente diseñadas y orientadas por necesidades político criminales urgentes y unánimemente aceptadas, tanto desde una perspectiva constitucional así como desde los convenios internacionales. Tanto más, si se tiene en cuenta que la Dogmática penal de los últimos tiempos, tiene como finalidad primordial hacer realidad, en un marco de legitimidad, las necesidades político-criminales, aun cuando ello implique que el “edificio sistemático”

funcionario ha obtenido un incremento patrimonial injustificado, como consecuencia del ejercicio de su cargo o de sus funciones, es precisamente porque ah cometido o un peculado, o un cohecho, o un prevaricato, o una celebración indebida de contratos, en fin, porque ha cometido algún delito “contra la administración pública”.

Por ello, cuando la norma exige que ese hecho no constituya otro delito, lo que está señalando es que, cada vez que el hecho investigado constituya otro delito, la norma aplicable al caso será la consagratoria de ese otro delito, y no la del inciso primero del artículo 148 del Código Penal (norma que corresponde al enriquecimiento ilícito -agregado nuestro-), con lo cual, como venimos sosteniendo, la norma termina siendo inaplicable en la práctica”. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Ob. Cit.* p. 318.

⁽⁴⁵⁾ **ARTÍCULO 323° del Código Penal Italiano** (modificado por ley del 16 de julio de 1997): “Salvo che il fatto non costituisca *un più grave reato*, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. BELTRANI, Sergio, *Códice Penale commentato*, Edizione Guiridiche Simone, Napoli, 1998, p. 802.

pierda belleza, si con ello ganamos en funcionalidad y Eficacia⁽⁴⁶⁾. Criterio que sería ratificado por SILVA SÁNCHEZ, cuando sostiene que "... resulta recomendable que la labor de la dogmática se centre más en el *contenido* de los conceptos y categorías del sistema que en su mera ordenación o "presentación" formal⁽⁴⁷⁾.

A estos argumentos provenientes de la dogmática penal, respecto a la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito (descarte de la supuesta subsidiariedad), hay que agregar argumentos propios de la Política Criminal y del Derecho Constitucional. Pues, actualmente, tal como se ha explicado, las necesidades político-criminales inciden en la determinación del contenido y límites de las instituciones y categorías de la dogmática penal; pues, solo así se garantiza que esta despliegue su capacidad de rendimiento para lograr los propósitos de orden y paz social que justifiquen la existencia de la dogmática penal y del control penal en general. Estas finalidades, obviamente deben guardar consonancia con los derechos fundamentales, tal como ya se ha explicado al comienzo. Las finalidades político-criminales que establecen la obligación de sancionar el enriquecimiento ilícito, han quedado debidamente establecidas tanto por los convenios internacionales así como por los órdenes constitucionales, donde expresamente se asume el urgente compromiso de sancionar drásticamente las conductas de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos, por considerarlas una de las peores amenazas del Estado Democrático de Derecho y del desarrollo y convivencia pacífica de las naciones. Si ello es así, no se puede "burlar" esta obligación o compromiso, estableciendo una norma penal, cuya supuesta subsidiariedad, la convierte en inútil. Asimismo, tampoco se puede apelar a una norma penal subsidiaria, si la propia Constitución Política ordena que se sancionen estas conductas. Contravenir este mandato, simplemente significaría legislar de espaldas a la realidad y contravenir las necesidades político-criminales, lo cual resultaría contrario a los intereses superiores de la comunidad.

En este marco debe entenderse la finalidad de la norma en cuestión, cuya necesidad se hace perentoria; y no debe confundirse con la supuesta "*rato legis o razón política criminal*" a la que hace referencia HUGO ÁLVAREZ y se expresa en la jurisprudencia, con la que pretende sustentar la supuesta subsidiariedad de este delito, indicando que, la razón del delito de enriqueci-

⁽⁴⁶⁾ MUÑOZ CONDE, *Ob. Cit.* p. 23.

⁽⁴⁷⁾ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", en: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 16.

miento ilícito, es la dificultad o imposibilidad de la prueba, y que para ello se ha asumido la inversión de la carga de la prueba en contra del investigado. Un razonamiento de este tipo, simplemente evidencia desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los criterios elementales de interpretación de las normas, pues, en nuestro sistema no es posible la inversión de la carga de la prueba, a la vez que no se puede condenar si es que no se ha actuado la prueba suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia reconocida como derecho fundamental. Por tanto, criterios como lo sostenidos por el mencionado autor no pueden observarse en la interpretación y aplicación de la norma en cuestión; si asumiéramos esta postura llegaríamos al absurdo de sostener que es posible condenar sin haber acreditado el delito o todos los elementos del mismo. Claro que en este punto debemos tener en cuenta que resulta válido considera la prueba por indicios y del argumento en contrario, con los que se pueden acreditar ciertos elementos del delito, pero de ningún modo se puede sostener "... que esta figura penal fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales que resulta complicado demostrar el hecho punible que generó el enriquecimiento ilícito"⁽⁴⁸⁾, como se sostiene en la jurisprudencia que hemos anotado.

La necesidad de la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito es inquestionable, a tal punto que en la legislación colombiana, donde se establece expresamente la subsidiariedad, la **Sala Plena de la Corte Constitucional** de ese país, en resolución de fecha 18 de julio de 1996, en la sentencia N° C-319/96, ha dispuesto: *"En primer término debe señalar la Corte que el enriquecimiento ilícito es una conducta delictiva a la cual se refiere expresamente la Constitución Política y que, por tanto, demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal"*. Agregando más adelante, *"que el delito de enriquecimiento ilícito es pues, así, un delito que tiene autonomía de rango constitucional, en cuanto a su existencia, y no puede, por tanto entenderse como subsidiario, al menos cuando se trata de sujetos indeterminados"*. Obviamente, esto también resulta aplicable en nuestro medio, en que también el mandato de sanción penal del enriquecimiento ilícito es de corte constitucional, al igual que en argentina y Colombia.

Aún cuando, la Resolución de la Corte Constitucional de Colombia, más adelante reconoce la autonomía del legislador para determinar en forma expresa la estructura de un delito, y por ello no declara **inexequible** (inconstitucional) al tipo penal en cuestión, hace la invocación para que se establezca un tipo penal autónomo cuando se trata del enriquecimiento de

(48) HUGO ÁLVAREZ, Hugo B., "El Delito de Enriquecimiento Ilícito en la Reforma Penal", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 76, Enero 2005, Gaceta Jurídica, p. 60.

funcionarios y servidores públicos, y considera directamente autónomo al tipo penal de *enriquecimiento de particulares*, el mismo que no se refiere expresamente a la subsidiariedad, y por tanto se parece más a nuestro tipo penal. En este sentido, en Colombia, la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, ha quedado descartada, por lo menos de *lege ferenda* (en el caso de funcionarios y servidores públicos) y se ha ratificado su autonomía en el caso del enriquecimiento ilícito de particulares (tipo penal que no lo tenemos en nuestro ordenamiento jurídico, pero que se parece más al tipo penal previsto en el artículo 401° de nuestro Código Penal, el cual no establece en forma expresa la subsidiariedad).

Como vemos, la alta Corte Constitucional Colombiana ha resuelto de modo adecuado, sin embargo, en nuestro país todavía seguimos ciñéndonos a los criterios que interesadamente desarrollan algunos autores, de los cuales muchos magistrados se sirven para emitir resoluciones altamente cuestionables que generan impunidad y desconocen las finalidades políticas criminal en cuestión. Peor aún, cuando al absolver de la acusación fiscal por el delito de enriquecimiento ilícito (al considerar su supuesta naturaleza subsidiaria) se deja de lado el decomiso de grandes sumas de dinero que pese a haberse determinado su origen ilícito, quedan en poder de los agentes delictivos, con lo que logran finalmente su finalidad propuesta y consiguen burlar las expectativas punitivas de la sociedad y del Estado, emitiéndose un mensaje de impunidad que deslegitima al órgano jurisdiccional que a la vez repercute en la ineficacia del sistema de control penal.

III. EL DELITO PREVIO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Otro de los problemas generados por la jurisprudencia y la doctrina, como ya hemos adelantado es el referido a la *naturaleza jurídica del delito previo* en torno a la configuración y consumación del delito de lavado de activos, lo cual, al igual que la subsidiariedad en el enriquecimiento ilícito, está llevando a la ineficacia política criminal de este tipo penal y, en general, a la total impunidad. Sobre todo, si se tiene en cuenta que con esta confusión se ha llegado a sobrepasar la gran mayoría de procesos por lavado de activos, pese a haberse acreditado que existen suficientes indicios (y en muchos casos está debidamente acreditado) que los activos involucrados tendrían su origen en el delito de tráfico ilícito de drogas u otros delitos, delitos estos últimos que sin embargo, no han quedado acreditados en un debido proceso.

Las confusiones teóricas existentes lamentablemente han sido generadas por la propia doctrina, que no ha llegado a comprender la naturaleza y estructura del delito de lavado de activos plasmada en los convenios inter-

nacionales y por la propia estructura de los tipos penales establecidos en las legislaciones nacionales en particular. Y claro, los criterios teóricos diseñados por la doctrina han orientado de modo errático a la jurisprudencia, a tal punto que inclusive en los Acuerdos Plenarios de nuestra Corte Suprema de Justicia se han plasmado estas confusiones y contradicciones, como puede apreciarse en los Acuerdos Plenarios de las Salas Supremas Penales N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116.

Al respecto, BLANCO CORDERO sintetizando la doctrina española, suiza y alemana señala que el sector doctrinal mayoritario atribuye al delito previo el carácter o naturaleza de **auténtico elemento normativo del tipo** penal de lavado de activos⁽⁴⁹⁾; precisando que otro sector doctrinal minoritario considera al hecho previo como una condición objetiva de punibilidad⁽⁵⁰⁾. Respecto a este último criterio no vamos a detenernos porque no nos parece relevante, además de que se esboza de un modo totalmente confuso. En el criterio que sí corresponde detenerse es en el que considera al delito previo como *elemento objetivo (normativo)* del tipo; puesto que este criterio ha sido asumido en nuestro medio por un sector de la doctrina, aun cuando sin esgrimir mayores fundamentos, limitándose a transcribir el criterio expresado por BLANCO CORDERO o remitiéndose al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 3-2010/CJ-116, el mismo que a su vez, se remite al mencionado autor; así, puede verse en GARCÍA CAVERO⁽⁵¹⁾, CARO CORIA

(49) Aun cuando este autor se refiere a "*requisito del hecho previo*" y no a delito previo propiamente dicho. Sin embargo, del contenido de texto no se aprecia la diferencia entre "*requisito del hecho previo*" y el "*delito previo en sí*".

(50) BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Edición, 2002, pp. 251 y ss. Este criterio es reiterado por este autor en la 3a. Edición del 2012 de este mismo trabajo. En este último sin embargo, se refiere a "*naturaleza jurídica de la exigencia de una actividad delictiva de la que provengan los bienes*". Ob. Cit. pp. 273 y ss.

(51) GARCÍA CAVERO, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento", en: *Imputación y sistema penal*. Coord: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe. Ara Editores, Lima, 2012. pp. 432; este autor sostiene: "Conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2010, '*el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal y su prueba condición asimismo de tipicidad*'. En consecuencia, la actividad probatoria dirigida a acreditar la base fáctica de la imputación penal debe abarcar el delito generador de los activos. En este punto, uno de los aspectos más llamativos del delito previo es la autonomía de su determinación en el proceso penal por lavado de activos".

y ASMAT COELLO⁽⁵²⁾, JIMÉNEZ BERNALES⁽⁵³⁾, CASTILLO ALVA⁽⁵⁴⁾ o HINOSTROZA PARIACHI⁽⁵⁵⁾, entre otros; este criterio lo han asumido nuestros autores nacionales pese a que el propio Blanco Cordero tampoco expresa fundamentos sustentados, limitándose a describir la doctrina alemana, a la que la considera tributaria de la doctrina referida a los delitos de receptación y encubrimiento; incluso, este autor no llega a fundamentar propiamente una postura personal⁽⁵⁶⁾; más aún, en otro trabajo, al parecer dejaría fluir una posición distinta a la que asumen nuestros autores sin el más mínimo fundamento⁽⁵⁷⁾.

Para arribar a la conclusión que el delito previo es un *elemento objetivo del tipo* de lavado de activos, el sector doctrinal aludido parte del análisis de los delitos de *receptación y encubrimiento real*⁽⁵⁸⁾; obviamente, para estos delitos podría tener sentido hablar de delito previo como elemento objetivo del tipo, puesto que se trata de acciones realizadas sobre el propio *objeto del delito* previo; por ejemplo, si se hurta una cantidad de dinero, y se está realizando actos de transformación de dicho dinero, resulta natural la dependencia del delito de *receptación* (delito subsecuente) respecto al delito previo de hurto; pues, la *receptación* es un acto más, orientado a mantener el estado o situación de antijuricidad generada con la sustracción del dinero. Asimismo, la acción típica del delito de *encubrimiento real* se realiza sobre el

(52) CARO CORIA, Dino Carlos y ASMAT COELLO, Diana Marisela, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en: *Imputación y Sistema Penal*, Coordinadores: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, pp. 319 y ss.

(53) JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos, "La problemática del delito previo en el lavado de activos", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 17, Lima, noviembre del 2010, pp. 30 y ss.; quien precisa "La doctrina mayoritaria -que compartimos- sostiene que se trata de un elemento normativo del tipo objetivo, toda vez que el 'delito previo' debe probarse para afirmar el blanqueo de capitales, y el autor debe tener conocimiento de que los bienes provienen de una actividad ilícita y van a ser blanqueados".

(54) CASTILLO ALVA, José Luis, "La necesidad de determinación del 'delito previo' en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 4, Lima, octubre del 2009, p. 340.

(55) HINOSTROZA PARIACHI, César, "El delito de lavado de activos. Delito fuente", Grijley, Lima, 2010, p. 142.

(56) Al respecto ver BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 273 y ss.

(57) BLANCO CORDERO, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 13-01 (2011); p. 32. (Consulta del 25 de julio del 2013).

(58) BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Edición 2002, p. 252. Criterio reiterado en la 3a. Edición de este mismo trabajo, p. 274.

mismo objeto del delito previo o sobre los medios o instrumentos que rodean a este delito y se encuentran vinculados directamente al lugar del delito previo o a la correspondiente acción delictiva de este, de tal manera que las acciones de encubrimiento no tienen sentido si las desvinculamos del delito previo. En cambio, en el delito de lavado de activos, las acciones de *conversión y transferencia*, así como las demás acciones configurativas de este delito, tienen pleno sentido desvinculadas del delito previo; es más, las acciones de lavado se realizan, precisamente, sobre bienes o activos que muchas veces no están en conexión material con el delito previo; pudiendo tratarse de delitos previos cometidos en países distintos al que se produce el lavado, puesto que se trata, ordinariamente, de un delito internacional⁽⁵⁹⁾.

Asimismo, las acciones de lavado se realizan fundamentalmente sobre los **efectos y ganancias** del delito previo (el producto del delito); solo excepcionalmente sobre el objeto de este delito (bien u objeto material sobre el cual recae la acción delictiva), esto es, se realiza principalmente sobre productos indirectos del delito fuente. Así, el dinero producto de la venta de la droga no necesariamente rodea al delito de TID ni se encuentra vinculado materialmente a este, por el contrario, puede ser entregado o depositado en un banco de un paraíso financiero totalmente alejado del lugar de comisión del delito de TID o de sus medios e instrumentos de comisión, no advirtiéndose ningún rastro o nexo material con el delito fuente; más aún, en el caso de las ganancias (que son efectos mediatos del delito previo) estas ni siquiera tienen un vínculo directo con dicho delito, sino más bien pueden ser obtenidas a través de la realización de actos "lícitos" sobre los efectos del delito fuente. Más todavía, puede tratarse de la participación de "lava-

⁽⁵⁹⁾ El propio BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Edición, 2002, pp. 278 y 279 respectivamente, deja fluir este mismo criterio, al referirse a una sentencia antigua del TS, del 20 de enero de 1990, en la que se sostenía: "*Sin que sea preciso que haya recaído sentencia condenatoria sobre el hecho delictivo antecedente y elemento normativo de la receptación, de la que se derive su existencia y calificación jurídica, lo que incluso en muchas ocasiones no será posible, la misma ha de quedar plenamente acreditada en su realidad y en su naturaleza jurídica, sin que baste para ello la mera constancia de denuncias, ocupación de bienes, y otras diligencias posible y sumariales, sino que por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, se hace preciso que las pruebas destinadas a acreditarlo se hayan practicado con las garantías constitucionales y procesales que les hagan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia...*". En este caso se aprecia que estos criterios jurisprudenciales están referidos al delito de receptación, mas no al delito de lavado de activos; pues con posterioridad señala que para acreditar el delito de lavado de activos no se requiere acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico. "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01 (2011); p. 32. (Consulta del 25 de julio del 2013).

dores profesionales” que en buena cuenta no tienen vinculación alguna con el delito previo, y solo a través de un dolo muy eventual pueden presumir la existencia del mismo, por lo menos en sus detalles, circunstancias y partícipes; es más, ni siquiera les interesa en lo más mínimo conocer el delito previo. Entonces, al analizar la estructura de los tipos penales, no se puede dar el mismo tratamiento al **lavado de activos** que a la **receptación** o al **encubrimiento real**.

En consecuencia, no se puede sostener que el delito previo en el delito de lavado de activos, al igual que en los tipos de receptación y encubrimiento real, es un elemento objetivo del tipo penal, puesto que los elementos del tipo son componentes materiales (descriptivos) o normativos, así como subjetivos que concurren a la comisión del delito y por ello forman parte de la estructura del mismo o son tomados en cuenta dentro de esta (del injusto penal) como una unidad y por ello tienen que estar abarcados íntegramente por el dolo del agente, lo que no sucede con el delito previo en el delito de lavado de activos, el cual, normalmente, está totalmente alejado de las acciones configurativas del lavado; y claro, este no depende del delito previo. Es por ello que, la propia normatividad internacional y las diversas normativas nacionales, establecen que el delito de lavado de activos es un tipo penal de naturaleza **autónoma** del delito previo o de cualquier otro delito.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que para considerar que un delito se ha cometido se tienen que acreditar debidamente la presencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, más allá de la duda razonable, de lo contrario será de aplicación el principio *in dubio pro reo*; tal como refiere BLANCO CORDERO “... por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, se hace preciso que las pruebas destinadas a acreditarlo se hayan practicado con las garantías constitucionales y procesales que les hagan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia...”⁽⁶⁰⁾. En el caso del delito de lavado de activos, si es que aceptamos que el delito previo es un elemento objetivo del tipo, tendríamos que acreditar debidamente, en un debido proceso penal, los detalles y circunstancias del delito previo; y como resulta obvio, esa no es la finalidad político criminal que ha llevado a criminalizar estas conductas, habiéndose establecido expresamente, tanto en los convenios internacionales así como en las normas nacionales, que no es necesario que el delito previo se encuentre sometido a investigación o procesamiento, que haya sido objeto de prueba o sujeto a una sentencia condenatoria; esto es, no es necesario acreditar procesalmente (en un debido proceso) la existencia del delito previo.

⁽⁶⁰⁾ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Edición, 2002, p. 279.

Al respecto la propia doctrina y jurisprudencia (en este caso españolas) asumen que para considerar acreditado el delito de lavado de activos no se requiere acreditar la comisión del delito previo, como lo señala BLANCO CORDERO, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español: “La jurisprudencia se ha pronunciado de manera rotunda en el sentido de que no es necesario que exista una condena por la actividad delictiva previa de la que proceden los bienes. Es paradigmática la STS 1704/2001, de 29 de septiembre, a la que se refieren otras posteriores, en la que advierte que en la *definición del delito de blanqueo*⁽⁶¹⁾ no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se ocultan. Esto es lógico, sigue, desde una perspectiva político-criminal, puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas. Se considera bastante con acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo”⁽⁶²⁾.

Y fíjese que se dice, “*para la definición del delito de blanqueo*”, es decir, para determinar la naturaleza de este delito, no simplemente para el inicio de la investigación o procesamiento, como erradamente podría pensarse. En efecto, CARO CORIA y ASMAT COELLO, luego de afirmar que el delito previo es un elemento normativo del tipo penal de lavado de activos y como tal debe acreditarse en un debido proceso, aducen que existen dos posibilidades de acreditar el delito previo, la primera a través de una sentencia firme anterior y la segunda en el propio proceso por delito de lavado de activos, refiriendo que en nuestro medio se ha optado por la segunda posibilidad⁽⁶³⁾; conclusión a la que arriban a partir del contenido del artículo 6° de la Ley N° 27765 que establece que “*no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se*

⁽⁶¹⁾ (Cursiva agregada)

⁽⁶²⁾ BLANCO CORDERO, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01 (2011), p. 32. Con citas de ZARAGOZA AGUADO, (Comentario al art. 301 CP), cit., p. 1169 y abundante jurisprudencia: SSTS 575/2003 14-4; 8288/2003, 19-12; 1239/2004, 25-2; 8120/2004, 15-12; 141/2006 27-1; 3932/2007, 4-6 y 772/2007, 8-4-2008; 1426/2005, 13-12; 115/2007, 22-1. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194 (consulta del 25 de julio del 2013).

⁽⁶³⁾ CARO CORIA y ASMAT COELLO, *Ob. Cit.* p. 320.

encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria". Sin embargo, en consonancia con la afirmación de BLANCO CORDERO y la jurisprudencia española, así como con la autonomía plasmada en los convenios internacionales y leyes nacionales, consideramos que el contenido de esta disposición legal no está referida únicamente a una condición del inicio de la investigación sino a la determinación de la naturaleza del delito de lavado de activos, el mismo que para su investigación, procesamiento **o condena**, no requiere de la acreditación del delito previo, puesto que este no es un elemento del tipo penal de lavado; lo cual queda más claro en la nueva disposición legal (artículo 10° del D. Leg. N° 1106), que toma en cuenta el mismo contenido de la disposición anterior, pero sustenta en ello la autonomía del delito, no solo una autonomía investigativa, como aducen los autores peruanos mencionados. Pero claro, debemos tener en cuenta que los autores que sostienen que el delito previo es un elemento objetivo (normativo) del tipo de lavado de activos, no tienen otra alternativa que cerrar filas en torno a que el delito previo debe acreditarse, antes o durante el proceso por lavado de activos, como puede verse en GARCÍA CAVERO, quien reitera la necesidad de su acreditación en un debido proceso, pese a que reconoce que el D. Leg. N° 1106, ha optado por la autonomía plena del delito⁽⁶⁴⁾.

Si ello es así, ¿cómo se puede sostener que el delito previo es un elemento del tipo objetivo del delito de lavado de activos y conciliar tal premisa con la disposición normativa que establece que no es necesario investigar, procesar, acreditar o condenar por dicho delito previo? Ello naturalmente es un contrasentido, que tiene su origen en el error en que han incurrido los diversos autores al extrapolar las conclusiones arribadas en los delitos de *receptación y de encubrimiento real* al delito de lavado de activos. Pues, en este último, al tratarse de un tipo autónomo (no de una autonomía procesal sino una autonomía plena), únicamente se tienen que acreditar los elementos que integran su estructura típica dentro de la cual no se encuentra el delito previo. Siendo así, advertimos que la doctrina, que es la llamada a brindar pautas para una segura interpretación y aplicación de la ley, en el presente caso, ha generado confusiones perjudiciales, que ha llevado a la

(64) GARCÍA CAVERO, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos ...", 432. Inclusive, en anteriores ediciones de este trabajo, por nuestra parte, al no haber abordado la naturaleza del delito previo respecto al delito de lavado de activos, hemos presentado ideas que pueden confundirse con una posición como la que estamos cuestionando; y por ello, aun cuando hemos tratado de referirnos a la vinculación del objeto del delito de lavado de activos con el delito previo, se ha entendido como que nos habríamos referido propiamente al delito previo, como puede verse en GARCÍA CAVERO, *Ob. Cit.*, 432. Opinión que a la luz de nuestro actual pronunciamiento, queda debidamente aclarada.

jurisprudencia a incurrir en serias inconveniencias generadoras de impunidad; distorsionando así la finalidad político criminal que subyace en la criminalización de los delitos de lavado de activos.

Pero entonces ¿cuál es el papel del delito previo en la estructura del delito de lavado de activos? En realidad, el delito previo como tal, al no ser un elemento del tipo penal, no tiene mayor relevancia en el análisis del delito de lavado de activos. Sin embargo, el delito previo debe tomarse en cuenta en la definición y determinación de uno de los elementos configurativos del tipo penal de lavado, el **objeto del delito**. Es decir, debemos considerar al delito previo para determinar una de las características de los *bienes, dinero, efectos o ganancias* sobre las cuales se realizan las acciones de lavado, los mismos que deben caracterizarse por tener un origen delictivo; esto es, deben provenir de un delito previamente cometido, cuya existencia no necesitamos investigarla (menos llevar adelante un proceso penal o que exista una sentencia condenatoria al respecto), siendo suficiente con establecer una vinculación o nexo causal entre los bienes, dinero, efectos o ganancias materia u objeto del delito de lavado con el referido delito previo. Tal como refiere TIEDEMANN: "La praxis tiende en todas estas constelaciones a la afirmación de la punibilidad y, con ello, considera suficiente *de facto* cualquier vinculación causal entre el objeto patrimonial y el hecho previo"⁽⁶⁵⁾. En efecto, ni siquiera se exige que el agente del lavado de activos deba conocer la existencia del delito previo, sino que es suficiente con que deba presumir tal existencia, lo que implica que no es necesario que conozca quiénes lo han cometido, las circunstancias del mismo o que exista un trato personal con sus agentes, esto es, el conocimiento no debe ser exhaustivo; inclusive, no se requiere que el agente del lavado sepa que se trata de un hecho previo culpable y punible o que se trata de un injusto penal (típico y antijurídico); esta circunstancia no la exigen ni siquiera los autores que sostienen que el delito previo constituye un elemento normativo del tipo⁽⁶⁶⁾. O como refiere ZARAGOZA AGUADO: "... en buena lógica no se exige la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados"⁽⁶⁷⁾. Lo relevante es la conducta que realiza el lavador y no propiamente la conducta subyacente.

⁽⁶⁵⁾ TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Grijley, Lima, 2012, p. 263.

⁽⁶⁶⁾ Al respecto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *Ob. Cit.* p. 267; MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco, *Ob. Cit.* p. 392; DEL CARPIO DELGADO Juana, "El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal", p. 305.

⁽⁶⁷⁾ ZARAGOZA AGUADO, Javier, "Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales", Curso Organizado por OEA (CICAD), Lima, setiembre del 2002. p. 32.

En conclusión, lo que se requiere es únicamente determinar la **vinculación del objeto** del delito de lavado de activos con el delito previo⁽⁶⁸⁾; y para determinar esta vinculación, así como para determinar la propia existencia del delito previo, es suficiente con que existan indicios razonables al respecto, como uniformemente señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema. Pero estos indicios razonables no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar el delito, sino indicios de menor intensidad probatoria; pero claro, que sean idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado⁽⁶⁹⁾ y, por el contrario, que vinculen a los activos con la actividades criminales establecidas en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

Claro que en nuestro medio, podrá decirse que la norma establece que los activos (dinero, bienes, efectos y ganancias) deben tener **“un origen lícito”**, lo que llevaría a considerar el delito previo como elemento del delito, sin embargo, si concordamos esta aseveración con el contenido del artículo 10° de la Ley (Decreto Legislativo N° 1106), que establece que el “lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria”, la conclusión que estamos planteando resulta evidente, esto es, el delito previo no redundaría en la configuración del delito de lavado de activos, tal como también lo señalaría BLANCO CORDERO, sintetizando las decisiones del Tribunal Supremo Español, como se indicó líneas antes.

⁽⁶⁸⁾ Este criterio pareciera que también lo asume BLANCO CORDERO, pese a que ha sintetizado la naturaleza del delito previo de modo distinto al que aquí sostenemos; pues, hace referencia a que una característica esencial que debe reunir el objeto del delito, es su vinculación con el delito previo (*El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Ed. 2002, p. 240). Asimismo, hace referencia a la conexión entre la infracción delictiva previa y los bienes objeto del blanqueo, con lo que se refiere al delito previo como una característica del objeto del delito de lavado. *Passim*.

⁽⁶⁹⁾ En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene: “*El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución-*”. **ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-11.**

En este punto resulta necesario dejar en claro que la Corte Suprema, ha asumido las orientaciones doctrinarias erradas a las que nos hemos referido, pero a la vez ha querido conciliar estos criterios con la estructura de las normas nacionales e internacionales (lo cual no es posible). En efecto, ha expresado criterios totalmente confusos que no ayudan al esclarecimiento de esta problemática, por el contrario, podrían llevar a la impunidad de los delitos de lavado de activos; así, en el **ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-116, (16/11/2010), Fj: 30 y ss**, ha señalado: “... el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero”. (...) “El delito fuente, empero, **es un elemento objetivo del tipo legal** — como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición asimismo de tipicidad”. Sin embargo, a renglón seguido señala: “... no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado”. Agregando: “Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva” (FJ. 31 y 32). “El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal”. (Fj. 35).

Como puede apreciarse, no se puede sostener, por un lado, que el delito previo es un elemento objetivo del tipo y por otro, aducir que no es necesaria la probanza de dicho delito previo, de sus circunstancias y partícipes concretos; precisando que solo es suficiente una conexión o vinculación de los activos con las actividades delictivas o personas vinculadas a estas. Pues, debe quedar claro que para tener por acreditado un delito, todos los elementos objetivos del tipo deben acreditarse debidamente (más allá de la duda

razonable) de lo contrario será de aplicación el principio *in dubio pro reo*⁽⁷⁰⁾. Inclusive, el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema ni siquiera diferencia si se trata de un *elemento objetivo descriptivo o normativo*, lo cual resulta importante a efectos de determinar el nivel de conocimiento que debe tener el agente del lavado respecto al delito previo. Así ARÁNGUEZ SÁNCHEZ correctamente, distingue entre elemento descriptivo y normativo, aduciendo que ello resulta relevante a la hora de evaluar el alcance del conocimiento y el error sobre dicho elemento, ya que al tratarse de un elemento normativo (no puede ser aprehendido por la mera percepción sensitiva, sino que exige un proceso de valoración o comprensión intelectual), el conocimiento que debe tener el autor no exige una exacta subsunción jurídica sino que basta con la valoración en la esfera del profano⁽⁷¹⁾.

Y claro, la acreditación de un delito (en este caso, del delito previo o fuente), solo se concretará en un debido proceso penal, donde se determinará sus circunstancias, agentes y demás elementos configurativos, por lo que si se aceptase que el **delito previo es un elemento del delito de lavado de activos**, no tendría sentido, hablar de autonomía de este delito, y mucho menos sostener (como es aceptado unánimemente en la legislación, la doctrina y los convenios internacionales) que para su consumación no es necesario que los hechos delictivos de los cuales provienen los activos hayan sido descubiertos, se encuentren sometidos a investigación o proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria, tal como expresa, con toda claridad, la actual Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N° 1106).

En tal sentido, el Acuerdo Plenario en cuestión, contradice la propia naturaleza del delito de Lavado de Activos, a la vez que lleva a confusiones en la interpretación y aplicación de la ley y los convenios internacionales. Tanto es así, que en un posterior Acuerdo Plenario (**N° 7-2011/CJ-116. 06/12/2011. FV: 6 a 15**), la propia Corte Suprema ha constatado las deficiencias del primer Acuerdo (N° 3-2010/CJ-116), y ha planteado nuevamente el tratamiento del “*delito previo o delito fuente*”. Lamentablemente, en este nuevo Acuerdo, tampoco se ha zanjado si el delito previo constituye o no un elemento del tipo penal de lavado (que es el principal problema del anterior Acuerdo),

(70) Así por ejemplo, no se puede sostener que se ha acreditado la comisión del delito de Violación Sexual de Menor de edad, solo porque se ha acreditado la acción típica (acto carnal violento) si no se ha acreditado debidamente (más allá de la duda razonable) la edad del menor.

(71) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid 2000, p. 267. En términos similares BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Edición, 2012, p. 659.

limitándose a sostener que no se puede negar *a priori* las posibilidades de realización del delito de lavado de modo posterior o *anterior* a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales (Fj. 11). Lo cual si bien constituye un punto importante no aborda la problemática principal.

Consecuentemente, es de apreciarse que los Acuerdos Plenarios referidos no aportan criterios adecuados sobre la naturaleza del delito previo respecto al lavado de activos y por ello mismo no contribuyen con argumentos persuasivos suficientes para vincular a los operadores jurídicos⁽⁷²⁾. Más aún, debe tenerse en cuenta que estos acuerdos son de fecha anterior a la actual Ley de Lavado de activos (D. Leg. N° 1106) y sus modificatorias, las mismas que establecen con mayor contundencia la autonomía del delito de lavado, por lo que en gran medida el contenido de estos Acuerdos Plenarios ya no resultarían aplicables, puesto que estos se elaboraron a partir de la normatividad vigente al momento de su expedición, la misma que ha sido derogada.

En conclusión, sostenemos que el criterio que planteamos tiene la virtud de realizar una evaluación más exacta del tipo penal, a la vez que salva la finalidad político criminal que inspiró su formulación, finalidad que se encuentra plasmada en los convenios internacionales y en las respectivas legislaciones nacionales, como la nuestra, que incide en la autonomía del tipo de lavado. Asimismo, con este criterio se salvan las dificultades a las que hacen referencia BLANCO CORDERO y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, referidas a los supuestos de condena por lavado de activos y absolución del delito previo, a la acreditación del delito previo en el extranjero y a la *plea bargaining* del derecho anglosajón⁽⁷³⁾; problemática que de algún modo también hace referencia GARCÍA CAVERO en nuestro medio⁽⁷⁴⁾. Con ello, igualmente, aclaramos nuestra postura esbozada en nuestros trabajos anteriores, respecto de

⁽⁷²⁾ En cuanto al nivel de vinculatoriedad de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, es necesario tener presente que estos tienen un grado de vinculación acentuado para los órganos jurisdiccionales inferiores de la Corte Suprema, los cuales sin embargo, pueden desvincularse esgrimiendo una argumentación o motivación reforzada, tal como lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional (STC 0019-2009. 21/03/2011. FJ. 16 al 18). Precisándose que dichos Acuerdos solo resultan vinculantes cuando la fuerza persuasiva de sus argumentos, configurativos de la doctrina judicial, resulten convincentes y razonables, más no así cuando presentan deficiencias como las anotadas, en cuyo caso, presentamos nuestros propios argumentos. La desvinculación del Ministerio Público respecto a los precedentes judiciales, por lo demás, es admitida en la jurisprudencia y doctrina extranjera, como puede verse en ROXÍN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p.55.

⁽⁷³⁾ Ver BLANCO CORDERO y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *Obs. Cits.* pp. 334 y 200 respectivamente.

⁽⁷⁴⁾ GARCÍA CAVERO, *Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos ...*, p. 433.

los cuales algunos han entendido que consideramos al delito previo como un elemento objetivo del tipo penal lavado de activos⁽⁷⁵⁾.

Finalmente, para concluir este acápite referido a la naturaleza jurídica del delito previo respecto al delito de lavado de activos, resulta necesario precisar que si bien resulta fácil asumir que el delito previo es un elemento objetivo del tipo y en efecto, así lo asumen la mayoría de autores, con ello se desconoce la finalidad político criminal de este delito y se genera la total impunidad, como está sucediendo en nuestro medio, en que todos los casos emblemáticos de lavado de activos se están sobreseyendo y archivando, precisamente asumiendo este criterio, es por ello que a través de esta reflexión más detenida hemos variado nuestra inicial postura contenida en nuestros anteriores trabajos.

IV. CONCURSO DE DELITOS Y DE NORMAS PENALES ENTRE LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE ACTIVOS

Finalmente, un punto relevante respecto a la evaluación y calificación de los delitos de **enriquecimiento ilícito y lavado de activos** es el referido al concurso de delitos y de normas penales que pueden presentarse entre estos casos, puesto que en ambos supuestos estamos ante normas vigentes que comprenden a los actos de incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos. En efecto, el tipo penal de *enriquecimiento ilícito* (artículo 401° del Código Penal) se configura con el incremento patrimonial ilícito realizado por el funcionario o servidor público abusando de su cargo. Con ello se comprende como acciones configurativas de enriquecimiento ilícito a todos los supuestos con los cuales se puede incrementar el patrimonio personal o familiar del funcionario o servidor público, esto es, se comprende a las acciones de *convertir, transferir* (a su favor), *adquirir* (por compraventa, por donación, por permuta, por adjudicación, etc.) o *recibir* los bienes o activos materia del incremento patrimonial; siendo estas las únicas formas idóneas con las que se puede incrementar el patrimonio (si bien existen otras formas como la adquisición *mortis causa*, estas no pueden configurar incrementos ilícitos a los que se refiere el tipo penal y tampoco configuran supuestos de lavado de activos). Pero precisamente, todas estas formas de incremento patrimonial configurativas del delito de enriquecimiento ilícito

⁽⁷⁵⁾ En las anteriores ediciones de nuestro libro "*Delito de lavado de activos*", habíamos sostenido que a efectos de acreditar la comisión del delito de lavado de activos, era necesario acreditar la existencia del delito previo, hecho que ahora descartamos categóricamente. Al respecto ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2004, p. 219.

constituyen además, acciones propias del delito de lavado de activos, conforme a los artículos 1° y 2°, concordantes con el artículo 4° de la Ley. Entonces, surge el problema interpretativo de determinar cuál de estas normas resulta aplicable a los casos concretos, esto es, determinar si estamos ante un *concurso de delitos*, ante un *concurso aparente de normas*.

Para dilucidar debidamente esta problemática resulta necesario diferenciar entre los servidores y los funcionarios públicos como agentes de estos delitos, puesto que si bien el delito de enriquecimiento ilícito les da el mismo tratamiento a ambos tipos de agentes delictivos, la ley de lavado de activos en su artículo 4° hace una diferencia al establecer el tipo agravado (sancionado con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 20 años) cuando el agente del delito es un funcionario que actúa, precisamente, sirviéndose o utilizando su condición de funcionario (abusando de su condición), dentro de cuya circunstancia agravante no considera a los servidores públicos. Ello lleva a la conclusión de que se presentará el concurso de delitos o de normas penales, cuando se trata de la intervención de funcionarios públicos, entre el artículo 401° del Código Penal y el artículo 4° (concordante con el 1° y 2°) de la ley de lavado de activos (tipo agravado); mientras que si se trata de la intervención de servidores públicos las normas concurrentes serán el artículo 401° del Código y los artículos 1° y 2° de la ley de lavado (supuestos básicos), puesto que en estos casos no se considera su condición de servidor público como circunstancia agravante.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el delito de **enriquecimiento ilícito** se consuma con la sola realización de la acción que incrementa el patrimonio, pues, todas las acciones posteriores a esta resultan irrelevantes a efectos de la configuración o calificación de este delito; asimismo, tampoco se requiere de una intencionalidad adicional, más allá de asumir la titularidad de los bienes con los cuales se incrementa el patrimonio. En cambio, las acciones de **lavado de activos** se realizan como parte de un proceso de ocultamiento o encubrimiento de activos que provienen de delitos previos⁽⁷⁶⁾ con la finalidad (intencionalidad) adicional de ocultar el origen de los activos e evitar su decomiso o incautación; en este caso, el agente del delito puede asumir alguna titularidad o no, pues, es suficiente con que realice la acción típica con la intención adicional; y claro, puede tratarse de una secuencia de acciones configurativas de un delito continuado o de una acción permanente

⁽⁷⁶⁾ Solo excepcionalmente la acción típica realizada puede constituir el único acto realizado y que se considera suficiente para la realización del ocultamiento o evitación del decomiso, o en todo caso, si es que se descubre la acción delictiva realizada dentro del proceso de blanqueo y por ello ya no continúa o concluye dicho proceso.

que le imprime tal calidad al delito cometido, pero también puede tratarse de una sola acción instantánea realizada para ocultar los bienes de origen delictivo.

Si ello es así, si se trata de un funcionario o servidor público y la acción (*convertir o transferir*) significa simultáneamente una apropiación de dinero y un incremento patrimonial del agente (personalmente o mediante un testaferro), por ejemplo, cuando la apropiación se hace a través de una transferencia de una cuenta de la entidad pública manejada por el funcionario o servidor público a la cuenta del agente o de un testaferro⁽⁷⁷⁾, esta acción configura el tipo penal de peculado y el de enriquecimiento ilícito, pues la misma acción realiza ambos tipos penales; en tal caso, estaremos ante un **concurso ideal de delitos** que se resuelve aplicando el artículo 48° del Código Penal, esto es, aplicando hasta el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso se supere los 35 años. En el ejemplo, como quiera que ambos delitos (peculado y enriquecimiento ilícito) presentan agravantes, la pena a aplicarse dependerá de la presencia o ausencia de dichas agravantes; así, si se tratara de un funcionario público con prerrogativa de antejuicio, se aplicará la pena correspondiente al *enriquecimiento ilícito agravado*, esto es, una pena privativa de libertad de hasta 15 años, la misma que puede extenderse hasta un cuarto más de este extremo, es decir hasta 18 años y 9 meses. Si no se tratara de altos funcionarios pero se comprometiera caudales o efectos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, se aplicará la pena correspondiente al peculado agravado, esto es, una pena privativa de libertad de hasta 12 años, la misma que puede extenderse hasta 15 años. Y si se tratara de los supuestos básicos de ambos delitos, se aplicará la pena correspondiente al delito de enriquecimiento ilícito, esto es, una pena privativa de libertad de hasta 10 años, la que puede extenderse hasta 12 años y 6 meses.

De otro lado, si sobre los activos del ejemplo propuesto, con posterioridad se realizara cualquiera de los actos previstos en los artículos 1° y 2° de la ley de lavado de activos, con la finalidad de ocultar el origen de los activos o evitar su decomiso o incautación, estos hechos configurarían *delito de lavado de activos*. No obstante, dicha acción ya no configurará el delito de peculado, puesto que los activos ya no están en la esfera patrimonial del

⁽⁷⁷⁾ En este caso, aun cuando se utilice un testaferro, para mantener oculta a la persona del funcionario, lo que evidencia un ánimo de ocultamiento del agente, no configura delito de lavado de activos, porque no se aprecia la existencia de un delito previo al cual pudiera vincularse los activos apropiados y con los cuales se genera el incremento patrimonial ilícito.

Estado, puesto que ya fueron sustraídos y aparentemente⁽⁷⁸⁾ incorporados al patrimonio del agente (que se enriqueció ilícitamente). En este caso para determinar si estamos o no ante un concurso entre el delito de enriquecimiento ilícito y el delito de lavado de activos y, en todo caso, precisar qué normas resultan aplicables, previamente debemos precisar si se trata de la participación de un funcionario o simplemente de un servidor público, puesto que de tratarse del primero estaremos ante el artículo 4° del D. Leg. N° 1106 y si se tratara de un servidor, ante el supuesto previsto en el artículo 1° de dicho D. Leg. Sin embargo, en estos supuestos nos encontramos frente a más de una acción delictiva (la acción de incremento patrimonial y las acciones de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia) por lo que se descarta el concurso aparente de delitos; por el contrario, nos encontramos ante dos o más acciones configurativas de un **concurso real**, la primera de las cuales puede presentar un concurso ideal de delitos (peculado y enriquecimiento ilícito) y la segunda configura el delito de lavado de activos, por lo que se resolverá este problema aplicando la sumatoria de las penas correspondientes.

Obviamente, el *concurso real de delitos* entre el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos también puede presentarse en cualquier otro caso en que el agente hubiera incrementado su patrimonio ilícitamente y luego de ello realizara acciones de lavado con la finalidad de ocultar el origen de los activos o evitar su decomiso, pues las acciones posteriores son autónomas del delito previo y se realizan sobre activos que tienen como característica su vinculación o procedencia de un delito previo, en este caso al enriquecimiento ilícito.

⁽⁷⁸⁾ Decimos "aparentemente" porque en realidad los bienes o efectos no llegan a incorporarse al patrimonio del agente del delito, puesto que para ello se requiere que el agente adquiriera efectivamente derechos reales sobre estos, y como ya lo hemos demostrado en otra parte, el agente del delito nunca adquiere derechos reales sobre el producto del delito o sobre el objeto del mismo, puesto que ello solo es posible a través de actos lícitos (realizados conforme a derecho) y precisamente por ello es que el objeto del delito se recupera y entrega a su propietario, y los efectos y ganancias del delito (producto del mismo) se decomisan. Al respecto ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Decomiso, Incautación y Secuestro*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2013.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD DECLARADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS

Isidoro Blanco Cordero

Universidad de Alicante

*Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal
España*

SUMARIO:

I. Introducción. II. El delito de enriquecimiento ilícito en las normas internacionales. 1. A nivel global: la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2. A nivel regional. 3. Unión Europea. III. Derecho comparado. IV. Delito de enriquecimiento ilícito y vulneración de los derechos humanos: la sentencia del tribunal constitucional portugués (*acórdão* N.º 179/2012). 1. Inexistencia de un bien jurídico protegido claramente identificado. 2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. V. Sobre la legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito. 1. Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados. 1.1. Inversión de la carga de la prueba en materia penal: vulneración del principio de presunción de inocencia. 1.2. Vulneración del derecho a no declararse culpable (*nemo tenetur prodere seipsum*). 2. Bien jurídico protegido: la transparencia de las fuentes de ingresos. 3. El enriquecimiento ilícito como delito de omisión. VI. Necesidad de la intervención penal para hacer frente al enriquecimiento ilícito de funcionarios: delito fiscal, enriquecimiento ilícito y comiso. VII. Algunas conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito goza de amplio reconocimiento en algunas regiones del mundo (como Latinoamérica, África o Asia). Sin embargo, en Europa no ha sido objeto de favorable acogida. La mayoría de los Estados europeos carecen de tal delito⁽¹⁾ y en alguno de ellos, como Portugal⁽²⁾, la intención de incluirlo en su Código penal ha quedado frustrada por la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (TC) de dicho país. En efecto, el Parlamento luso aprobó el Decreto n.º 37/XII que incluía el delito de enriquecimiento ilícito en el código penal, tanto de particulares (artigo 335.º-A), como una modalidad agravada cuando fuera cometido por funcionario (artigo 386.º), así como la Ley n.º 34/87, de 16 de julio (artículo 27º-A), que aprobó el régimen de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos⁽³⁾. Pues bien, en el uso de sus

(1) Lo cual ha motivado que no exista prácticamente doctrina al respecto, salvo el trabajo de hace algunos años de WILSHER, Dan "Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", en *Crime, Law & Social Change*, 2006, 45, pp. 27–53.

(2) Donde sí que se han elaborado algunos trabajos doctrinales como el de SILVA, Germano Marques da, "Sobre a Incriminação do Enriquecimento Ilícito (Não Justificação ou Não Declarado – Breves Considerações nas Perspectivas Dogmáticas e de Política Criminal", en *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, Coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 47-64; PEREIRA, João Pedro Gomes, *O crime de enriquecimento ilícito - Os problemas de formulação*, Dissertação de Mestrado Forense na Vertente de Direito Civil e Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito. Escola de Lisboa, 31 de Outubro de 2011.

(3) Este es el texto de las normas impugnadas "Artigo 335.º-A: Enriquecimento ilícito. "1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos".

(...)

"Artigo 386. Enriquecimento ilícito por funcionário.

- 1 O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.
3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.
4. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.
5. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos"

(...)

Alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho "Artigo 27.º-A. Enriquecimento ilícito.

1. O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.
3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos.
4. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.
5. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos".

(...)

atribuciones, el Presidente de la República presentó un recurso de inconstitucionalidad contra estas normas alegando que violaban el derecho a la presunción de inocencia, argumento que finalmente ha acogido el TC (Acórdão N.º 179/2012).

Es menester señalar que el *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación en el marco de la corrupción. La estrategia de lucha contra la misma reclama con insistencia la necesidad de privar a los corruptos de sus bienes ilícitamente obtenidos⁽⁴⁾. Esta estrategia se basa en el recurso a mecanismos de naturaleza penal⁽⁵⁾ y se asienta esencialmente en tres pilares⁽⁶⁾.

- a) El primer pilar es quizás el más conocido, la *sanción del blanqueo de capitales* como delito, que permite castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. Se trata de un instrumento fundamental para hacer frente a la delincuencia que genera grandes beneficios económicos.

⁽⁴⁾ Recientemente, en la Comunicación de la Comisión UE al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "*Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*" de 2008, se advierte que "para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades".

⁽⁵⁾ Cfr. ampliamente nuestros trabajos BLANCO CORDERO, Isidoro, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 27, 2007, pp. 39-75; BLANCO CORDERO, Isidoro, "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, PUENTE ABA, LUZ MARÍA (Directora); RODRÍGUEZ MORO, LUÍS; ZAPICO BARBEITO, MÓNICA (coordinadores), (Editorial Comares), Granada, 2008, pp. 69-106; BLANCO CORDERO, Isidoro, "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal / electronic Review of the International Association of Penal Law/ Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP / e-RIAPL)*, 2007, A-01; BLANCO CORDERO, Isidoro, "Capítulo 6. La reforma del comiso en el código penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos", en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, 2012; BLANCO CORDERO, Isidoro, "Las ganancias del delito y su decomiso. El debate en torno al principio de ganancias brutas o netas", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 22, 2010, pp. 89-138; BLANCO CORDERO, Isidoro, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?", *Diario La Ley*, N.º 7569, 2011.

⁽⁶⁾ Cfr. KILCHLING, Michael, "Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 9, Number 4, 2001, pp. 264-280, pp. 264 ss.

- b) El segundo pilar es el *comiso* de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos procediendo a asignárselas al Estado. Esta herramienta se ha desarrollado de forma vertiginosa en los últimos años, mediante diversas modalidades de comiso que amplían enormemente su ámbito de aplicación. Baste mencionar aquí el denominado comiso ampliado y el comiso civil, también conocido como "extinción de dominio" en Latinoamérica.
- c) El tercer pilar consiste en recurrir al delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción: se trata de la denominada *estrategia Al Capone*. No declarar las ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone, a su vez, un segundo delito, el de defraudación fiscal.

Pues bien, podemos decir que en el marco de los delitos de corrupción existe un *cuarto pilar* en esta estrategia dirigida a asfixiar económicamente a los corruptos: la sanción penal del *enriquecimiento ilícito* de los empleados públicos. Que los Estados europeos no se muestren partidarios de este delito -ni tampoco los Estados Unidos de Norteamérica ni Canadá- es una prueba del debate que genera. Por ejemplo, *España* no castiga este delito porque entiende que es incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional español⁽⁷⁾. *Portugal* se decidió a incluirlo en el Código penal, pero finalmente, como hemos explicado ya, fue declarado inconstitucional antes de su entrada en vigor. Los informes que se elaboran en el marco de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción evidencian que los Estados de Europa (Europa occidental) se muestran reacios a la sanción penal del enriquecimiento ilícito por considerar que puede ser contraria a sus respectivas constituciones, esencialmente en lo relativo a la presunción de inocencia y a la inversión de la carga de la prueba que puede suponer dicha infracción penal⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Tal y como se desprende del texto de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/II/1/1, 7 de junio de 2011, p. 11. De acuerdo con las autoridades españolas, la determinación de la responsabilidad penal requiere acreditar que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal.

⁽⁸⁾ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación

El presente texto, de alcance limitado por razón de su orientación claramente europea, pretende ofrecer la visión de esta figura delictiva que parece existir en el viejo continente. Nos vamos a centrar exclusivamente en el examen del delito de enriquecimiento ilícito de empleados públicos, y no en el de particulares que existe en algunas legislaciones penales latinoamericanas. Para explicar la perspectiva europea vamos a tomar como punto de referencia la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal que, como hemos dicho, declaró en 2012 su inconstitucionalidad.

II. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES

1. A nivel global: La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

El *enriquecimiento ilícito* es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción⁽⁹⁾. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales. Una referencia expresa a esta figura delictiva se encuentra en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC), cuyo art. 20 alude al delito de enriquecimiento ilícito, y dispone expresamente que:

"con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".

Como se puede observar, *no es un precepto obligatorio* para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Los Estados parte que no han incluido este delito en su ordenamiento jurídico alegan *limitaciones constitucionales*, referidas en particular al principio de la presunción de inocencia, y *vulneración de los principios fundamentales*

de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 18.

⁽⁹⁾ Con todo, es cierto que en algunos países se castiga también el enriquecimiento ilícito de particulares (por ejemplo, en Colombia).

del ordenamiento jurídico, entre los que se suele aludir normalmente a los relativos a la carga de la prueba, problemas relacionados con los sistemas de divulgación de activos e ingresos y la aplicación (y posible superposición) de leyes vigentes, como la legislación fiscal y contra el blanqueo de dinero, a casos de enriquecimiento ilícito⁽¹⁰⁾. En definitiva, la no incriminación a nivel nacional del enriquecimiento ilícito no implica necesariamente la violación de una obligación internacional, pues un Estado puede invocar que dicho delito vulnera su Constitución o los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

De hecho, algunos Estados han presentado *reservas* al art. 20. Por ejemplo, *Canadá* señala que el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el mencionado artículo es incompatible con la constitución de Canadá, con la Carta canadiense de derechos y libertades fundamentales y con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, por lo que no va a establecer el delito de enriquecimiento ilícito. Asimismo, la República Socialista de *Vietnam* ha realizado una declaración en la que, de acuerdo con los principios del Derecho vietnamita, no considera obligatoria la disposición relativa a la criminalización del enriquecimiento ilícito del art. 20 UNCAC.

2. A nivel regional

A nivel regional la *Convención interamericana contra la corrupción* también contiene la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos en el artículo IX, que tampoco es de previsión obligatoria para los Estados parte. Se define de la siguiente manera:

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el

⁽¹⁰⁾ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Informe temático preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, nº 15.*

enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".

Las negociaciones de la Convención evidencian que son los obstáculos probatorios que surgen para acreditar los delitos de corrupción los que parecen fundamentar esta figura delictiva. En efecto, en las mismas se dejó claro que esta figura *"es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaces para la detección del delito en el preciso momento en que éste se produce"*, agregando *"que a esta impotencia se une la burla que significa la ostentación material de sus funcionarios, sin que los pueblos tengan modo de adivinar en qué precisa oportunidad, de las miles con las que los agentes públicos cuentan, fue cometido el delito o quizá, los innumerables delitos que dieron lugar al enriquecimiento"*⁽¹¹⁾. Sin embargo, algunos países como Canadá⁽¹²⁾ o Estados Unidos de América⁽¹³⁾ han realizado reservas expresas a la Convención alegando que la sanción penal del enriquecimiento ilícito podría vulnerar sus respectivas Constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba.

(11) Informa de ello HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2006), pp. 183 – 222, pp. 194-195.

(12) "Declaración interpretativa del artículo IX - Enriquecimiento ilícito. El artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico". Como el delito contemplado en el artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución del Canadá, el Canadá no aplicará el artículo IX tal como dispone este artículo."

(13) "Enriquecimiento ilícito. – Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención".

Asimismo la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* define el enriquecimiento ilícito como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier otra persona que no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos (art. 1). El art. 8 de la Convención recomienda a los Estados castigar este delito, pero siempre que sus disposiciones nacionales lo permitan. Algunos países africanos como *Benín* castigan expresamente esta figura delictiva. Con todo, los informes de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción destacan que *la mayoría de los países* del grupo de Estados de África se enfrenta a obstáculos constitucionales o de índole práctica que impiden la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito. En algunos países se alega la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Otros Estados aluden a los problemas prácticos para presentar denuncias debido a las dificultades para realizar perfiles financieros, analizar valores netos y localizar e incautar activos⁽¹⁴⁾.

En Europa existe el *Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Sin embargo, no prevé expresamente la figura del enriquecimiento ilícito.

3. Unión Europea

En la Unión Europea no existe ninguna norma obligatoria que exija a los Estados la incriminación del delito de enriquecimiento ilícito. Con todo, la Comisión UE ha propuesto en algún informe la creación de un nuevo delito, al que denomina *posesión de bienes "injustificados"*⁽¹⁵⁾. Propone así penalizar a quien disponga de bienes cuyo valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados siempre y cuando el sujeto tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. Se trata de una figura delictiva en la que, a diferencia de lo que ocurre en

⁽¹⁴⁾ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto periodo de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 15.

⁽¹⁵⁾ Así se denomina en el documento "Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»", *cit.*

otros países, no se invierte totalmente la carga de la prueba⁽¹⁶⁾, y que es muy próxima (aunque no coincidente) al enriquecimiento ilícito.

Algunos países de la UE ya contienen en sus respectivas legislaciones esta figura delictiva. Así, en *Francia* existe el delito de no justificación de recursos, que fue introducido mediante la Ley de marzo 9 de 2004, denominada *Perben II*, y modificado por la Ley N° 2006-64 de enero 23 de 2006. El artículo 321-6 CP francés (ubicado sistemáticamente en el contexto de los delitos asimilados a la receptación) castiga el hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto. Las penas previstas son las de prisión de tres años y multa de 75.000 Euros.

III. DERECHO COMPARADO

En América Latina varios países sancionan penalmente en delito de enriquecimiento ilícito en aplicación esencialmente de la *Convención interamericana contra la corrupción*. Entre ellos Argentina⁽¹⁷⁾, Brasil⁽¹⁸⁾,

⁽¹⁶⁾ "Productos de la delincuencia organizada Garantizar que «el delito no resulte provechoso»", *cit.*

⁽¹⁷⁾ El art. 268 (2) del CP de Argentina castiga al "que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho." Entre las obras de la doctrina argentina sobre el delito de enriquecimiento ilícito pueden verse INCHAUSTI, Miguel, *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos aires, ad hoc, 2001; SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268, 2, CPP)*, Buenos aires, ad hoc, 1994; BRUZZONE, Gustavo A / GULLCO, Hernán Víctor (coordinadores), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Art. 268 (2) C. P.* (Buenos aires, ad hoc, 2005).

⁽¹⁸⁾ Lei N° 8.429, de 2 de Junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*

Colombia⁽¹⁹⁾, Chile⁽²⁰⁾, Ecuador⁽²¹⁾, El Salvador⁽²²⁾, Paraguay⁽²³⁾, Perú⁽²⁴⁾ y

- (19) El Código penal de Colombia castiga tanto el enriquecimiento ilícito de particulares como el de empleados públicos: el artículo 327 define el *Enriquecimiento ilícito de particulares* de la siguiente forma: "El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.". El artículo 412 define el *enriquecimiento ilícito de funcionarios de la siguiente manera* "El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años".
- (20) Artículo 241-bis Código Penal.
- (21) En Ecuador, el art. 296 CP castiga como sigue el enriquecimiento ilícito
- "Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.
- Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.
- Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social."
- (22) Art. 333 CP: "El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo".
- (23) Ley 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la Función Pública y el tráfico de influencias, del año 2004.
- (24) El art. 401 del CP del Perú castiga el enriquecimiento ilícito como sigue: "El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.
- "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita." Sobre el delito de enriquecimiento ilícito en Perú, cfr., entre otros, SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002; ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Los delitos*

Venezuela⁽²⁵⁾.

En *Asia y el Pacífico* la mayoría de los Estados parte en la UNCAC declaran que no existen obstáculos constitucionales ni jurídicos que impidan la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito⁽²⁶⁾. De hecho, existe este delito en países como Malasia, China (artículo 395 del Código Penal), la Región Administrativa Especial de Macao (Ley n.º 11/2003, de 28 de junio, que castiga el delito de "Riqueza injustificada" en el artículo 28)⁽²⁷⁾ o Hong-Kong (Capítulo 201, Sección 10 de la *Prevention of Bribery Ordinance*).

En *Europa*, como venimos diciendo, son muy escasos los países que regulan este delito. Quizás una excepción que merece ser mencionada es el delito de no justificación de bienes, previsto en el artículo 321-6 del Código Penal francés, antes mencionado. Ahora bien, el modelo previsto en la legislación francesa tiene unas peculiaridades que hacen que no se puede decir que suponga una inversión total de la carga de la prueba. El delito del art. 321-6 CP francés requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación. Y tales elementos son los utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia española para condenar por delito de blanqueo de capitales, y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, la cual ha sido admitida por el TEDH. El CP francés exige que el sujeto: a) disponga de bienes que no se correspondan con su nivel de vida, b) que no pueda justificar el origen de los mismos y c) que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos. Pues bien, estos tres elementos son los indicios que utiliza el Tribunal Supremo español para

contra la administración pública en el CP peruano, Palestra, Lima, 2001; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001; FRANCIA ARIAS, Luis / PEÑA CABRERA, Raúl, *Delito de enriquecimiento ilícito*, Ediciones jurídicas, Lima, 1993.

(25) Ley Contra la Corrupción. Gaceta Oficial N° 5.637 Extraordinario de fecha 07 de abril de 2003.

(26) Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación a escala regional del capítulo III (Penalización y aplicación de la ley) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Informe preparado por la Secretaría, CAC/COSP/IRG/2013/10, 12 de marzo de 2013, n° 16.

(27) El n° 1 de este precepto dispone: "Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias".

probar el delito de blanqueo de capitales⁽²⁸⁾. No se invierte la carga de la prueba, porque la acusación ha acreditado elementos que permiten concluir, en atención a las circunstancias del caso concreto, que los bienes de que dispone el sujeto son de origen delictivo, quedando excluidos otros posibles orígenes.

Como *conclusión*, podemos decir que, a diferencia de lo que ocurre en otras regiones del mundo, la gran mayoría de los Estados europeos (de Europa occidental) no acepta la sanción penal del enriquecimiento ilícito, ya sea porque lo consideran innecesario en el contexto de otros instrumentos de lucha contra la corrupción, ya sea porque tienen dificultades en relación con el principio de presunción de inocencia.

IV. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS (ACÓRDÃO N.º 179/2012)

Como hemos explicado ya, el Presidente de la República portuguesa presentó un recurso de inconstitucionalidad contra las normas que incorporaban al Código penal luso el delito de enriquecimiento ilícito tanto de particulares como de empleados públicos. El presidente alegaba que estos preceptos penales violaban el derecho a la presunción de inocencia. Este argumento ha sido acogido por la mayoría del TC (existen votos particulares contrarios), que concluye que se trata de un delito inconstitucional por dos motivos fundamentales: a) inexistencia de un bien jurídico protegido por el delito claramente identificado; b) vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1. Inexistencia de un bien jurídico protegido claramente identificado

De acuerdo con el TC portugués, si se entiende que la misión del Derecho penal es la *protección (subsidiaria y fragmentaria) de bienes jurídicos*, es inconstitucional toda norma penal en la que no sea claramente identifica-

⁽²⁸⁾ La conocida STS de 23 de mayo de 1997 sistematiza estos indicios en materia de blanqueo de capitales. Posteriormente existe una amplia jurisprudencia que desarrolla y aplica estos criterios. Los indicios son: 1. Incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; 2. Ausencia de explicación lógica para tales movimientos; 3. Conexión con alguna actividad delictiva o con personas o grupos relacionadas con actividades delictivas.

ble un bien jurídico protegido. Por ello es tarea fundamental indagar si existe o no un bien jurídico tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito.

En Portugal *inicialmente se proyectó una norma* que castigaba sólo al “funcionario” y personas equiparadas (delito especial propio) y consideraba el delito como de “peligro abstracto”. Se partía así de la idea de que el delito estaba relacionado con la corrupción. Se entendía que la disparidad manifiesta entre los ingresos de un funcionario y su patrimonio o forma de vida, resultante de medios de adquisición no lícitos, constituía un foco de peligrosidad social grave. Nada socava más los cimientos del Estado de Derecho y el libre desarrollo económico -decía la Exposición de motivos de la norma- que el enriquecimiento ostensivo e injustificado de los titulares de cargos políticos sobre los que pesan obligaciones especiales de transparencia y responsabilidad social. Este juicio es mucho más evidente en el contexto adverso de desarrollo económico y social, sobre todo teniendo en cuenta que la corrupción constituye un factor perjudicial para la promoción del desarrollo económico y social. Debe, por lo tanto, la política legislativa criminal responder a este juicio de peligrosidad con un tipo de delito de peligro abstracto, preservando al mismo tiempo los principios configuradores del Estado democrático de derecho, junto con la garantía de la operatividad del instrumento jurídico⁽²⁹⁾.

Ahora bien, *el texto final aprobado* por el parlamento dejó de ser un delito especial y pasó a ser un *delito común*. En efecto, si inicialmente sólo podían ser sujetos activos del mismo los funcionarios y cargos políticos o altos funcionarios públicos, la versión final incluía a cualquier persona en el círculo de posibles sujetos activos, y se agravaba la pena cuando se tratara de un empleado público. Así concebido, el contenido del injusto de la norma, de acuerdo con su tenor literal, pretende castigar la falta de correspondencia entre el patrimonio adquirido, mantenido o poseído y los ingresos y bienes lícitos del sujeto, patrimonio que, no teniendo origen lícito determinado, indica que el incremento patrimonial procede de la comisión anterior de delitos. Los trabajos preparatorios muestran que el delito en cuestión tiene por objeto evitar que los delitos de los que proceden los bienes queden impunes debido a diversas vicisitudes, incluidas las procesales. Parece, por lo tanto, que el propósito es castigar, a través del nuevo delito, los delitos cometidos con anterioridad y no esclarecidos procesalmente generadores del enriquecimiento ilícito. Esto implica, dice el TC portugués, que no hay un bien jurídico claramente definido, lo que supone la inconstitucionalidad de la norma. Se castiga para proteger un bien jurídico cualquiera sin definir

⁽²⁹⁾ Cfr. Acórdão N.º 179/2012

(por ejemplo, la autonomía intencional del Estado, el patrimonio, la libertad sexual, la salud ...)⁽³⁰⁾.

2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Si el delito se dirige a tutelar los bienes jurídicos previamente menoscabados por el funcionario público (también por el particular) y que motivan su enriquecimiento, plantea problemas con el *principio de presunción de inocencia*. Este principio, dice el TC portugués, desempeña un papel en el nivel de conminación legal, en la medida en que obliga al legislador a que las leyes penales no consagren presunciones de culpabilidad y no hagan incurrir en responsabilidad penal por hechos simplemente presumidos.

Y es que la formulación del tipo no impide el entendimiento de que, verificada la *incongruencia entre el patrimonio y los ingresos*, esta sea calificada como enriquecimiento ilícito si no se acredita de manera positiva la ausencia de alguna causa lícita. Concluye el TC portugués que, así entendida la noma penal, esta presume el origen ilícito de los bienes del dato de la incongruencia, e imputa al agente un delito de enriquecimiento ilícito, lo que se traduce en una clara violación del principio de presunción de inocencia. Ello determina la inconstitucionalidad de la norma reguladora del delito de enriquecimiento ilícito.

V. SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La legitimidad del enriquecimiento ilícito exige examinar cómo se configura la figura delictiva. Para ello es imprescindible analizar si el *bien jurídico protegido* se determina por referencia a otros bienes jurídicos de los que proceden los ingresos, o bien el delito se centra en la tutela de un bien jurídico autónomo. Esto se conecta también con la *estructura típica del delito*, que ha llevado a algunos a entenderla como un delito de omisión pura o propia, que sanciona el hecho de no proporcionar justificación al incremento patrimonial demostrado.

⁽³⁰⁾ Además consideró inconstitucional el texto porque vulneraba el mandato de determinación en la medida en que la construcción del tipo no permite la identificación de la acción u omisión que está prohibida.

1. Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados

El delito de enriquecimiento ilícito puede fundamentar su injusto en el menoscabo de los bienes jurídicos vulnerados por la actividad delictiva de la que proceden los bienes que incrementan el patrimonio del funcionario. Señala el juez *Rui Manuel Moura Ramos*, en su voto particular a la Sentencia del TC portugués, que se trata de proteger un *bien jurídico complejo*, cuya legitimidad jurídico-constitucional está garantizada por los fundamentos que aseguran la legitimidad de las normas penales cuya directa violación ha motivado al enriquecimiento que se pretende sancionar.

Esta postura no resulta en absoluto convincente. Es cierto que no es ilegítimo sancionar conductas postdelictivas que menoscaban el mismo bien jurídico lesionado por el delito previo, como ocurre, por ejemplo con la receptación. Sin embargo, la estructura del delito de enriquecimiento ilícito no es semejante al de receptación, que suele circunscribir los delitos previos a aquellos que menoscaban bienes jurídicos patrimoniales o económicos. En enriquecimiento ilícito presenta particularidades en este ámbito que merecen ser apuntadas.

a) No es de recibo afirmar que si el empleado público se ha enriquecido con bienes que se entregaron como precio por cometer un asesinato, su conducta supone una nueva lesión del bien jurídico vida. Esta configuración del delito está penalizando el enriquecimiento ilícito como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes. Su tipificación tiene así un fin preventivo general, en la medida en que se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo. La norma penal se aplica al empleado público que ha incrementado su patrimonio, pero en realidad va referida a la evitación del delito previo. Se reduce de esta manera el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito no es una actividad beneficiosa.

b) La tutela del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface las exigencias del principio de ofensividad, y podría dar lugar a una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental⁽³¹⁾. Se estarían protegiendo todos los bienes jurídicos tutelados en el Código penal, quedando así incluidos

⁽³¹⁾ En materia de lavado de activos, FABIAN CAPARROS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pp. 222-223.

en su ámbito de protección “hechos demasiado heterogéneos en cuanto a su lesividad”⁽³²⁾.

Se trata de un delito que parte del *dato fáctico de las importantes dificultades* que genera la *prueba* de una actividad delictiva cometida por el empleado público, que es la que origina la presencia de un patrimonio que no puede explicar razonablemente. Para paliar estas dificultades se crea un delito basado en la presunción de que el enriquecimiento que no puede justificarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe proceder de una actividad delictiva. Y en el caso de los empleados públicos, esta actividad delictiva lo serán normalmente –aunque no siempre como hemos dicho– delitos de corrupción, como malversación, cohecho, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada, etc. Se recurre así a un tipo penal que crea la sospecha de que el funcionario público se ha enriquecido mediante la comisión de un hecho delictivo⁽³³⁾. Este, a quien se presume culpable, debe acreditar que no se ha enriquecido mediante la comisión de un delito. Y ello, a nuestro juicio, podría suponer una vulneración del principio de presunción de inocencia. El hecho de que un funcionario haya aumentado significativamente su patrimonio y no pueda justificar el origen del mismo es un indicio fuerte de la existencia de un delito y puede fundamentar el inicio de una investigación penal. Lo que no está justificado es tomar un atajo a través del cual, una vez acreditado el incremento patrimonial, surge la sospecha de comisión de delitos obligándose al sospechoso a demostrar su inocencia⁽³⁴⁾.

1.1. Inversión de la carga de la prueba en materia penal: vulneración del principio de presunción de inocencia

El *problema* fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que *invierte la carga de la prueba* en el ámbito penal. Efectivamente, como decimos corresponde al acusado (normalmente empleado público) probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente.

La *presunción de inocencia* cuenta con amplio reconocimiento a nivel del Derecho internacional de los Derechos humanos. Así, en Europa se

⁽³²⁾ En materia de lavado de activos, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, p. 199.

⁽³³⁾ HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *cit.*, p. 194.

⁽³⁴⁾ Así HERNÁNDEZ BASUALTO, *Ibidem*.

reconoce en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo artículo 6, apartado 2 (derecho a un proceso equitativo) dispone: "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*"⁽³⁵⁾.

La *jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) ha ido perfilando el contenido de este derecho. De acuerdo con ella, la presunción de inocencia sólo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos. El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que se presenten pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia exige que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa⁽³⁶⁾. Además, no debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal.

El TEDH ha manifestado que la *carga de la prueba* recae en la acusación y que cualquier duda será favorable al acusado. En consecuencia, corresponde a la acusación presentar las pruebas suficientes para condenarlo⁽³⁷⁾. Con todo, existen algunas situaciones en las que admite que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la acusación. Esto se debe a que el derecho a ser presumido inocente "no es un derecho absoluto", sino que puede ser restringido mediante el recurso a *presunciones*. El TEDH señala que todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o derecho a las cuales el CEDH no pone obstáculo siempre y cuando los Estados parte no superen algunos límites razonables que tengan en cuenta la gravedad o importancia de lo que está en juego y que preserven el derecho de defensa (se admite esta posibilidad, por ejemplo, en materia de comiso)⁽³⁸⁾. La limitación de la presunción de inocencia, por tanto, está sujeta esencialmente a dos condid-

⁽³⁵⁾ Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Presunción de inocencia y derechos de la defensa): "*1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*".

⁽³⁶⁾ Cour Européene des Droits de l'Homme, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, nº 10590/83, § 77.

⁽³⁷⁾ Cour Européene des Droits de l'Homme, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 diciembre 1988, nº 10590/83, § 77.

⁽³⁸⁾ Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), (Editorial

ciones. En primer lugar, las presunciones han de ser razonables, esto es, han de preverse para supuestos excepcionales y de importancia menor, de manera que la regla general sea la de presunción de inocencia. En segundo lugar, exige que la presunción no sea irrefutable, es decir, ha de ser posible presentar prueba en contrario⁽³⁹⁾.

Partiendo de esta segunda condición, no parece que sea problemático afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito normalmente (si bien habrá que examinar cada legislación en concreto) *permite rebatir la presunción* de la ilicitud del incremento patrimonial mediante la presentación de los medios de prueba admitidos en Derecho⁽⁴⁰⁾.

Por otro lado, como decimos, la limitación del derecho a la presunción de inocencia ha de ser *razonable*, esto es, *proporcionada al fin legítimo perseguido*⁽⁴¹⁾, lo que requiere valorar la necesidad de la misma (a la que nos referimos más adelante) así como su aplicación por los Tribunales. La aplicación por los Tribunales precisará examinar cómo utilizan la presunción basada en la diferencia patrimonial en el caso concreto. Una aplicación automática que determine que todo incremento patrimonial no justificado da lugar a la sanción penal del sujeto vulnera, a nuestro juicio, el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, si además de dicho incremento patrimonial la acusación aporta más elementos de prueba que permitan al Tribunal considerar como probado el hecho presumido, la presunción de inocencia puede resultar suficientemente garantizada⁽⁴²⁾.

1.2. Vulneración del derecho a no declararse culpable (*nemo tenetur prodere seipsum*)

El delito de enriquecimiento ilícito precisa, además de que se acredite un incremento patrimonial, que el empleado público no justifique razon-

Comares), Granada, 2008, pp. 69-106. Si bien en esta materia el TEDH considera que el comiso ampliado, sobre el que trata nuestro trabajo, no tiene naturaleza penal.

(39) Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Salabiaku c. France*, 7 octubre 1988, nº 10519/83, nº 28 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Pham Hoang c. France*, 22 septiembre 1992, nº 13191/87, nº 243.

(40) Jorge, Guillermo, "Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso", Comentario al pronunciamiento de la CSJN del 22/12/08 en los autos "Alsogaray, María Julia s/Rec de casación e inconstitucionalidad" (fallos 331:2799). Publicado en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirigido por L. G. Pitlevnik, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, vol. 9, pp. 22-50, p. 34.

(41) Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Sweden*, 23 de julio de 2002, no. 36985/97, nº 92.

(42) Jorge, "Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso", *cit.*, p. 35.

ablemente el carácter lícito del mismo. El problema puede surgir si el empleado decide mantener silencio sobre la procedencia de sus ingresos no justificados durante el proceso penal. Un derecho vinculado a la presunción de inocencia es el que asiste al acusado de *no declararse culpable*. Este implica, entre otras cosas, el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminarle. El TEDH entiende que este derecho, que no se menciona específicamente en el CEDH, constituye un principio internacional generalmente reconocido que forma parte fundamental de la noción de proceso justo⁽⁴³⁾.

El derecho a guardar silencio *no tiene un carácter absoluto*. De hecho, la jurisprudencia del TEDH ha admitido la posibilidad de derivar inferencias del silencio del imputado. Esto significa que si el acusado decide mantenerse callado durante un proceso penal, este silencio puede tener implicaciones cuando el tribunal enjuiciador evalúe la prueba en su contra. Ahora bien, el extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado requiere valorar el caso concreto para apreciar la existencia de factores que determinen si se han infringido los derechos a un juicio justo. En particular, si la acusación ha presentado pruebas suficientes en contra del acusado, se pueden extraer conclusiones desfavorables de su silencio. No es incompatible con el CEDH que se exija al acusado que declare; sí lo es una condena que se base única o principalmente en la negativa a declarar⁽⁴⁴⁾. Solo cuando las pruebas contra el acusado "exijan" una explicación que esté en condiciones de dar y no lo haga, puede extraerse la conclusión de sentido común de que no existe ninguna explicación plausible y el acusado es culpable. Ahora bien, tratándose de pruebas escasamente fuertes para fundamentar los argumentos de la acusación, el no responder no justifica razonablemente la conclusión de que el acusado es culpable. En todo caso, como vemos, el Tribunal trata en todo momento de dejar claro que el hecho de que se puedan extraer conclusiones razonables del silencio del acusado no puede suponer que se traslade la carga de la prueba a la defensa, pues ello supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia.

La dificultad del delito de enriquecimiento ilícito surge, como hemos dicho, cuando el *acusado decide callarse*. La condena del empleado público se va a basar en estos casos exclusivamente en el incremento patrimonial y el silencio del acusado. Creo que esto supondría una vulneración del derecho

⁽⁴³⁾ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Heaney and McGuinness c. Ireland* n° 34720/97 (21 diciembre de 2000).

⁽⁴⁴⁾ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Murray c. UK*, n° 18731/91 (8 de febrero de 1996).

a un juicio justo, tal y como señala el TEDH. Este derecho solo resulta salvaguardado si, en el caso concreto, la acusación ha presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tengan una procedencia lícita. En definitiva, el tribunal nacional puede realizar una inferencia del silencio o darle un efecto incriminatorio cuando, en función de las pruebas ya practicadas, puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, esto es, si existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado.

2. Bien jurídico protegido: la transparencia de las fuentes de ingresos

También se puede concebir el tipo penal de otro modo. Para fundamentar su legitimidad se han realizado esfuerzos argumentativos dirigidos a superar las deficiencias encontradas en cuanto al bien jurídico protegido y a la vulneración de la presunción de inocencia. Así, los votos particulares formulados a la Sentencia del TC portugués por los magistrados *Carlos Fernandes Cadilha* y *Vitor Gomes* ofrecen una manera distinta de fundamentar la legitimidad del delito. El contenido del injusto de la norma penal portuguesa, y normalmente en casi todas las legislaciones, consiste en la discrepancia entre el patrimonio y los ingresos y bienes legítimos del sujeto. De acuerdo con este presupuesto, constituye elemento del tipo penal la ausencia de determinación del origen lícito del patrimonio. Se trata de un delito autónomo en el que la ausencia de origen lícito determinado, en cuanto elemento constitutivo del delito, no se confunde con la demostración de la comisión de algún hecho delictivo de naturaleza económica o fiscal (corrupción, malversación de fondos, tráfico de influencias, fraude fiscal). La realización del elemento del tipo no exige, por lo tanto, la prueba del origen ilícito del patrimonio⁽⁴⁵⁾. La criminalización de la conducta tiene un *carácter subsidiario*, dirigido a cubrir las situaciones de incremento patrimonial injustificado que, por dificultades de prueba, no pueden ser encuadradas en un tipo de delito que implique la propia demostración de la ilicitud de la obtención del patrimonio⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Esto viene avalado en Portugal por la existencia de un elemento del delito de acuerdo con la cual el enriquecimiento ilícito es punible "salvo que sea de aplicación una pena más grave en virtud de otra disposición legal". Esto hace suponer que el enriquecimiento ilícito solo se castiga cuando no se puede considerar verificada la práctica de cualquier otro tipo penal que incrimine la proveniencia ilícita de los ingresos o bienes.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. el voto particular de Carlos FERNANDES CADILHA.

En este contexto no es posible afirmar que existe una indeterminación o superposición en relación con el bien jurídico protegido, porque lo que está en juego no es la protección de los bienes o valores que fundamentan la criminalización de otras conductas, sino la responsabilidad penal por la existencia de situaciones objetivas de enriquecimiento desproporcionado en relación con los ingresos lícitos conocidos o declarados, independientemente de la determinación del hecho ilícito por el cual esos rendimientos llegaran a la disposición del sujeto⁽⁴⁷⁾. Y no se ve que falle aquí la legitimidad jurídico-constitucional de la norma penal, dicen los magistrados discrepantes. El bien jurídico que parece pretender protegerse es la *transparencia de las fuentes de ingresos*, que en algunos ordenamientos jurídicos encuentra concreción especialmente a través de la obligatoriedad de declaración de los ingresos a los efectos del control público la riqueza de los titulares de cargos públicos⁽⁴⁸⁾. La ocultación del origen del patrimonio o ingresos de los titulares del poder público o de los intervinientes en la gestión de los bienes y servicios públicos puede poner en peligro la confianza o credibilidad del Estado ante la comunidad y la capacidad de intervención para la realización de las finalidades que le están encomendadas (bien jurídico mediato). Esto es lo que legitima al legislador a imponer la transparencia de la situación patrimonial de las personas a quienes les incumbe funcionalmente preparar, manifestar o ejecutar la voluntad del Estado (bien jurídico inmediato)⁽⁴⁹⁾.

La transparencia de la situación patrimonial de los titulares o agentes del poder público es, por sí mismo, fuertemente incentivadora de la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad o probidad de su actuación. La confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, y especialmente en la capacidad del Estado para hacer cumplir sus normas por parte de los que les sirven, es un factor crucial de la existencia y cohesión de las sociedades democráticas. La transparencia de la situación patrimonial de los funcionarios públicos, la revelación de la congruencia entre la evolución de la riqueza en el período de la ejercicio del cargo y los rendimientos lícitos conocidos, constituye un medio de promoción o un freno a la erosión de la confianza en la imparcialidad en el ejercicio de las funciones del Estado. Estamos, pues, ante un bien jurídico colectivo, inherente a la organización democrática del Estado, y esto es lo que legitima que los titulares de determinados cargos públicos estén obligados a declarar de bienes e ingresos. La confianza de la comunidad en el sano funcionamiento de las instituciones democráticas es un valor constitucional fundamental y, por lo tanto, un bien jurídico con

(47) Cfr. el voto particular de Carlos FERNANDES CADILHA.

(48) Cfr. el voto particular de Carlos FERNANDES CADILHA.

(49) Cfr. el voto particular de Vítor GOMES.

"dignidad penal". La actuación profesional de los funcionarios públicos tiene que poder ser vista "como determinada exclusivamente con base en criterios propios, adecuados al cumplimiento de las funciones específicas en el marco de la actividad general de Estado, y en la exacta medida en la que los criterios no sean sustituidos o distorsionados por intereses ajenos a las funciones"⁽⁵⁰⁾.

Y no se puede dejar de reconocer que se trata de un bien en sí mismo socialmente relevante, con especial reflejo en la prevención general de la delincuencia económica y fiscal y que, en última instancia, radica en los deberes inherentes a la funcionalidad y justicia del sistema social, sabiéndose que entre los valores y bienes consagrados en la Constitución y los bienes jurídicos dignos de tutela penal no tiene que existir una relación de identidad, sino una relación de analogía material⁽⁵¹⁾. Por tanto, no es constitucionalmente ilegítimo que se pueda construir un delito a partir de la circunstancia fáctica objetiva del enriquecimiento desproporcionado respecto de los ingresos lícitos conocidos o declarados⁽⁵²⁾.

Lo que persigue el delito no es castigar los actos ilícitos generadores del enriquecimiento, hechos que serían o podrían ser siempre punibles de manera autónoma como ilícitos; sino que incrimina la falta de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, ello conjugado con una situación patrimonial desproporcionada en relación con los ingresos de origen lícito conocidos o declarados⁽⁵³⁾. Esto sucede con los cargos públicos sobre los que ya hoy pesa el deber de declarar en términos extrafiscales el patrimonio y los ingresos. La exigencia de transparencia sobre las causas del enriquecimiento, cuya falta de respeto se castiga mediante el delito de "enriquecimiento ilícito", constituye un delito específico que puede cometer un determinado tipo de sujetos a los que la ley impone legítimamente un *deber especial de transparencia*. Tienen un previo deber de comunicar verazmente, lo que obliga a los sujetos de este delito a declarar su patrimonio y fuente de ingresos, algo que se dirige a proteger las condiciones de organización indispensables para la vida en sociedad. Es ese el deber que la desproporción entre la riqueza ostentada y los ingresos lícitos conocidos demuestra que no se ha cumplido, y es esta falta de transparencia la que se pretende castigar penalmente de esta manera. Elemento objetivo del tipo es la adquisición, tenencia o posesión de bienes sin origen lícito conocido, lo que objetivamente

⁽⁵⁰⁾ Cfr. el voto particular de Vítor GOMES.

⁽⁵¹⁾ Cfr. el voto particular de Carlos FERNANDES CADILHA.

⁽⁵²⁾ Cfr. el voto particular de Vítor GOMES.

⁽⁵³⁾ Cfr. el voto particular de Vítor GOMES.

no implica que el tipo presuma el origen ilícito del patrimonio o de los medios con los que fue adquirido⁽⁵⁴⁾.

3. El enriquecimiento ilícito como delito de omisión

Otra posibilidad de soslayar el problema de la inversión de la carga de la prueba consiste en configurar el enriquecimiento ilícito como un *delito de omisión pura*. El delito no castiga el comportamiento activo de enriquecerse o aumentar el patrimonio, sino el comportamiento omisivo consistente en no justificar el origen del patrimonio. No se presume que el funcionario haya cometido un delito con el que ha incrementado su acervo patrimonial, sino simplemente se castiga que no explique razonablemente de dónde proceden los bienes. La situación típica está integrada por la existencia de un incremento en el patrimonio del funcionario. La omisión de la conducta debida consiste precisamente en la infracción del deber de justificar en todo momento dicha situación patrimonial. Esta parece ser una opinión que se sostiene con base en la redacción legal del delito en Argentina, que castiga al que “al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”. Asimismo se observa en la legislación de algunos Códigos penales de los Estados Unidos Mexicanos. Por ejemplo, el art. 133 CP del Estado de Colima castiga al “servidor público que no acredite el aumento lícito de su patrimonio”⁽⁵⁵⁾.

Así concebido el delito, se cuestiona si protege algún bien jurídico o simplemente se trata de un delito de infracción de deber. Algunos entienden que el único posible bien jurídico protegido sería algo así como la *buena fama de los funcionarios públicos*, que constituye el presupuesto de la confianza pública en la administración y, en consecuencia, del buen funcionamiento de la misma⁽⁵⁶⁾. Hernández Basualto critica que se esté protegiendo este bien jurídico, pues la mencionada buena fama de los empleados públicos no se tutela sancionando ataques injustificados contra la misma (como es normal en los delitos contra el honor, ni contra determinadas actuaciones ilícitas del funcionario que la lesionen), sino reprimiendo al afectado de los ataques que no es capaz de demostrar en todo momento su rectitud. Ahora bien, frente

(54) Cfr. el voto particular de Vítor GOMES.

(55) Otros CP de Estados de la República de México pueden verse en CÁRDENAS, Rodolfo Félix, “Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno (Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002)”, en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 32, México, 2004, pp. 363-408, pp. 393-394.

(56) HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *cit.*, p. 209.

a esta crítica también es posible entender que se tutela el ya mencionado bien jurídico consistente en la transparencia de las fuentes de ingresos de los empleados públicos. Siendo esto así, se está castigando al funcionario que no da explicación transparente de cuál es la procedencia de sus bienes.

Con todo, un delito de omisión pura va a plantear algún *problema de aplicación práctica*. Si se concibe como una infracción del deber de declarar la procedencia de los bienes, en caso de que el funcionario explicara completamente el origen de los mismos habría que declarar su impunidad. Pero no, en cambio, si por cualquier otro medio de prueba distinto de la explicación del funcionario es posible acreditar el incremento patrimonial, pues el injusto del delito consiste precisamente en la infracción del deber de explicar dicho incremento. No creo que esta última situación fuera del todo razonable⁽⁵⁷⁾.

VI. NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL PARA HACER FRENTE AL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS: DELITO FISCAL, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y COMISO

El Derecho Penal tiene como misión proteger a la sociedad frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales. De acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, queda limitada la sanción penal a las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. El *principio de necesidad de la intervención penal o principio de intervención mínima* constituye una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido amplio -que abarca los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- o de prohibición de exceso en el ámbito jurídico-penal. El principio de prohibición de exceso constituye un límite al *ius puniendi* estatal, en cuanto que limita la criminalización de conductas que lleva a cabo el legislador mediante la creación de tipos penales. El tipo es el instrumento a través del cual se seleccionan las conductas relevantes para el Derecho penal y se conmina su realización con una pena o medida de seguridad. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, al que se conecta en nuestra disciplina el denominado principio de intervención mínima, desarrolla su función limitadora en el marco del tipo penal a través de los postulados relativos a la naturaleza secundaria -o subsidiaria- y fragmentaria del Derecho Penal.

Así, el principio de intervención mínima comprende el *principio de subsidiariedad* del Derecho penal. Posee éste una naturaleza secundaria en relación con el resto de los medios de protección de bienes jurídicos. El recurso al

⁽⁵⁷⁾ Tampoco considera razonable esta situación HERNÁNDEZ BASUALTO, *Ibidem*, p. 208.

instrumento punitivo ha de tener carácter de *ultima ratio*, presupone siempre la ineffectividad de otros mecanismos de protección menos gravosos para el ciudadano. Sólo está legitimado el recurso a la sanción penal cuando otros medios de control social y otras sanciones de índole civil, administrativa etc., se muestran insuficientes para la tutela de bienes jurídicos⁽⁵⁸⁾. Precisamente la necesidad de introducir el delito de enriquecimiento ilícito requiere valorar si existen medios suficientes para hacer frente a las conductas que castiga.

Podemos decir, en primer lugar, que es necesario explorar las opciones que ofrece el *Derecho administrativo*. Recordemos que existen mecanismos para prevenir comportamientos corruptos, como los consistentes en exigir a los altos cargos públicos que declaren su patrimonio a efectos de su control público. Pues bien, podría ensayarse la opción de establecer infracciones administrativas y sanciones a aquellos altos cargos públicos cuyo patrimonio se incremente y no puedan justificar razonablemente dicho aumento. En este sentido, *Finlandia* estudió tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, pero se estimó que el sistema de control existente sobre los ingresos y activos de los funcionarios públicos ya era suficientemente riguroso⁽⁵⁹⁾. Algún país ha declarado que se consigue un efecto similar a la penalización del enriquecimiento ilícito mediante la imposición legal de la obligación a todos los funcionarios públicos de que presenten declaraciones de activos e ingresos y que expliquen todo aumento de su patrimonio que consignen en ellas⁽⁶⁰⁾. Evidentemente, si además de tal incremento patrimonial se observan indicios de la comisión de delitos (cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc.), entonces habrá que dar traslado a la fiscalía para que se proceda a

⁽⁵⁸⁾ Ahora bien, Díez RIPOLLÉS, José Luis, "Exigencias sociales y política criminal", en: *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998, pp. 48 ss., p. 49, ha evidenciado que la mayor implicación del Derecho Penal, en detrimento de otros sectores jurídicos, en la resolución de cuestiones conflictivas ha llevado a una interpretación superficial del principio de subsidiariedad, lo que ha dado como consecuencia que "el resto de las ramas jurídicas deleguen en él la resolución de los conflictos más extremos".

⁽⁵⁹⁾ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de examen de la aplicación. Continuación del segundo período de sesiones. Viena, 7 a 9 de septiembre de 2011 Tema 2 del programa provisional, *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, CAC/COSP/IRG/I/1/1, 7 de junio de 2011, p. 3.

⁽⁶⁰⁾ Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Grupo de examen de la aplicación Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Informe temático preparado por la Secretaría*, CAC/COSP/IRG/2013/6, 22 de marzo de 2013, p. 12.

la investigación penal de los hechos. Únicamente si se comprueba la insuficiencia de este mecanismo administrativo se podría pensar en la vía penal. Con todo, es cierto que la vía administrativa presenta algunos problemas, esencialmente mencionaré dos. El primero se refiere a que la investigación del patrimonio de los empleados públicos no puede realizarse recurriendo a medidas que supongan una vulneración de sus derechos fundamentales. Dichas medidas solo pueden ser ordenadas por un juez y normalmente por vía penal. Así que difícilmente se podrá conocer el patrimonio del empleado público si no consta en fuentes a las que tiene acceso la administración. El segundo problema alude a la imposibilidad de decomisar los bienes que supongan este incremento, a no ser que se establezca un sistema de decomiso administrativo o de otro tipo.

También hemos de mencionar, en segundo lugar, las opciones que ofrece la *normativa tributaria* que recurre al concepto de "ganancia patrimonial no justificada", y que permite sujetar a imposición desajustes evidentes entre el patrimonio que posee un sujeto y el que éste declara. De esta manera se puede ir por esta vía para sancionar al empleado público cuyo patrimonio se incrementa pero no declara este hecho a las autoridades fiscales.

Por último, es necesario mencionar, en tercer lugar, que la vía penal ofrece en algunos países europeos opciones de momento válidas para hacer frente al enriquecimiento no justificado. En efecto, muy conectado con la opción anterior, cobra una importancia especial la estrategia de lucha contra la criminalidad que genera beneficios económicos a través del *delito fiscal o tributario*. Someter a tributación a los beneficios delictivos supone que todos los ingresos, sean lícitos o ilícitos, deben contribuir a la causa pública⁽⁶¹⁾. No declarar las ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone, a su vez, un segundo delito, el de defraudación fiscal. Esta es la que hemos denominado anteriormente *estrategia Al Capone*. Recordemos que el famoso gánster americano Al Capone no pudo ser enjuiciado por sus presuntos delitos de contrabando de licor u otros cometidos en el contexto de una organización criminal, pero sí por no haber declarado ni pagado impuestos por sus beneficios presuntamente ilegales. Pues bien, ésta está siendo hoy día la vía que se utiliza en España para combatir algunos de los casos más sonados de presunta corrupción, en los que, a falta de pruebas de la comisión de delitos contra la Administración Pública, queda claramente probado que un empleado público ha incrementado su patrimonio y, adicionalmente, que no lo ha declarado al fisco. Esto, unido al cumplimiento de los requisi-

⁽⁶¹⁾ Cfr. GALLANT, Michelle, "Tax and the proceeds of crime: a new approach to tainted finance?", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 16 No. 2, 2013, pp. 119-125.

tos del tipo del delito fiscal (en España, por ejemplo, la cuantía de la cuota defraudada, que debe ser superior a los 120.000 euros), puede motivar la imposición de una pena de prisión. Precisamente la cuantía exigida en el delito fiscal es un elemento importante, dado que en muchos países el delito de enriquecimiento ilícito no la contiene, con lo que se puede intervenir penalmente incluso cuando el incremento patrimonial sea poco relevante. En caso de que se decida incluir el delito de enriquecimiento ilícito, éste va a entrar en conflicto con el delito fiscal, en la medida en que castigan prácticamente lo mismo (generalmente el empleado público que incrementa injustificadamente su patrimonio no lo declarará a la administración tributaria) generando un concurso de delitos de difícil solución, salvo que la norma lo resuelva expresamente.

Una laguna importante que surge si se recurre a la estrategia Al Capone se refiere a la posibilidad o no de imponer el *comiso* del incremento patrimonial no justificado. En efecto, la no declaración de los ingresos a la Hacienda Pública y la sanción por delito fiscal o tributario no genera de manera inmediata el decomiso de los mismos, sino a lo sumo la imposición de una multa y la declaración de responsabilidad civil que comprenderá el importe de la deuda tributaria no liquidada. Por lo que puede ocurrir que queden bienes no justificados en el patrimonio del empleado público. Esta laguna sería conveniente cubrirla de algún otro modo, por ejemplo mediante el establecimiento de alguna modalidad de decomiso (administrativo, civil o de otro tipo) que recaiga sobre aquellos bienes que incrementan el patrimonio del empleado público⁽⁶²⁾.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Entiendo que no es legítimo un delito de enriquecimiento ilícito cuyo injusto radique en la protección de los bienes jurídicos menoscabados por las conductas delictivas que incrementan el patrimonio del funcionario público y que recurra a una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en los países europeos no necesariamente va a ser considerado como una vulneración del principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del TEDH⁽⁶³⁾. No se puede aventurar cuál sería la posición del TEDH si se le somete a su consideración esta modalidad delictiva en particular.

⁽⁶²⁾ Es complicado, con todo, imaginar una modalidad de comiso de este tipo, dado que en el delito fiscal los bienes no declarados pueden tener origen lícito.

⁽⁶³⁾ Así ASENSIO MELLADO, José María, "El delito de enriquecimiento ilícito", en: *El notario del siglo XXI*, Publicado el 12 Julio 2010.

Ya hemos visto que este Tribunal admite presunciones en materia penal, si bien han de reunir una serie de requisitos, como que no sean *iuris et de iure*, que sean razonables, que la acusación acredite los elementos base de la presunción y que el imputado pueda aportar prueba en su defensa para destruir los hechos que fundamentan la presunción. Y eso, en principio, se permite en casi todas las legislaciones en las que existe este delito, donde la presunción es claramente rebatible. Recordemos también que este Tribunal suele valorar no tanto el tipo penal que invierte la carga de la prueba, cuanto cómo se aplica por los tribunales nacionales en el caso concreto. Y en este punto creo que sí que pondría el acento el Tribunal europeo, en el sentido de que no consideraría suficiente para condenar a un empleado público la simple prueba de un incremento patrimonial que no puede justificar. Este dato podrá servir como indicio de la comisión del delito que requerirá una investigación más profunda en aras a recopilar más elementos probatorios que permitan llegar a la conclusión de que el empleado público se ha enriquecido ilícitamente⁽⁶⁴⁾. En definitiva, van a ser necesarios más elementos de prueba para fundamentar la condena, como por ejemplo que el funcionario lleve a cabo actuaciones manipulativas, clandestinas, de ocultación de los bienes, falsedades, incumplimientos de normas administrativas, etc.

En última instancia, el TEDH tendrá que valorar cómo se ha configurado el injusto del delito analizado. Pienso que los problemas relacionados con la posible inversión de la carga de la prueba se podrían salvar si el delito no estuviera basado en la presunción de que el empleado público ha "mercadeado" con su cargo, sino en el menoscabo de un *bien jurídico propio claramente identificable*, que en este caso podría centrarse en la licitud y transparencia de los ingresos patrimoniales de los altos cargos públicos. De esta manera no se estaría sancionando un presunto delito previo que no ha quedado probado, sino el menoscabo de un bien jurídico de entidad suficiente para ser protegido por el Derecho penal. A ello quizás habría que incluirle algunos requisitos típicos, como que exista una actividad clandestina y ocultadora de los bienes, la posible inclusión de una cuantía económica mínima, e incluso restringir el círculo de sujetos activos a aquellos altos cargos obligados a declarar sus activos e ingresos a efectos de control público.

Ahora bien, no basta solo con acreditar que existe un bien jurídico merecedor de tutela penal, sino que es preciso también que esté necesitado de esta tutela. Y eso es lo que no parece existir aún en los países europeos. En

⁽⁶⁴⁾ Así es como se ha operado en Argentina, especialmente en el conocido caso *Alsogaray*, cfr. Jorge, "Enriquecimiento ilícito: el silencio de la Corte y las opciones del Congreso", *cit.*, p. 48.

algunos existen normas que obligan a declarar los bienes a los empleados públicos a los efectos del control público de la riqueza de los mismos. En otros el Derecho penal dispone de mecanismos suficientes para la sanción de enriquecimientos no justificados, como el propio del delito fiscal.

**ESTARÍA DE ACUERDO CON LO QUE DICE EL
TRIBUNAL SUPREMO...**

SI NO LO DIJERA EL TRIBUNAL SUPREMO.

**LA CONDENA CONTRA EL JUEZ GARZÓN POR
DELITO DE PREVARICACIÓN***

Antonio Cuerda Riezu
Universidad Rey Juan Carlos
España

SUMARIO:

I. Introducción: en torno al autor de este artículo, a los personajes sobre los que versa y a la resolución objeto de comentario: 1. *El autor de este artículo*. 2. *Baltasar Garzón Real*. 3. *El Tribunal Supremo y los tres procesos contra Baltasar Garzón*. A) La posible prevaricación por las resoluciones sobre desapariciones forzadas del franquismo y el secuestro de menores. B) La acusación por los delitos de prevaricación y cohecho respecto a la financiación de unos cursos en la Universidad de Nueva York. C) El proceso por prevaricación debido a la intervención de las comunicaciones orales entre los acusados del caso Gürtel y sus Abogados defensores, que concluye con Sentencia condenatoria. II. Estoy de acuerdo con la sentencia que condena a baltasar garzón en la necesidad de respetar la confidencialidad entre interno y abogado defensor. III. En lo que no estoy de acuerdo con la sts 79/2012, de 9 de febrero: imposibilidad de predecir la condena al juez gar-

* Trabajo realizado en el seno del proyecto de investigación DER2011-29389, del que soy Investigador principal, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, posteriormente Ministerio de Economía y Competitividad. Publicado inicialmente por la *Revista Española de Derecho Constitucional*, en su número 98, de 2013.

zón: 1. ¿Se trata de una conducta consistente en "dictar" (una resolución judicial)? 2. ¿Estamos ante una "resolución judicial"? 3. ¿Cabe calificar las resoluciones de Garzón de "injustas"? A) Vulnerar un derecho fundamental no siempre constituye delito. B) La escasa calidad de las normas que se consideran infringidas por Garzón. C) El carácter secreto de la intervención de las comunicaciones y la afectación del derecho del interlocutor. D) La posible interpretación literal de que la intervención de las comunicaciones de un recluso puede realizarse -alternativamente y no cumulativamente- bien por orden de la autoridad judicial bien en los supuestos de terrorismo. E) La discutible constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP resulta incompatible con la interpretación generalmente admitida del artículo 51.2 LOGP. F) El vigente Reglamento Penitenciario permite una interpretación sistemática conforme a la cual cabe que un juez autorice las escuchas entre un interno y su Abogado en supuestos delictivos que no sean de terrorismo. G) Una resolución no es injusta por oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4. La inhabilitación para obtener el cargo de ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial. IV. Conclusión parcial: los problemas de tipicidad de la conducta considerada delictiva así como de la pena, dan lugar a la vulneración del principio de legalidad penal.- V. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.- VI. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.- VII. Vulneración del derecho a la segunda instancia.- VIII. Algunos datos de sociología judicial.- IX. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: EN TORNO AL AUTOR DE ESTE ARTÍCULO, A LOS PERSONAJES SOBRE LOS QUE VERSA Y A LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO

1. *El autor de este artículo*

Seguramente que no sería necesario incluir una declaración como la que indico a continuación, pero puesto que la personalidad del Magistrado Baltasar Garzón Real goza en España y el extranjero tanto de filias como de fobias, prefiero aclarar que no tengo una relación de amistad con él ni tampoco abrigo respecto a él ninguna enemistad. Únicamente recuerdo que le saludé con motivo de una conferencia que impartió en mi Universidad con la que inauguró un curso sobre la protección internacional de los derechos humanos, que según he comprobado tuvo lugar el 4 de noviembre de 2003. Y aunque conozco personalmente a alguno de ellos, tampoco soy amigo ni tengo ninguna animadversión contra los Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que le han condenado en la Sentencia (STS) 79/2012, de 9 de febrero, como autor de un delito de prevaricación del art. 446, 3º del Código Penal (CP) a las penas de multa y de once años de inhabilitación

especial para el cargo de juez o magistrado. Efectúo además este comentario a solicitud de mi muy estimado compañero Juan Luis Requejo Pagés, secretario de la prestigiosa *Revista Española de Derecho Constitucional*. Me considero, pues, en condiciones de suficiente imparcialidad como para someter a un análisis crítico la citada Sentencia condenatoria.

2. Baltasar Garzón Real

Estoy convencido de que es inútil presentar al protagonista fundamental sobre el que han recaído los tres procesos incoados contra él por el Tribunal Supremo, en la medida en que es famoso, hasta el punto de que a muchos ciudadanos ajenos al mundo del Derecho les daba la impresión de que era el único juez existente en España, por los innumerables titulares que le dedicaban los medios de comunicación, tanto a favor como en contra. No obstante, ofreceré algunas pinceladas sobre este célebre Magistrado. De 1981 a 1987 Baltasar Garzón fue titular de diversos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, hasta que en 1987 fue nombrado Inspector Delegado de Andalucía en el Consejo General del Poder Judicial (Madrid). A partir del 16 de febrero de 1988 ocupó el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid, donde permaneció investigando (sin llegar a juzgar, esto es, sin imponer Sentencias) más de 22 años, hasta que el Consejo General del Poder Judicial le suspendió provisionalmente de sus funciones jurisdiccionales el 14 de mayo de 2010 por la investigación que había llevado a cabo en la causa sobre los crímenes del franquismo. En ese largo período su actividad jurisdiccional quedó interrumpida en dos ocasiones: la primera cuando en 1993 fue elegido Diputado y ejerció en el Gobierno del PSOE el puesto de Delegado del Gobierno para el Plan nacional sobre drogas, bajo el Ministerio de Justicia e Interior cuyo titular era el también Magistrado Alberto Belloch; y la segunda, desde marzo de 2005 hasta junio de 2006, en la que durante un año y varios meses más obtuvo una licencia de estudios para investigar en la Universidad de Nueva York como *senior fellow* en el *Center on Law and Security* de la Facultad de Derecho y como titular (agregado) de la cátedra de Cultura Hispánica en el Centro Rey Juan Carlos I, de Nueva York, en el área de derechos humanos⁽¹⁾. En el ejercicio de su actividad en la Audiencia Nacional se ocupó de importantes procesos, como el caso Pinochet, el terrorismo de ETA, el caso GAL, diversos procesos contra el narcotráfico, contra Berlusconi, contra Bin Laden, así como por la posible comisión de malos tratos a los detenidos en el penal de Guantánamo, etc. Es posiblemente

⁽¹⁾ Datos ofrecidos por el propio Baltasar GARZÓN, en su libro *La fuerza de la razón*, presentación de Isabel COIXET y prólogo de Manuel RIVAS, Barcelona, 2011, Debate, pp. 27 ss. y 35.

el jurista español vivo más galardonado, ya que ha recibido 22 doctorados honoris causa, 20 de ellos en el extranjero. Una de las máximas que caracterizan su filosofía jurídica es la de obtener el máximo rendimiento -el cien por cien, y no el treinta por cien, ha dicho expresamente- de las normas jurídicas, sobre todo si eso sirve para la protección de las víctimas⁽²⁾. Aunque deseó ocupar el cargo de Fiscal de la Corte Penal Internacional, ha reconocido que está unido por una especie de hilo invisible al cargo de juez central de instrucción de la Audiencia Nacional⁽³⁾. En una ocasión aconsejó a su hijo que fuera “como un grano en «el culo», que a todo el mundo molesta”⁽⁴⁾.

Para centrar históricamente la condena a Garzón conviene advertir que, por su importancia, los asuntos penales de la Audiencia Nacional han estado sometidos al escrutinio continuo y meticuloso de los medios de comunicación y por lo tanto de los ciudadanos, así como al ejercicio de la acción popular por parte de ciertas asociaciones. Esa observación permanente de su trabajo ha determinado que diversos magistrados del orden jurisdiccional penal hayan sido sometidos bien a expedientes disciplinarios, bien a procesos penales por actos realizados en su quehacer profesional, lo que ha determinado su suspensión o su expulsión de la carrera judicial. Así, en 1996 Miguel Moreiras fue suspendido un año por desvelar en una entrevista periodística datos del caso *Argentina Trust* y de la imputación al ex banquero Mario Conde. En 1999 Javier Gómez de Liaño y Botella fue condenado por prevaricación al haber adoptado diversas decisiones en el proceso seguido contra todos los miembros de Sogecable, incluidos Jesús de Polanco y Juan Luis Cebrián; aunque la condena fue confirmada por el Tribunal Constitucional, fue indultado por el Gobierno de Aznar en el año 2000; presentada una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue estimada por la falta de apariencia de imparcialidad de los jueces que le juzgaron, debido a la circunstancia de haber dictado otras resoluciones anteriores en su proceso; Gómez de Liaño abandonó la judicatura y es ahora Abogado. Al dejar en libertad al presunto narcotraficante Carlos Ruiz de Santamaría, alias *El Negro*, los miembros de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal -Carlos Ollero Butler, Juan José López Ortega y Carlos Cezón González- fueron objeto de una querrela presentada por la Fiscalía ante el Tribunal Supremo, que fue

(2) Cfr. Baltasar GARZÓN, *La fuerza de la razón*, cit. p. 47. Sobre su carácter pionero en la utilización de técnicas de investigación antes de que estuvieran previstas en la ley, cfr. *ibid.* p. 53 ss.; y María GARZÓN, *Suprema injusticia. Toda la verdad sobre el final del Juez Garzón*, Barcelona, 2012, Planeta, p. 34.

(3) Cfr. B. GARZÓN, *Un mundo sin miedo*, Barcelona, 2005, Edit. Plaza Janés, p. 48.

(4) B. GARZÓN, *Un mundo sin miedo*, cit., p. 92.

archivada⁽⁹⁾; pero el Consejo General del Poder Judicial les sancionó el 7 de febrero de 2002 con seis meses de suspensión cautelar; aunque el Tribunal Supremo anuló posteriormente esta sanción mediante Sentencia de la Sala Tercera de 1 de diciembre de 2004, ni Cezón ni López Ortega se reintegraron a la Audiencia Nacional, sino que prefirieron formar parte de la Audiencia Provincial de Madrid; solo Ollero Butler volvió a la Audiencia Nacional. En marzo de 2009 el Consejo General del Poder Judicial archivó un expediente disciplinario contra el propio Baltasar Garzón por haber coincidido en una cacería realizada en la provincia de Jaén con el entonces Ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo. Más recientemente, en abril de 2012, Fernando García Nicolás, Presidente de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal, ha sido sancionado por el Consejo General del Poder Judicial debido al retraso padecido en el dictado de una Sentencia. A todos estos casos, hay que unir a aquellos Magistrados (como, por ejemplo, Carlos Bueren) o Fiscales (como Mª Dolores Márquez de Prado o Ignacio Gordillo, entre otros) que han preferido abandonar, según parece voluntariamente, la Audiencia Nacional. Todos estos incidentes ponen de relieve que la condena contra Garzón no es un hecho aislado, sino que cuenta con antecedentes en la judicatura española y, especialmente, entre los jueces que se han dedicado a temas penales en la Audiencia Nacional.

3. El Tribunal Supremo y los tres procesos contra Baltasar Garzón

Desde luego que no tengo que presentar al máximo órgano judicial de la jurisdicción española “en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, que es el Tribunal Supremo, tal y como lo define el art. 123.1 de la Constitución (CE).

Contra Garzón se iniciaron casi simultáneamente tres procesos, por prevaricación y otros delitos, resolviéndose todos ellos por el Tribunal Supremo en el mes de febrero de 2012, los días 9, 13 y 27.

Por cierto, que la simultaneidad de los tres procesos puede afectar a la “resistencia física y moral” del imputado para hacer frente a los mismos. Conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia del caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España, de 6 de diciembre de 1988, criticó que el traslado de Barcelona a Madrid de estas tres personas condenados por el asesinato del Sr. Bultó se realizara de noche, justo en la víspera de su juicio en la Audiencia Nacional de Madrid. El Tribunal dijo en aquella ocasión (§ 70):

⁽⁹⁾ Cfr. ATS de 14 de mayo de 2002.

“Los señores Barberà, Messegué y Jabardo debían encontrarse en un estado de menor resistencia física y moral cuando abordaron un juicio muy importante para ellos, a la vista de la gravedad de las infracciones que les imputaban y de las penas a las que se arriesgaban.

A pesar de la asistencia de sus abogados, quienes tuvieron ocasión de presentar sus argumentos, este hecho, en si mismo lamentable, debilitó sin ninguna duda su posición en un momento crucial en el que necesitaban todas sus facultades para defenderse, y, especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el comienzo del juicio y para ponerse de acuerdo eficazmente con sus abogados.”

Veamos ahora cada uno de estos procesos contra el Magistrado, explicado en sus líneas generales⁽⁶⁾:

A) La posible prevaricación por las resoluciones sobre desapariciones forzadas del franquismo y el secuestro de menores

Tres meses después de la presentación del Proyecto de Ley de la memoria histórica, que se produjo el 8 de septiembre de 2006, y seguramente por la insatisfacción que les originó ese texto, diversas asociaciones encargadas de fomentar la memoria histórica presentaron ante la Audiencia Nacional el 14 de diciembre de 2006 varias denuncias de las desapariciones forzadas realizadas bajo la dictadura franquista. Con posterioridad a esa fecha se presentaron nuevas denuncias, que fueron acumuladas al mismo proceso. Turnado el caso al Juez Garzón, este se declaró competente por Auto de 16 de octubre de 2008, que fue seguido por Auto de 18 de noviembre de 2008. En este segundo Auto de 18 de noviembre de 2008⁽⁷⁾, Garzón añade de oficio⁽⁸⁾, aunque no fue objeto de denuncia, la desaparición de los hijos de presos republicanos, que fueron secuestrados por organismos estatales, benéficos o por el partido único Falange Española Tradicionalista y de las JONS, tanto en España como en el extranjero (en el extranjero operó sobre todo Falange), y a los que se alteró su estado civil para ocultar su

⁽⁶⁾ Para más detalles, cfr. M. TRIGO CHACÓN, *GARZÓN ante la ley y el Tribunal Supremo*, Sevilla, 2011, Edit. Punto Rojo.

⁽⁷⁾ Cfr. el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Magistrado Baltasar Garzón), de 18 de noviembre de 2008, Razonamientos Jurídicos séptimo y octavo, pp. 50-75.

⁽⁸⁾ Se apoya en las siguientes obras: R. VINYES / M. ARMENGOL / R. BELIS, *Los niños perdidos del franquismo*, Barcelona, 2002, Plaza y Janés; y R. VINYES, *Las presas políticas y sus hijas en las cárceles franquistas*, Madrid, 2002, Temas de Hoy. Resulta llamativo que Garzón utilizó un estilo académico, con referencias bibliográficas en notas a pie de página, algo que aunque no está prohibido por la Ley Orgánica del Poder Judicial (vid. el art. 248 de dicha Ley), resulta desacostumbrado en las resoluciones judiciales españolas (no así en las alemanas, por ejemplo).

filiación y permitir así su adopción por familias adictas al régimen franquista. Aunque el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción declaró en su Auto de 18 de noviembre de 2008 su incompetencia en atención a la defunción de todos los imputados, el Fiscal promovió un incidente sobre competencia al amparo del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El referido incidente fue resuelto por Auto de la Sala de lo Penal en pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, en el que declaró la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, es decir, el de Garzón, pero no anuló el primitivo Auto de éste de 16 de octubre de 2008, sino solo “todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008”, salvo las diligencias necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia⁽⁹⁾.

Poco después, el 26 de enero de 2009, el Sindicato de funcionarios públicos “Manos limpias” presentó una querella contra Garzón por un supuesto delito de prevaricación al haberse declarado competente para juzgar determinados delitos del franquismo tras el golpe de Estado de 1936 y en la inmediata posguerra. También presentaron querella por los mismos hechos la Asociación Civil Libertad e Identidad, así como Falange Española de las JONS (el partido único del franquismo), aunque luego este último querellante fue apartado de la causa⁽¹⁰⁾. Sin embargo, la Fiscalía sostuvo a lo largo de todo el proceso la inexistencia de delito, e incluso en el acto del juicio ante la Sala Segunda se permitió expresar sus dudas acerca de si no se estaba asistiendo a un ejercicio del repudiable Derecho penal de autor, en el que se pretendía la condena de Garzón por su identidad personal y no por los hechos que había realizado⁽¹¹⁾. La actitud del Fiscal en el proceso por prevaricación contrasta poderosamente con la que adoptó Javier Zaragoza, también representante del Ministerio Público, durante la instrucción por Garzón del

⁽⁹⁾ El Auto de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, viene acompañado de un Voto particular concurrente, formulado por Javier Martínez Lázaro; y por un Voto particular discrepante, formulado conjuntamente por José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel. Contra los Magistrados de la referida Sala al haber dictado el Auto de 7 de noviembre de 2008 y contra el Fiscal se presentó una querella por prevaricación que fue inadmitida por ATS de 6 de febrero de 2009.

⁽¹⁰⁾ Ante la apertura del juicio oral, Garzón fue suspendido de sus funciones por acuerdo unánime del Consejo General del Poder Judicial de 14 de mayo de 2010, que fue confirmado por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de enero de 2012.

⁽¹¹⁾ Sobre este Informe del fiscal da cuenta el voto particular de D. José Manuel Maza Martín, apartado V.

proceso de las desapariciones forzadas y de los niños secuestrados por el régimen franquista, que fue entonces de una abierta y dura discrepancia⁽¹²⁾.

Este proceso por la posible prevaricación es el primero que se inicia, pero la Sentencia del Tribunal Supremo que le pone fin es la última de las tres, la STS 101/2012, de 27 de febrero⁽¹³⁾. Esta decisión, si bien reconoce la existencia de errores en las resoluciones de Garzón, es absolutoria por entender que el hecho no es constitutivo de prevaricación. La doctrina que se contiene en esta Sentencia sobre el delito de prevaricación es muy diferente de la que se asume en la STS 79/2012, de 9 de febrero, que condenó por el mismo delito a Garzón. Aunque teóricamente la competencia sobre estos hechos les corresponde a los diversos Juzgados de Instrucción en los que aparecen las fosas de los asesinados⁽¹⁴⁾, lo cierto es que muy pocos órganos judiciales han iniciado procedimientos por estos hechos. Por el contrario, el hijo de un fusilado durante el franquismo y otras entidades presentaron en abril de 2010 una querrella en Buenos Aires, a la que se han unido otros querellantes, que fue admitida a trámite por la Jueza argentina María Servini de Cubría, a cargo del Juzgado Federal número 1 de Capital Federal⁽¹⁵⁾, a imagen y semejanza de los procesos que se siguieron en España, instruidos precisamente por Garzón, contra algunos dictadores radicados en Hispanoamérica y otros agentes de aquellas dictaduras.

La Sentencia 101/2012, de 27 de febrero, no sólo despliega sus efectos respecto al acusado, lo que es obvio, sino que además produce otras consecuencias más generales. En cuanto a Garzón, el resultado más beneficioso es que resulta absuelto, porque la "errónea aplicación del derecho no alcanza la nota característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora"⁽¹⁶⁾. Pero aunque ciertamente bastaría poca más argumentación para justificar la ausencia del delito, lo cierto es que la resolución se detiene en concretar con todo detenimiento los errores del Auto de Garzón de 16 de octubre de 2008. Pero si no hay prevaricación, ¿qué sentido tiene que la Sentencia dedique todo un largo Fundamento de Derecho, el tercero, a detallar minuciosamente esas incorrecciones que no llegan a originar una "resolución injusta"? Con una primera valoración, quizás apresurada, cabría pensar que, pese a la

(12) En apoyo del Juez Instructor se publicó un libro coordinado por C. JIMÉNEZ VILLAREJO, *La solidaridad con el juez Garzón*, Córdoba, 2010, Edit. El Páramo.

(13) Esta resolución se completa con el ATS de 15 de marzo de 2012, que aclara la anterior en relación con las cuestiones previas planteadas en el juicio por la defensa de Garzón.

(14) Así lo decidió el ATS de 28 de marzo de 2012.

(15) Vid. el diario *El País*, de 27 de marzo de 2012.

(16) STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 4.

absolución, los Magistrados de la Sala Segunda pretenden de esa manera afeor el comportamiento del Magistrado de la Audiencia Nacional, demostrando que no es tan buen jurista como la mayoría, al parecer, cree. Según esta interpretación, se trataría de *obiter dicta* incluidos en la resolución con la intención, más o menos soterrada, de formular una reprensión pública contra el imputado.

Pero la puesta de manifiesto de los llamados errores de Garzón provoca otro efecto de más largo alcance. Y este es el de que impide que cualquier órgano judicial español vuelva a declararse competente para juzgar estos u otros crímenes del franquismo. La Sentencia declara, por así decirlo: *erga omnes*, que esos delitos o bien están prescritos o bien están amnistiados y, además de lo anterior, sus hipotéticos responsables han fallecido, de modo que la posible responsabilidad penal ha quedado extinguida, con lo que si algún juez o tribunal osara abrir diligencias, se expondría a una nueva querella por prevaricación o incluso a una actuación de oficio por este delito. Esto es lo que explica que prácticamente ningún juez haya querido intervenir en la apertura de fosas con esqueletos de personas asesinadas durante la Guerra Civil y el franquismo. Las expectativas que pudieran albergar las diferentes Asociaciones de la memoria histórica han quedado plenamente frustradas, dándose un sonoro y firme "carpetazo" a cualquier investigación judicial en España sobre estos hechos.

El concepto de prevaricación judicial que adopta esta resolución es de manera resumida el siguiente: la esencia de este delito no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función⁽¹⁷⁾. De la concreción de la lesión del bien jurídico se deriva que no hay resolución injusta, ni tampoco delito de prevaricación, en primer lugar, "allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable"⁽¹⁸⁾; está permitida, pues, la disidencia, incluso respecto al Tribunal Supremo, siempre que esté razonada; y son legítimos asimismo los cambios de opinión del propio órgano judicial debidamente fundamentados⁽¹⁹⁾. Y en segundo lugar, tampoco existe una resolución injusta cuando la resolución cuestionada ha sido objeto de revisión o corrección por parte de

⁽¹⁷⁾ Cfr. STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 7.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

un órgano judicial superior, ya que hay que estar a la resolución del órgano judicial competente para emitir una declaración, que será el superior que entiende de un recurso⁽²⁰⁾.

Esta segunda consecuencia se afirma en la STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3 y 7, indicando que el error del Instructor fue corregido por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al resolver el incidente sobre competencia planteado por el Fiscal. Sin embargo, y como ya se ha indicado, el Auto de la Sala de lo Penal en pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, no anula el primer Auto de Garzón de 16 de octubre de 2008, que es precisamente el único considerado incorrecto por el Tribunal Supremo⁽²¹⁾, sino solo “todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008”, salvo las diligencias necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia.

Incidentalmente tengo que decir que no estoy de acuerdo con la conclusión de la STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3.2, de que los delitos de detención ilegal están prescritos. A mi entender hay que partir de la constatación de que el delito de detención ilegal es un delito permanente. En los delitos permanentes la consumación se produce desde que el bien jurídico es lesionado, pero lo característico es que esa consumación se prolonga mientras dura tal lesión del bien jurídico. El momento en que cesa la consumación es generalmente denominado “terminación”⁽²²⁾. Consumación y terminación no coinciden temporalmente en los delitos permanentes. Así en el secuestro del funcionario de prisiones José Antonio Ortega Lara, la consumación se produce en el primer momento en que éste es privado de libertad y se prolonga hasta el momento de la terminación, que se produjo 532 días después, una vez que fue liberado por la Guardia Civil.

Mientras dura la consumación -y antes de la terminación- en los delitos permanentes se producen efectos jurídicos, siendo los más importantes: primero, que durante tal período de tiempo la agresión es actual y cabe contra ella legítima defensa; y segundo, que en esa etapa sigue siendo posible que intervengan diferentes sujetos, los cuales podrán ser responsables a título de autores o partícipes.

⁽²⁰⁾ Cfr. STS 101/2012, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 7.

⁽²¹⁾ Vid a este respecto el Voto particular disidente del Magistrado Jose Manuel Maza Martín, apartado IV, que disiente en este punto de la Sentencia mayoritaria, y que considera que son prevaricadores tanto el primer como el segundo Auto de Garzón.

⁽²²⁾ Cfr. al respecto S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Barcelona, 2011, Edit. Reppertor, p. 361, quien utiliza como sinónimo de terminación la expresión “agotamiento del delito”.

El artículo 132.1 del Código Penal vigente establece que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en los delitos permanentes consiste en el día en que se eliminó la situación ilícita. Si trasladamos ese momento de la eliminación de la situación ilícita a la figura delictiva de la detención ilegal, ese *dies a quo* equivale a la fecha de terminación del delito, no a la de consumación. JESCHECK / WEIGEND expresan lo siguiente: “el plazo para instar la persecución penal [...], así como el de la prescripción del delito [...], comienza ya con la terminación del hecho”⁽²³⁾.

La terminación puede producirse por muy diferentes razones. Así, por ejemplo, la terminación de una detención ilegal se puede originar por la liberación de la víctima por parte de los captores, por la huida de la propia víctima, por la muerte de ésta...⁽²⁴⁾.

Una vez delimitados los conceptos de consumación y terminación, es conveniente distinguir entre el problema de Derecho material consistente en la determinación temporal de una fase del *iter criminis* y el problema de Derecho procesal que estriba en saber si ese momento puede ser acreditado con los diferentes medios de prueba. Así, es posible que objetivamente se haya producido la terminación, pero que no sea posible probarla de manera fehaciente; eso ocurriría si la víctima de la desaparición forzada ha fallecido mientras estaba en cautiverio y se ha hecho desaparecer el cadáver, pero el dato del fallecimiento no es conocido ni trasciende al exterior. En tal caso, en tanto se conoce que se ha producido una privación de libertad de movimientos, pero no es público ni notorio que tal privación de libertad haya concluido, hay que entender que la consumación se sigue produciendo y que la terminación, por tanto, no ha tenido lugar. Esto no constituye una presunción en contra del reo, sino simplemente la relación en el ámbito de la prueba entre lo notorio y lo desconocido.

⁽²³⁾ H.-H. JESCHECK / Th. WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Granada, 2002, Edit. Comares, trad. de M. OLMEDO CARDENETE, p. 557. En sentido similar S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., cit., p. 782: en los delitos permanentes el comienzo del plazo de prescripción empieza a contar a partir de la “cesación del estado antijurídico mantenido”.

⁽²⁴⁾ La muerte del detenido no es, pues, como sin embargo opinaba el Fiscal Javier Zaragoza en el proceso por las desapariciones forzadas, un “fenómeno extratípico” sino una de las posibilidades de que el delito alcance la fase de terminación. Coincide con esta opinión del Fical, A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2009, Edit. Atelier, pp. 161-163, quien señala (p. 162) que “la argumentación de que el delito se sigue cometiendo, cuando ya están muertos los acusados, parece algo surrealista”.

Pues bien, si procesalmente no cabe dar por acreditada la terminación del delito, entonces no es posible iniciar el cómputo de la prescripción. El cómputo se iniciará con la apertura de las fosas y el descubrimiento e identificación de los esqueletos de los asesinados.

B) La acusación por los delitos de prevaricación y cohecho respecto a la financiación de unos cursos en la Universidad de Nueva York

Como ya he indicado, desde marzo de 2005 hasta junio de 2006, Garzón obtuvo una licencia de estudios para ejercer funciones en la Universidad de Nueva York como *senior fellow* o coordinador en el *Center on Law and Security* de la Facultad de Derecho y como titular (agregado) de la cátedra de Cultura Hispánica en el Centro Rey Juan Carlos I, de Nueva York, en el área de derechos humanos. Según sus declaraciones no fue patrocinador, sino coordinador de las actividades, por lo que no ejerció ningún control sobre la financiación de los cursos⁽²⁵⁾. Al volver a España se presentó una querella contra responsables del Banco Santander, que correspondió por turno al Juzgado Central de Instrucción de Garzón. Este inadmitió la querella a trámite por Auto de 27 de noviembre de 2006, Auto que fue confirmado tanto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.

La primera querella que se presentó contra Garzón alegaba que la inadmisión de la querella contra los responsables del Banco Santander obedecía al agradecimiento por el patrocinio de esta entidad a los cursos coordinados por el Magistrado. Dicha querella contra el Magistrado originó la causa especial ante el Tribunal Supremo 3/20296/2008, archivada mediante ATS de 2 de febrero de 2009. Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo remitió la resolución al Consejo General del Poder Judicial para que este órgano de gobierno de los jueces dictaminara si había incompatibilidad entre el sueldo recibido en España y el percibido en los Estados Unidos. El Consejo rechazó la incompatibilidad y archivó el expediente.

El 12 de junio de 2009 se presentó una segunda querella contra Garzón por los mismos hechos, pero con la adición de que el Magistrado había solicitado personalmente los fondos. El Tribunal Supremo admitió esta nueva querella por Auto de 28 de enero de 2010, al entender que los hechos no eran idénticos. Finalmente el Auto de 13 de febrero de 2012 descarta que estos hechos puedan constituir los delitos de prevaricación, cohecho propio, extorsión o asociación ilícita. Se afirma que lo que se cometió fue el delito

(25) Cfr. B. GARZÓN, en su libro *La fuerza de la razón*, cit., p. 170.

de cohecho impropio (admitir dádiva o regalo en consideración a la función de la autoridad o funcionario público o para la consecución de un acto no prohibido legalmente), pero se declara prescrito por haber transcurrido más de tres años (tres años y 25 días) desde la comisión de los hechos hasta la presentación de la querella, tal y como había solicitado el Fiscal.

C) El proceso por prevaricación debido a la intervención de las comunicaciones orales entre los acusados del caso Gürtel y sus Abogados defensores, que concluye con Sentencia condenatoria

El Magistrado Baltasar Garzón tramitaba las Diligencias Previas 275/2008, conocidas como caso *Gürtel* -cinturón en alemán, denominación motivada por el apellido del principal imputado Francisco Correa Sánchez- por delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, falsedad, cohecho, asociación lícita y tráfico de influencias. Este procedimiento se ocupaba de un grupo organizado que, a través de un conglomerado de empresas, organizaba eventos oficiales para captar fondos en las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia, gobernadas por el Partido Popular⁽²⁶⁾. Mediante un Auto de 19 de febrero de 2009 el Instructor decretó la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los imputados que se encontraban en prisión provisional, con inclusión de las mantenidas con sus letrados, pues estos “aprovechando su condición pudiesen actuar como «enlace» de los tres mencionados [imputados] con personas del exterior”, pero se matizaba que ello debía realizarse “previniendo el derecho de defensa”, cláusula de cuyo cumplimiento y según explicó a los funcionarios policiales, se ocuparía el propio Magistrado.

Los informes policiales con las transcripciones de las comunicaciones orales incluyeron las conversaciones de los imputados con sus Letrados y solicitaron además una prórroga. En su informe motivado por dicha solicitud de prórroga, el Fiscal indicó que “una parte importante de las transcripciones se refieren en exclusiva a estrategias de defensa y, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento”. El 20 de marzo de 2009 Garzón dictó un Auto de prórroga de intervención de las comunicaciones de los mismos imputados sin atender a la solicitud del Fiscal, indicando eso sí nuevamente la cláusula “previniendo el derecho de defensa”. Pero como el Fiscal recordó en un Informe de 27 de marzo de 2009 su solicitud de excluir las comunicaciones

⁽²⁶⁾ En relación con el caso Gürtel, el Partido Popular presentó una querella por prevaricación en la que acusaba al Magistrado Baltasar Garzón de retener indebidamente la causa al existir un Diputado imputado. Dicha querella, que no tiene relación con la que se indica a continuación en el texto, fue archivada por ATS de 7 abril 2009.

referidas exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa, el Magistrado dictó un nuevo Auto el mismo día 27 de marzo de 2009 por el que ordenó "excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados [...] y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa", lo que se llevó efectivamente a cabo por un funcionario encargado de la tramitación de la causa, siguiendo la orden verbal que le expresó Garzón, quien le expresó además que siguiera a estos efectos las instrucciones del Fiscal que se encontraba en las dependencias del Juzgado. Sin embargo, parece que, si bien se realizó ese expurgo, todavía quedaron en los informes policiales conversaciones que afectaban al derecho a la defensa⁽²⁷⁾.

Contra Garzón se presentaron tres querellas por estos hechos, la primera por el Abogado Ignacio Peláez Marqués, en su propio nombre, pero defensor de uno de los imputados en la causa *Gürtel*; las otras dos, por los también imputados en la misma causa Francisco Correa Sánchez y Pablo Crespo Sabarís. Las querellas consideraban que los hechos eran constitutivos bien de prevaricación judicial (artículo 446.3 CP) bien de colocación de artificios técnicos de escucha y grabación (artículo 536 párrafo 1º CP). La Sala Segunda considera que hay un concurso de leyes en relación de consunción (artículo 8, 3ª CP) entre ambos preceptos y condena únicamente por el delito de prevaricación judicial a las penas de multa de 14 meses (con cuota diaria de 6 euros, esto es, un total de 2.520 euros) y "once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo", así como a las costas procesales.

El concepto de prevaricación que asume esta STS 79/2012, de 9 de febrero, no coincide -como ya he adelantado- con la noción de tal delito que nos ofrece la STS 101/2012, de 27 de febrero, que absolvió al Magistrado en el proceso por las desapariciones forzadas y el secuestro de menores. Esta última, recordemos, aclara que prevaricación no equivale a un error judicial y que no existe tal infracción cuando un precepto permite varias decisiones con los criterios de interpretación posibles, lo que permite tanto cambiar de opinión como disentir incluso del propio Tribunal Supremo, siempre que

⁽²⁷⁾ Cfr. sobre ello la STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 2, apartado 6, y FJ 13, apartado 1, donde se reconoce "la supresión de *algunos* párrafos de las conversaciones intervenidas" (cursiva añadida).

sea de forma motivada; asimismo tampoco constituye una resolución injusta aquella que es revocada por otro órgano judicial superior, en virtud de algún recurso. Pues bien, la presente STS 79/2012, de 9 de febrero, relativa a la intervención de las comunicaciones de los imputados en situación de prisión provisional con sus Abogados, reconoce que “la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP [Ley Orgánica General Penitenciaria], y su relación con el artículo 579 de la LECrim [Ley de Enjuiciamiento Criminal], no ha sido, sin embargo, pacífica”⁽²⁸⁾, lo que parece permitir varias interpretaciones, incluso provenientes algunas de un mismo tribunal, como es el caso del Tribunal Constitucional; pero pese a este carácter no pacífico de la interpretación del precepto legal, la Sala Segunda otorga una especial relevancia al derecho de defensa -como elemento estructural esencial del proceso-, derecho que considera vulnerado por las resoluciones de Garzón, cuando en mi opinión la Constitución no establece una relación jerarquizada de los derechos fundamentales. La prevaricación se concreta en que

“esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la LOPJ [Ley Orgánica del Poder Judicial] y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta, que, estableciendo los límites del derecho fundamental de defensa, rechaza expresamente la interpretación acogida por el acusado, y sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que lo sustentaban, con lo que, valorada en su integridad, se revelaba, a ojos de cualquiera, como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente al derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa”⁽²⁹⁾.

La condena contra Garzón se produjo en primera y única instancia, dado que el Tribunal Supremo, debido al aforamiento del imputado, actuaba como órgano judicial de la primera instancia. Contra esta Sentencia no cabía, por tanto, ni recurso de apelación ni de casación⁽³⁰⁾. Por ello, después del fallo condenatorio, Baltasar Garzón promovió el incidente de nulidad de actuaciones, mediante un escrito de fecha 22 de febrero de 2012. Alegaba en este escrito que la Sentencia condenatoria había vulnerado el principio de legali-

⁽²⁸⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, apartado 3.

⁽²⁹⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 12, apartado 5.

⁽³⁰⁾ EL TS ha estimado el recurso de súplica formulado por la defensa de Garzón contra el Auto de liquidación de condena y ha incluido en el cómputo de la inhabilitación el período de tiempo de casi un año en que sufrió la suspensión cautelar durante el proceso.

dad penal (artículo 25.1 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la dimensión que garantiza una resolución fundada en Derecho; el derecho a un juez imparcial, como una de las garantías del proceso (artículo 24.2 CE); y nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber sido respetada la independencia judicial. Al ser desestimado tal incidente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuyo concreto contenido desconozco, ya que solo he tenido acceso a lo que informaron sobre él los medios de comunicación.

Con posterioridad, la asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades (MEDEL), que agrupa a cerca de quince mil jueces y fiscales de Europa ha solicitado un indulto a su favor, al considerar la condena de una "severidad desproporcionada", y el Magistrado ha expresado que la petición cuenta con su consentimiento⁽³¹⁾. En el momento en que escribo estas líneas la solicitud de gracia no ha sido resuelta, y no es previsible que lo sea antes de que se pronuncie el Tribunal Constitucional, al menos sobre la admisibilidad de la demanda.

En lo que sigue, voy a centrar mi atención en la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo, es decir, la STS 79/2012, de 9 de febrero.

II. ESTOY DE ACUERDO CON LA SENTENCIA QUE CONDENA A BAL-TASAR GARZÓN EN LA NECESIDAD DE RESPETAR LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE INTERNO Y ABOGADO DEFENSOR

Es de sentido común que un juez de instrucción debe respetar la confidencialidad entre un abogado y su cliente. La lógica nos dice que el que investiga la posible comisión de un delito no está legitimado para descubrir las conversaciones entre un letrado y su defendido, porque en tal caso la tarea de investigación del juez no puede ser ya imparcial, en cuanto que va a tender a descubrir más lo que perjudica que lo que beneficia. El famoso Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América Oliver Wendell Holmes (1841-1935) en su voto discrepante a la Sentencia *Olmstead v. United States*, de 1928, declaró lo siguiente:

"[...] el Gobierno no debería utilizar pruebas que solo pueden ser obtenidas, y que de hecho son obtenidas, por medio de una acción ilícita.- [...] Es deseable que los criminales sean descubiertos, y para ese fin deberían utilizarse todas las pruebas disponibles. También es deseable que

⁽³¹⁾ Cfr. Europa Press, 26-6-2012 y Natalia JUNQUERA, "Entrevista a Baltasar Garzón", diario *El País Domingo*, 5-8-2012, p. 7.

el Gobierno no fomenta y pague por la comisión de otros delitos cuando estos son medios a través de los cuales se obtienen las pruebas.- [...] Tenemos que escoger, y por mi parte creo que es preferible que algunos criminales escapen a que el Gobierno juegue un papel innoble [sc., cuando paga por la obtención de pruebas mediante la comisión de algún delito]. [...] no puede establecerse distinción alguna entre el Gobierno como fiscal y el Gobierno como juez. Si el código existente no permite que los fiscales de distrito [*district attorneys*] tomen parte en estos asuntos sucios tampoco permite que el juez consienta que tales iniquidades tengan éxito... [...] Pero si tuviéramos que limitarnos al precedente y a la lógica, de la misma razón que justifica excluir la prueba que ha sido obtenida violando la Constitución parece seguirse lógicamente la exclusión de la prueba obtenida mediante delito por los agentes del Derecho”⁽³²⁾.

Hay que tener en cuenta que al que se le acusa de haber cometido un delito puede -porque así se lo permite el derecho a la presunción de inocencia- incluso mentir o -expresado con un eufemismo- no decir la verdad. Pero si el Instructor se entera por las conversaciones intervenidas de cómo se gesta esa mentira, obviamente va a asumir, porque es propio de la naturaleza humana, un prejuicio sobre la posible culpabilidad del acusado. Por ello se puede estar de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al Juez Garzón cuando, en términos generales, asume que prevalece el derecho constitucional de defensa, y por lo tanto el respeto a la confidencialidad entre abogado y acusado, sobre el deber de investigar la posible comisión de delitos que pesa sobre cualquier juez instructor. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que “el derecho para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio”, indicando a continuación que “toda medida que restrinja los derechos de la defensa debe ser absolutamente necesaria”⁽³³⁾. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería

⁽³²⁾ Oliver WENDELL HOLMES, voto discrepante a la Sentencia *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438 (1928). Vid. *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Estudio preliminar y trad. de César ARJONA SEBASTIÀ, Madrid, 2006, Edit. Iustel, pp. 230-231.

⁽³³⁾ STEDH *Marcello Viola contra Italia*, de 5 octubre 2006, §§ 61 y 62. Menos contundente es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de septiembre de 2010 (asunto *Akzo Nobel Chemicals LTD y Akros Chemicals LTD*), también citada por la STS 79/2012, de 9 de febrero; pero el TJUE solo garantiza la confidencialidad entre abogado y cliente, en el ámbito del derecho de la competencia, cuando la correspondencia está vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, pero si -y solo si- el abogado no está vinculado a su cliente mediante una relación laboral, es decir, si no es un abogado de empresa, sino un abogado externo, lo que en definitiva debilita la protección de esa confidencialidad.

mucha de su utilidad⁽³⁴⁾. Pienso que muchos juristas que se han pronunciado sobre esta resolución llegan de una manera o de otra a coincidir en este presupuesto elemental asumido por la Sala Segunda del Alto Tribunal: el juez no debe escuchar las conversaciones de un recluso con su defensor⁽³⁵⁾. Pero este planteamiento, razonable por sí solo, a mi entender no es capaz de justificar la condena del juez Garzón por un delito de prevaricación. Una cosa es que el Magistrado haya actuado incorrectamente, en lo que estoy de acuerdo, y otra cosa distinta es que esa incorrecta actuación constituya o no un delito, y este último es lo que de inmediato someteré a análisis.

III. EN LO QUE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA STS 79/2012, DE 9 DE FEBRERO: IMPOSIBILIDAD DE PREDECIR LA CONDENA AL JUEZ GARZÓN

El mismo Juez estadounidense Oliver Wendell Holmes decía con mucha razón que lo que pretende un cliente que acude a un despacho de abogados para plantear una duda es que el abogado que le atiende le formule una predicción o profecía sobre lo que puede ocurrirle en sentido jurídico⁽³⁶⁾. Pues bien en la hipótesis de que antes de la condena del Juez Garzón un ciudadano hubiera preguntado a un abogado si la escucha ordenada por un magistrado a un recluso y a su letrado podría ser castigada como un delito de prevaricación, me resulta muy difícil de imaginar que el abogado hubiera contestado con un rotundo sí a la pregunta planteada. La Sala Segunda del Tribunal Supremo que ha expulsado a Garzón de la judicatura opina que existe un delito de prevaricación judicial cuando existe “una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal for-

⁽³⁴⁾ Sobre las normas que protegen los derechos de la abogacía, cfr. J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, “El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, nº 7850, 3 de mayo de 2012, p. 8 s.

⁽³⁵⁾ Cfr., especialmente, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, “Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy”, última lección como Prof. Emérito publicada en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2010-II, p. 240 ss., cuyo hijo fue objeto de las escuchas telefónicas ordenadas en el caso Gürtel por el Juez Garzón. En este sentido están a favor de la STS 79/2012, de 9 de febrero: J. CREMADES, “El «caso Garzón» y el derecho de defensa”, diario *El País*, de 1 de marzo de 2012, pp. 27-28; F. J. MUÑOZ CUESTA, “Delito de prevaricación y contra las garantías constitucionales cometidos por Juez de instrucción al interceptar las comunicaciones entre imputados presos y sus defensas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, abril 2012, p. 14; J. J. GONZÁLEZ RUS, “El «caso Garzón»”, diario *ABC*, de 19 de abril de 2012; K. AMBOS, “Los procedimientos contra Garzón”, diario *El Mundo*, 24 de febrero de 2012.

⁽³⁶⁾ Cfr. Oliver WENDELL HOLMES, Jr., *La senda del Derecho*, Madrid, 2012, Edit. Marcial Pons, trad. y estudio preliminar de José Ignacio SOLAR CAYÓN, p. 55 s.

ma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho"⁽³⁷⁾. ¿Es cierto que la resolución del Magistrado no puede ser explicada mediante ninguna interpretación razonable empleando los métodos admitidos en Derecho? Veámoslo.

1. ¿Se trata de una conducta consistente en "dictar" (una resolución judicial)?

Empezaré por el principio: el verbo "dictar" no debe ser interpretado necesariamente, según indica el Diccionario de la Real Academia Española como el acto de "decir alguien algo con las pausas necesarias o convenientes para que otro lo vaya escribiendo"⁽³⁸⁾. También "dicta" el que escribe por sí mismo la resolución formal y después la suscribe; el que expresa oralmente la resolución y luego la redacta de su puño y letra, y la firma⁽³⁹⁾; el que redacta un borrador de resolución por sí mismo pero que luego transcribe al ordenador otra persona y la firma en papel el primero; o el que firma la resolución colegiada y escrita personalmente por el ponente. Ahora bien, la actividad jurisdiccional no solo consiste en dictar resoluciones, sino que puede ser de muy variada naturaleza sobre todo en el caso de un juez de instrucción. De acuerdo con el artículo 117.3 CE la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁽⁴⁰⁾, aunque la función ejecutiva, llevada a cabo a través de un procedimiento de ejecución, consiste ante todo en un control de la actividad de otros ("hacer ejecutar"): el juez no cobra personalmente las multas, ni retira por sí mismo el carné de conducir, ni conduce en su propio coche al condenado a pena de prisión a un establecimiento penitenciario y le encierra en él: estas actividades son realizadas por otros (la Administración Pública), pero bajo control judicial. Claro que en fase ejecutiva pueden ser dictadas resoluciones -por ejemplo, los Autos de revisión de sentencia debidos a la promulgación de una ley posterior más favorable o los Autos de refundición de condenas del artículo 988 párrafo tercero de la LECrim-, pero no todo lo que ocurre en fase ejecutiva requiere necesariamente dictar una

⁽³⁷⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 5, apartado 2.

⁽³⁸⁾ El ATS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2008, FJ 2, declara lo siguiente: "El CP común aplicable también en este caso para completar el tipo penal del CPM [Código Pernal Militar], utiliza la palabra «dictar» que implica algo más que redactar, en suma se requiere que la redacción esté incorporada al proceso".

⁽³⁹⁾ Art. 245.2 LOPJ: "Las sentencias podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la Ley".

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, edit. Tecnos, pp. 69 y 92, quien correctamente vincula el bien jurídico afectado por el delito de prevaricación a la potestad jurisdiccional definida en la Constitución.

resolución judicial. También pueden ser dictadas resoluciones judiciales en fase de instrucción, pero tampoco es imprescindible que todo lo que realice el juez en esta etapa sea a través de una resolución judicial.

Eso es lo que ocurre en el presente caso, en el que el Juez Garzón dictó el Auto de 27 de marzo de 2009 disponiendo que se excluyeran de la causa las conversaciones entre los imputados y sus Letrados y, a continuación, dio una orden verbal al funcionario de su Juzgado encargado de la tramitación de la causa para que suprimiera los párrafos en cuestión de la transcripción de las conversaciones intervenidas⁽⁴¹⁾. Esa orden verbal dirigida al funcionario no es, desde luego, una resolución, sino el cumplimiento de lo dispuesto en el auto. Luego esa orden verbal no puede constituir la conducta de “dictar” una resolución judicial. Además de que, según la sentencia, la conducta típica es la de dictar los autos de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, y no el de 27 de marzo del mismo año⁽⁴²⁾. Asimismo tampoco cabe imputar al Juez el hecho de que el funcionario no cumpliera completamente la orden recibida, de tal modo que, después de haberla cumplido parcialmente, restara todavía en las actuaciones la transcripción de ciertas conversaciones entre los imputados y sus Abogados; eso supondría imputar a Garzón hechos ajenos, no propios, lo que implicaría una vulneración de la Constitución, en cuanto prohíbe la transmisión de la posible responsabilidad penal de otro⁽⁴³⁾.

2. ¿Estamos ante una “resolución judicial”?

En segundo lugar, hay que examinar el elemento típico objetivo de “resolución judicial”. Puesto que la función de los jueces y tribunales es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así, según se ha dicho antes, lo impone la Constitución en su artículo 117.3, solo son resoluciones aquellas en las que se ejercitan aquellas funciones, es decir, las que tienen carácter jurisdiccional, y no bastan los llamados acuerdos, previstos en el artículo 244 LOPJ⁽⁴⁴⁾. Por el artículo 245.1 LOPJ sabemos que tales resoluciones con carácter jurisdic-

⁽⁴¹⁾ Cfr. la STS 79/2012, de 9 de febrero, hechos probados, último párrafo.

⁽⁴²⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 11, apartado 1.

⁽⁴³⁾ Cfr., con amplias referencias de doctrina científica, jurisprudencia y doctrina del TC, A. CUERDA RIEZU, “El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 62, 2009, pp. 157-209.

⁽⁴⁴⁾ Sin embargo, la STS 333/2006, de 15 febrero, FJ 2, considera que un acuerdo del art. 244 LOPJ puede dar lugar a un delito de prevaricación, lo que a mi entender representa una interpretación extensiva y por lo tanto contraria al principio de legalidad penal. A favor de la tesis de que solo son resoluciones las mencionadas en el art. 245 LOPJ, el ATS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2008, FJ 2.

cional pueden ser providencias, autos o sentencias. En los tipos delictivos de los artículos 446, 3º y 447 el delito recae sobre "sentencia o resolución", mientras que en las figuras de los artículos 446, 1º y 446, 2º lo que se ha de dictar es una "sentencia injusta". Hay que advertir que la resolución es tal "desde la cruz a la raya", es decir, desde el encabezamiento hasta la firma del juez o jueces, y por lo tanto la injusticia de la resolución no tiene que consistir necesariamente en el fallo o aspecto dispositivo, ni tampoco de manera exclusiva en los fundamentos de Derecho; existen supuestos próximos a las falsedades documentales que, a mi entender, pueden dar lugar a prevaricación: también puede ser injusta una resolución por alteración de la fecha de emisión, por dar por probados hechos que no lo han sido o mediante pruebas que no se han practicado, por alterar las reglas sobre la votación, por considerar presentes en la votación a magistrados que realmente no acudieron al acto, etc.

Entre prevaricación administrativa (artículo 404 del CP) y prevaricación judicial hay una cierta relación, ya que ambas consisten en dictar una resolución, resolución que además ha de ser: arbitraria en el caso de la prevaricación administrativa, e injusta, en la hipótesis de la judicial. La condición de juez o magistrado del autor de la prevaricación judicial determina una mayor gravedad de este delito, lo que se traduce en la mayor severidad de las penas del mismo⁽⁴⁵⁾ y en que es punible la prevaricación judicial imprudente (artículo 447 CP), en tanto que no está incriminada la prevaricación administrativa imprudente. No está claro si el juez también puede cometer prevaricación administrativa⁽⁴⁶⁾, pues si bien por un lado puede ser calificado de funcionario público en el sentido amplio que otorga el artículo 24.2 CP a esa denominación, y puede dictar resoluciones no judiciales (por ejemplo, los acuerdos gubernativos), tal resolución no supondría un delito contra la Administración Pública, (sino contra la Administración de Justicia) como ponen de relieve los rótulos tan diferentes de los Títulos XIX y XX del Código Penal. La propia existencia de prevaricación administrativa implica que no hay que agotar la vía administrativa ni además acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque si eso fuera necesario, no existiría ninguna prevaricación administrativa: en todo caso, por el contrario, siempre estaríamos ante una prevaricación judicial si la resolución judicial confirmara la previa resolución administrativa.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. en el mismo sentido, entre otras muchas, la STS 2338/2001, de 11 diciembre, FJ 5.

⁽⁴⁶⁾ La doctrina científica admite tal posibilidad: cfr. R. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, Edit. Tirant lo Blanch, p. 86 y nota 132.

En el ámbito de la prevaricación administrativa la jurisprudencia exige que se trate de un "acto decisorio, que resuelve sobre el fondo del asunto, con eficacia ejecutiva"⁽⁴⁷⁾. No creo que sea exigible un requisito equivalente cuando nos encontramos en el ámbito de la prevaricación judicial, pudiendo cometerse delito al dictar una resolución de trámite, interlocutoria, lo que ocurre con las providencias. Y no lo creo, por la mayor gravedad de la prevaricación judicial: también una resolución interlocutoria puede ser radicalmente injusta y afectar a un importante derecho fundamental.

La resolución judicial no tiene por qué ser firme⁽⁴⁸⁾. Pero a mi entender la resolución prevaricadora ha de producir todavía efectos, lo que no ocurrirá si ha sido suspendida, sustituida o anulada bien por el propio juez que la dictó bien por un órgano jurisdiccional superior. Esto es consecuencia de la existencia de incidentes y recursos que permiten depurar o expulsar del proceso las resoluciones erróneas, pero no prevaricadoras, y por tanto merecedoras simplemente de la consecuencia de la nulidad o al menos de su sustitución. Como indica Juan Córdoba,

"Resultaría un total y pleno absurdo el que toda ilegalidad comportara la injusticia de la Sentencia o resolución y la consiguiente aplicación del tipo del artículo 446 del Código Penal. Es más, corresponde a la lógica del sistema jurídico el entender que el que la ilegalidad de la resolución alcance el grado de la injusticia requerida para la aplicación del artículo 446 del Código Penal debe corresponderse a algo totalmente excepcional. Tanto el dato de que el sistema jurídico prevea un sistema de recursos, como el principio de intervención mínima conducen a entender que únicamente existirá una Sentencia o resolución injusta según el tenor del artículo 446 del Código Penal, en un grupo de supuestos excepcional"⁽⁴⁹⁾.

En sentido similar se pronuncia mi maestro Enrique Gimbernat:

"Junto a estas resoluciones «clamorosas y groseramente» equivocadas, el segundo grupo de casos abarca aquellas otras que *también* infringen alguna disposición legal, pero que sólo constituyen, en palabras del TS, una «mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea o equivocada del Derecho», y que «tienen sus posibilidades de corrección

⁽⁴⁷⁾ Vid. SSTS 443/2008, de 1 julio, FJ 4.2 (lo recoge como opinión de un sector doctrinal); 48/2011, de 2 de febrero, FJ 4.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. en este sentido J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, Atelier, p. 1223.

⁽⁴⁹⁾ J. CORDOBA RODA, "El delito de prevaricación judicial", en J. L. DIEZ RIPOLLÉS / C. ROMEO CASABONA / L. GRACIA MARTÍN / J. F. HIGUERA GUIMERÁ (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, Edit. Tecnos, p. 1225.

en los recursos propios del caso». A estas resoluciones «meramente ilegales» hay que negarles, *en principio*, el carácter de prevaricadoras, tal como ha establecido *expresamente* el TS en numerosas resoluciones: últimamente en el ya citado auto de 21 de septiembre de 2001, donde se puede leer que «tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no basta la constatación de una determinada ilegalidad de una resolución judicial contraria a Derecho para que nos encontremos ante un delito de prevaricación», ya que «entonces sobrarían los recursos y el sistema jurídico que conocemos caería por su base»⁽⁵⁰⁾.

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo asume el criterio de que la resolución prevaricadora no debe haber sido anulada por un tribunal superior en la STS 101/2012, de 27 de febrero, recaída poco después en la causa que absuelve a Garzón de haber cometido prevaricación en el proceso por las desapariciones forzadas y los menores secuestrados durante el franquismo:

“Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración.- La contradicción al derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese «plus» se encuentra en la injusticia de la resolución»⁽⁵¹⁾.

La única diferencia en el presente caso de la Sentencia condenatoria, STS 79/2012, de 9 de febrero, es que en esta la sustitución de la resolución que se considera prevaricadora⁽⁵²⁾ no se debe a un recurso del abogado. Lo que sí existe es un informe del fiscal en el que solicita la exclusión de las conversaciones, y tal exclusión se produce mediante el Auto de 27 de marzo de 2009. Luego no se entiende que unos autos que ya no producen plenos efectos, como son los de 19 de febrero de 2009 y 20 de marzo de 2009, por haber sido sustituidos por el de 27 de marzo de 2009, que ordena la exclusión de las transcripciones de las conversaciones entre los imputados y sus

⁽⁵⁰⁾ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, 2009, Edit. La Ley, p. 142 (cursivas en el original).

⁽⁵¹⁾ STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3; de manera similar en FJ 7.

⁽⁵²⁾ La STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 13, apartado 8, considera que la conducta prevaricadora es única y no hay delito continuado, con el argumento de que tras el Auto de intervención de las comunicaciones de Garzón de 19 de febrero de 2009, el segundo Auto de Garzón, de 20 de marzo de 2009, solo supone la prórroga temporal del primero.

letrados, puedan suponer ese “plus” adicional de contrariedad a Derecho y sean reputados prevaricadores.

3. ¿Cabe calificar las resoluciones de Garzón de “injustas”?

Aunque este elemento normativo es el más difícil de precisar, no parece que el Código Penal emplee este término en un sentido iusnaturalista, esto es, en el sentido de justicia como valor que trasciende al Derecho. En otros lugares del mismo texto legal aparece el mismo vocablo⁽⁵³⁾ u otros equivalentes, como ilegítimo⁽⁵⁴⁾ o ilícito⁽⁵⁵⁾, y en todos ellos se viene a querer significar más o menos lo mismo: la contrariedad entre un término de comparación (normalmente una conducta) y -como el otro término de comparación- el Derecho; dicho más brevemente, con una sola palabra compuesta: la anti-juridicidad, que escribo a propósito con un guión entre las dos más simples que la integran.

¿Podemos aplicar esa calificación de antijurídicas a las resoluciones de Garzón?

Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo esto es evidente “a ojos de cualquiera”. Pero si esto es en verdad así, ¿por qué la Sala Segunda emplea nada menos que doce fundamentos de derecho -del quinto al décimo sexto- y aproximadamente treinta y dos páginas de su resolución para fundamentar que las decisiones de Garzón son injustas y por lo tanto para sustentar la condena? Algo no debe estar tan claro, cuando se emplea tanto esfuerzo argumental.

A) Vulnerar un derecho fundamental no siempre constituye delito

De entrada tengo que advertir que vulnerar un derecho fundamental no siempre ni necesariamente supone cometer un delito, ya que existen vulneraciones que no dan lugar a delito; y al revés: hay figuras delictivas -por ejemplo, los delitos contra la propiedad o las falsedades que atentan contra

⁽⁵³⁾ En los delitos de coacciones (art. 172 CP) y de prevaricación administrativa (art. 404 CP).

⁽⁵⁴⁾ Así en referencia a la legítima defensa (art. 20, 4º CP), a la reunión o manifestación ilícita (art. 514.4 CP), o al delito contra la libertad religiosa (art. 522, 1º CP).

⁽⁵⁵⁾ En relación con la persona jurídica (art. 66, 2º, b CP), y con distintos delitos, como la recepción de órgano de origen ilícito (art. 156 bis.2 CP), el descubrimiento o revelación de secretos (art. 197.4 CP), el delito relativo a la propiedad intelectual (art. 270.2 CP), el delito relativo al mercado y a la protección de los consumidores (art. 280 CP), el blanqueo de dinero (art. 301.1 CP), el tráfico de drogas (art. 371.1 CP) y el uso de armas (art. 565 CP).

la fe pública- en las que el bien jurídico protegido no reviste la naturaleza de un derecho fundamental. Si vulnerar un derecho fundamental equivaliera siempre a cometer un delito, entonces todo fallo estimatorio de amparo del Tribunal Constitucional contra una resolución judicial debería dar lugar a la incoación automática de unas diligencias por prevaricación, incluso cuando tal resolución procede de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que nunca se ha producido⁽⁵⁶⁾, como demostró en su día Enrique Gimbernat con numerosos supuestos en relación con la sentencia que condenó por prevaricación a Gómez de Liaño⁽⁵⁷⁾.

Por otro lado, como los derechos fundamentales no están jerarquizados, no podemos asegurar a priori que el derecho de defensa prevalece de forma general sobre cualquier otro. Para llegar a tal conclusión es necesario realizar una ponderación *concreta* de los derechos fundamentales que entran en colisión, es decir, prestando atención a las circunstancias particulares del caso. Claro que, al resaltar la importancia del derecho de defensa, lo que se aprecia desde el fundamento jurídico preliminar de la sentencia que examino, esta utiliza la técnica argumental de desviar la atención del lector hacia algo distinto del delito de prevaricación, precisamente al atentado contra el derecho de defensa, concentrando todas los focos sobre él, con la pretensión que resulte así aún más evidente la gravedad de los hechos imputados al Magistrado. El razonamiento deductivo que emplea la Sala Segunda no es el de examinar primero si se dan todos los elementos delictivos de la prevaricación, para concluir que hay en efecto prevaricación, sino el de afirmar en primer lugar que como el derecho de defensa es muy importante, y aquí ha sido vulnerado, *ergo* hay prevaricación, lo que se demuestra en último término porque se cumplen sus elementos.

Pero no hay que olvidar que el delito de prevaricación judicial ataca de forma directa el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración de Justicia⁽⁵⁸⁾, de tal modo que la posible vulneración del derecho de defensa

⁽⁵⁶⁾ Sin embargo la Sala Segunda del Tribunal Supremo parece interpretar que la vulneración del principio de legalidad penal implica la comisión de un delito de prevaricación; así el ATS (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 21 noviembre de 2005, FJ 3, argumenta para rechazar el delito de prevaricación que "las resoluciones objeto de estudio no constituyen un apartamiento del principio de legalidad". En sentido similar ATS de 15 de marzo de 2012, FJ 4. Por su parte, R. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, Edit. Tirant lo Blanch, p.141, considera que solo es injusta una resolución que -además de impedir el funcionamiento de los órganos judiciales con arreglo a Derecho- "conculca, al mismo tiempo, algún principio constitucional".

⁽⁵⁷⁾ Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, 2009, La Ley, pp. 113-115, 129-131 y 149.

⁽⁵⁸⁾ En este sentido, vid., por ejemplo, el ATS de 11 de mayo de 2010, FJ 6.

o de otro derecho fundamental (por ejemplo, el de presunción de inocencia) a través de una resolución injusta solo se produce de forma indirecta.

B) La escasa calidad de las normas que se consideran infringidas por Garzón

La contradicción entre las resoluciones de Garzón y el Derecho se concreta, según la Sentencia que expulsa a Garzón de la judicatura, en que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones entre los letrados y sus clientes, de acuerdo con las normas que los regulan. Tales normas son el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP).

Para examinar si la intervención en un derecho está prevista legalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de "calidad de la Ley", con el que se refiere a los requisitos de forma -como reglas claras y detalladas, accesibilidad de la ley y determinación de las consecuencias que se deriva de la intervención- que ha de reunir una disposición para entender que cumple la exigencia de previsión legal del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, el citado Tribunal Europeo ha criticado la manera en que están previstas en España las escuchas telefónicas y de las comunicaciones. Así la STEDH *Valenzuela Contreras contra España*, de 30 julio de 1998, aunque "es consciente de los esfuerzos realizados por el legislador y el poder judicial para introducir, en la legislación y en la jurisprudencia españolas, las garantías exigidas por el Convenio en la materia" (§ 58), declara que "el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema" (§ 61). Y en la posterior STEDH *Prado Bugallo contra España*, de 18 febrero de 2003, "el Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias *Kruslin* contra Francia y *Huvig* contra Francia, para evitar abusos" (§ 30), y reconoce que "estas lagunas han sido señaladas por las jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas. Por esto, además de las disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su Resolución de 18 de junio de 1992 [...], así como el Tribunal Constitucional, consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias" (§ 31); por ello el "Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] constata que, si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía

persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas" (§ 32), de modo que concluye que "ha habido violación del artículo 8 del Convenio" (§ 33). Posteriormente el TEDH ha expresado⁽⁵⁹⁾ que, aunque sería deseable una modificación legislativa para adecuar el régimen de las escuchas a las exigencias del Convenio, tales exigencias han quedado cumplidas por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (españoles), por lo que no aprecia una insuficiencia en la calidad de la ley, entendida esta en sentido amplio.

Las SSTC 202/2001, de 18 de octubre; 184/2003, de 23 de octubre y 26/2006, de 30 de enero, han reconocido que el art. 579 LECrim (en su redacción anterior y en la vigente, dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE, pero en la actualidad tales defectos han quedado subsanados por la doctrina conjunta del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Estas carencias que afectan al artículo 579 LECrim son igualmente predicables del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁽⁶⁰⁾, que según la sentencia que comento también fue infringido por el Juez Garzón. Pues bien, si la calidad de ambos preceptos es, desde la perspectiva de un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, manifiestamente mejorable, no parece tan claro que las Resoluciones de Garzón entraran en contradicción con dichas normas⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ A partir del caso *Abdulkadir Coban contra España*, Decisión de 26 septiembre 2006, y del caso *Fernández Saavedra contra España*, Decisión de 7 septiembre 2010. La posterior STEDH *Alony Kate contra España*, de 17 enero 2012, considera que la queja de vulneración del art. 8 del Convenio carece de fundamento, porque las escuchas fueron declaradas ya ilegales en España.

⁽⁶⁰⁾ De acuerdo con la STEDH *Valenzuela Contreras contra España*, de 30 julio de 1998, § 59, estas carencias son: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas".

⁽⁶¹⁾ El propio autor de las resoluciones declaró en "Reflexión de Baltasar Garzón", en su libro *La lucha contra el terrorismo y sus límites*, Las Rozas (Madrid), 2006, Edit. Adhara, pp. 421-422: "no acaba de entenderse que no se haya procedido ya a las modificaciones legislativas necesarias, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal (escuchas telefónicas)".

C) El carácter secreto de la intervención de las comunicaciones y la afectación del derecho del interlocutor

Me interesa destacar ahora dos aspectos de la intervención de las comunicaciones orales, telefónicas o escritas. Por un lado, que la intervención de las comunicaciones de una persona libre -es decir: que no se encuentra en prisión provisional ni condenada a pena de prisión- se realiza en secreto, ya que se trata de descubrir indicios de que el sospechoso realmente está cometiendo el delito que se investiga, por lo que el descubrimiento no sería posible si el afectado estuviera alertado de que alguien controla sus conversaciones. Por ello, no es posible que el abogado del afectado recurra estas resoluciones que ordenan la intervención, porque las desconoce completamente. Solo cuando se levanta el secreto del sumario o de las diligencias, el abogado del imputado se entera de que ha existido tal intervención, y en ocasiones incluso al leer la transcripción de las conversaciones se percató de que él mismo ha sido escuchado al establecer comunicación con su cliente. Para la defensa, las posibilidades de impugnación de este hipotético medio de prueba se abren después, ante la Audiencia Provincial o ante el Tribunal Supremo. Por lo tanto, las posibles impugnaciones o recursos contra las resoluciones judiciales de intervención, en el momento en que son dictadas, únicamente pueden provenir del fiscal, ya que el abogado solo conoce la intervención cuando esta ha concluido.

Respecto a las personas que se encuentran ingresadas en un establecimiento penitenciario, bien en prisión provisional bien cumpliendo una condena de prisión, los artículos 43.1 y 46, 5ª del vigente Reglamento penitenciario exigen que el Director del establecimiento notifique la medida de intervención de las comunicaciones orales o escritas a la persona afectada⁽⁶²⁾. ¿Rige esta obligación también cuando es el juez quien ordena la intervención de las comunicaciones? Pues no está claro: por un lado, parece que para ejecutar la intervención ordenada judicialmente es preciso -por razones de infraestructura- contar con la participación personal de los funcionarios del establecimiento, por lo que el Director va a conocer necesariamente la orden dictada por el órgano judicial; pero por otro lado, el Director tendrá que someterse a lo que le indique la resolución judicial en relación con el mantenimiento o no del secreto de la intervención. En el presente caso no consta que el Director del establecimiento comunicara la medida a los imputados del caso Gürtel.

⁽⁶²⁾ Las SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6 y 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2, exigen tal notificación.

Por otro lado, las resoluciones que autorizan la intervención de las comunicaciones se dictan normalmente en relación con una persona que resulta sospechosa de haber cometido o de ir a cometer un delito; pero lógicamente, cuando se dictan esas resoluciones, no tiene por qué haber indicios delictivos respecto al o a los interlocutores de esa persona, y lo más normal será que no los haya. En efecto, para que haya una comunicación, tiene que haber al menos dos interlocutores. Pues bien, solo uno de ellos debe despertar las sospechas para que se autorice la intervención; el otro puede aparecer inicialmente, e incluso resultar después, plenamente inocente. Pero sin embargo, también queda afectado su derecho al secreto de las comunicaciones⁽⁶³⁾. Ese otro interlocutor, sobre el que no pesa ningún indicio delictivo, puede ser cualquier persona, incluso un abogado. Pues bien, esta intervención accidental también afecta al derecho de defensa y, sin embargo, en cuanto es fortuita no sería, según el Tribunal Supremo, prevaricadora. Un ejemplo extremo de la posibilidad de afectar a personas sobre las que no existe ningún indicio delictivo es la intervención de una cabina telefónica, desde la que cualquiera puede llamar, supuesto que aparece mencionado incluso en alguna Sentencia del Tribunal Constitucional, sin que le parezca que se incurra por ello en una decisión desproporcionada ni, por tanto, tampoco en una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones⁽⁶⁴⁾.

D) La posible interpretación literal de que la intervención de las comunicaciones de un recluso puede realizarse -alternativamente y no cumulativamente- bien por orden de la autoridad judicial bien en los supuestos de terrorismo

Volvamos ahora al artículo 51.2 de la Ley penitenciaria que, según la sentencia condenatoria del Supremo, ha sido infringido por las resoluciones de Garzón. Este precepto permite que las comunicaciones del interno con su abogado puedan ser intervenidas “por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Sabemos que, para adecuar este precepto al artículo 18.3 CE, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la autorización judicial y en los supuestos de terrorismo son requisitos cumulativos y no alternativos⁽⁶⁵⁾. Ahora bien, desde el punto de vista legal y con el fin de saber

⁽⁶³⁾ La STC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c), reconoce que “el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acto administrativo de intervención”; lo mismo habría que aceptar si la intervención no es administrativa sino judicial.

⁽⁶⁴⁾ Vid. STC 14/2001, de 29 de enero, Antecedente 3.

⁽⁶⁵⁾ Así las SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; y 58/1998, de 16 de marzo, FFJJ 2, 5 y 6. La STS 538/1997, de 23 de abril, FJ 7, recuerda simplemente esta doctrina constitucional.

si la actuación de Garzón constituye o no delito de prevaricación, ¿es indefendible una interpretación literal de la conjunción “y” en sentido disyuntivo en vez de usarla en sentido copulativo? ¿Violento yo de manera intolerable el lenguaje si digo “esta tarde podemos ir al cine y al teatro”, cuando solo tenemos tiempo para ir al cine o al teatro? Creo que no. La conjunción “y” puede ser usada en castellano en sentido disyuntivo, de modo que con este criterio lingüístico sería defendible la intervención de las comunicaciones en la investigación de un delito que no sea de terrorismo, como es el caso que nos ocupa. La Real Academia Española de la Lengua indica al respecto lo siguiente:

“La conjunción copulativa y y la disyuntiva o parecen denotar conceptos antagónicos, pero el hecho de que la disyunción se pueda interpretar como inclusiva acerca a veces el sentido de las expresiones en las que aparecen, sobre todo en los CONTEXTOS GENÉRICOS: *Se entra por esa puerta {y ~ o} por aquella*. Confluyen especialmente ambas conjunciones en enumeraciones abiertas que ilustra, pero no agotan, todas las posibilidades, como en *Borges, Cortázar {y ~ o} Mujica Lainez son grandes escritores argentinos*”⁽⁶⁶⁾.

Esta hipótesis interpretativa permite que las resoluciones valoradas por el Tribunal Supremo no sean consideradas “a ojos de cualquiera” como “un acto de mero voluntarismo” ni, por lo tanto, como prevaricadoras⁽⁶⁷⁾.

E) La discutible constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP resulta incompatible con la interpretación generalmente admitida del artículo 51.2 LOGP

El artículo 51.5 LOGP permite que el Director del establecimiento penitenciario pueda suspender o intervenir motivadamente cualquier tipo de comunicaciones orales y escritas previstas en ese artículo 51 LOGP, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Ahora bien, este artículo 51.5 LOGP no tiene justificación constitucional ni en el artículo 18.3 CE, ni en el artículo 25.2 CE, ni en el artículo 55.2 CE.

No se justifica en el artículo 18.3 CE, ya que la expresión de este precepto “salvo resolución judicial” hay que interpretarla en el sentido siguiente:

⁽⁶⁶⁾ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA / ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Nueva gramática de la lengua española. Manual*, Madrid, 2010, Espasa Libros, p. 614, apartado 31.4.1b.

⁽⁶⁷⁾ En sentido similar: J. M. ASENSIO MELLADO, “La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente”, cit., p. 10; M.-J. DOLZ LAGO, “Condena del juez Garzón por las «escuchas del caso Gürtel»”, *Diario La Ley*, nº 7889, 27 de junio de 2012.

“salvo que lo autorice una resolución judicial”. Ahora bien, si es esta resolución judicial la que puede legitimar una medida -como las escuchas o la apertura de la correspondencia-, que en principio afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, parece obvio que para que produzca ese efecto legitimador de tales medidas, deba producirse con carácter *previo* a las mismas y no *a posteriori*, tal y como sin embargo permite el artículo 51.5 LOGP⁽⁶⁸⁾.

No es posible entender que en materia de derechos fundamentales del condenado a pena de prisión el artículo 25.2 CE se está remitiendo *in toto* a la ley penitenciaria, ya que eso supondría *desconstitucionalizar* plenamente esta materia, de modo que en teoría cabría privar a los reclusos del derecho a la vida, de la protección contra la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, etc. Mediante esta reducción al absurdo cabe comprobar que no se le puede privar al recluso de todos y cada uno de los derechos fundamentales, ya que hay que darle contenido a la primera parte de la declaración constitucional: “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción...”.

Tampoco cabe justificar la potestad del Director de suspender o intervenir las comunicaciones en el artículo 55.2 de la Constitución, en cuanto que este precepto permite suspender el artículo 18.3 CE solo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, en tanto que tal potestad del director de un órgano administrativo se extiende a todos los casos del artículo 51 LOGP, y no solo a los de terrorismo⁽⁶⁹⁾.

A la vista de esta dudosa constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP, resulta llamativo que según la interpretación general del artículo 51.2 LOGP, un Director de establecimiento penitenciario, es decir, un órgano administra-

⁽⁶⁸⁾ La SSTC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c), no entran a examinar la posible inconstitucionalidad de este art. 51.5 LOGP, sino que soslayan el problema mediante el método de apuntalar el precepto interpretando que la expresión “dando cuenta a la autoridad judicial competente” no implica una mera dación de cuenta, sino que implica un verdadero control judicial, pero efectuado *a posteriori* por el juez, lo que en verdad no cumple lo exigido por el art. 18.3 CE.

⁽⁶⁹⁾ Esto diferencia el art. 51.5 LOGP con el art. 579.4 LECrim, ya que este último precepto, en cuanto autoriza la intervención de comunicaciones a órganos administrativos, pero solo en supuestos de terrorismo, sí puede ser considerado como un caso de aplicación del art. 55.2 CE, es decir, como una suspensión de un derecho fundamental prevista constitucionalmente.

tivo, pueda hacer algo que le está vedado a un juez, ya que en supuestos de terrorismo puede ordenar personalmente la suspensión o intervención de las comunicaciones entre un recluso y su letrado⁽⁷⁰⁾ y, solo después de hacerlo, darle cuenta a la autoridad judicial competente. Mientras que -según la opinión dominante y según la Sentencia condenatoria- para que el juez pueda autorizar esas escuchas entre un interno y su abogado debe dictar un auto de intervención que cumpla todas las exigencias constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos antes de que se inicien las escuchas y, además, eso solo sería legítimo en supuestos de terrorismo. Un mundo al revés. Lo lógico sería interpretar el artículo 51.2 LOGP de tal manera que el juez tuviera más -y no menos- potestades que el Director de un centro penitenciario.

F) El vigente Reglamento Penitenciario permite una interpretación sistemática conforme a la cual cabe que un juez autorice las escuchas entre un interno y su Abogado en supuestos delictivos que no sean de terrorismo

Otro argumento sistemático: el art. 46.6 del Reglamento Penitenciario vigente, de 1996, se refiere a las comunicaciones escritas, no a las orales, entre los internos y su Abogado defensor o Procurador, e impone que "sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial", olvidándose por tanto de exigir además y cumulativamente que se trate de un supuesto de terrorismo. Es evidente que el Reglamento no puede modificar a la ley⁽⁷¹⁾, y también es obvio que no hay diferencias entre las comunicaciones orales y las escritas⁽⁷²⁾, pero a la vista de este precepto reglamentario no es tan descabellado interpretar que un juez puede autorizar la intervención de las conversaciones entre un interno y su Abogado defensor cuando el hecho imputado al interno no sea constitutivo de terrorismo.

G) Una resolución no es injusta por oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

⁽⁷⁰⁾ La ahora comentada STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, apartado 6, descarta esta posibilidad con apoyo en una sentencia suya anterior (la STS 538/1997, de 23 de abril); pero de esa manera se olvida que el texto literal inequívoco del art. 51.5 LOGP autoriza al Director del establecimiento penitenciario la intervención a todas las comunicaciones "previstas en este artículo", lo que incluye las mantenidas entre un recluso y su abogado.

⁽⁷¹⁾ Pese a todo, la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 7, menciona esta norma del Reglamento Penitenciario y no le pone ninguna pega constitucional.

⁽⁷²⁾ En el plano constitucional a esta conclusión llega la STC 58/1998, de 16 de marzo.

Ya he indicado anteriormente que el vocablo “injusta” debe ser interpretado en el sentido de antijurídico o contrario al Derecho. Pues bien, dentro de ese concepto de Derecho -que la concreta resolución debe contrariar- no cabe incluir a la jurisprudencia ordinaria o del Tribunal Supremo, ya que por un lado y según prescribe el artículo 117.1 CE los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley (y no al imperio de la jurisprudencia) y por otro lado y de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, la función de la jurisprudencia no es la de servir de fuente del Derecho, sino la de complementar el ordenamiento jurídico con su doctrina reiterada⁽⁷³⁾.

La sentencia comentada indica que “esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la LOPJ) y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta”⁽⁷⁴⁾. Pues bien, no es admisible hacer equivaler la injusticia de la resolución a la no aceptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽⁷⁵⁾. Es más, un delito no puede derivarse de una dudosa ponderación de derechos y deberes no contemplada en la legislación, tal y como hace la sentencia condenatoria, en cuanto que efectúa esa ponderación sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunales cuyas resoluciones producen muy diferentes efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Si una resolución judicial efectúa una incorrecta ponderación de derechos, eso puede tener consecuencias jurídicas, como la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional, pero no necesariamente la de constituir un delito de prevaricación, que supone una contradicción con el Derecho.

Por otro lado, el supremo órgano de la jurisdicción ordinaria condensa la injusticia de las resoluciones del Magistrado en el dato de que las escuchas fueron ordenadas *sin existir indicios* de que los Letrados estuvieran implicados en la comisión de los delitos investigados; si por el contrario hubieran existido indicios de su implicación -lo que ocurrió en el caso de uno de los

(73) Cfr. en este sentido: F. M^a. PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2007, Edit. Universitaria Ramón Areces, p. 113; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6^a ed., Barcelona, 2010, Edit. Atelier, pp. 1226-1227, quien añade que aún menos habrá prevaricación cuando el juez se aparte de los acuerdos no jurisdiccionales. Cfr. además el Voto Particular de José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez a la STS núm. 2/1999 de 15 octubre (caso Gómez de Liaño), en el que informa sobre supuestos reales de desobediencia a la jurisprudencia del TS, que nunca han sido perseguidos como delitos de prevaricación (Sobre el fondo, apartado I, B).

(74) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 12, apartado 5.

(75) En el mismo sentido, J. M. ASENCIO MELLADO, “La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente”, *La Ley Penal*, pp. 5 y 10.

Abogados defensores de un imputado en el proceso Gürtel-, no habría existido delito. De esto se deduce que el tipo del delito se está configurando de la siguiente manera: "El Juez o Magistrado que, a sabiendas, ordenara la intervención de las comunicaciones entre un imputado y su Abogado defensor *sin que existan indicios* de que el Abogado estuviera implicado en la posible actividad delictiva de su cliente ...". Pero, por muy razonable que parezca esto, ¿dónde está la norma penal que contiene ese tipo de delito? No basta para ello con un proyecto de ley⁽⁷⁶⁾ -en una suerte de interpretación *pro futuro* que no aparece en el artículo 3.1 del Código Civil- ni con una doctrina jurisprudencial, sino que es necesario un precepto de una disposición con rango de ley dictada por las Cortes Generales que lo establezca con meridiana claridad, discriminando además entre la ausencia de indicios (lo que daría lugar a la condena) y la existencia de indicios (lo que ocasionaría la absolución). Pero lo cierto es que tal norma penal no existe.

4. La inhabilitación para obtener el cargo de ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial

A mi entender no resulta razonable que se pretenda impedir que el Juez Garzón pueda ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial. Es posible que con esta declaración del fallo⁽⁷⁷⁾ se pretenda impedir que el Magistrado pueda pasar a formar parte del Tribunal Constitucional, ya que este órgano -tal y como lo regula la Constitución en su Título IX- no forma parte del Poder Judicial. Lo mismo ocurre con el Tribunal de Cuentas (artículo 136 CE). Pero la referida declaración, interpretada de forma estricta, va mucho más allá, ya que provoca dos efectos adicionales: en primer lugar, la incapacidad de obtener funciones en tribunales que se encuentran extramuros del Poder Judicial, como es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia; y en segundo lugar, la incapacidad para incorporarse a Tribunales extranjeros o internacionales. Lo primero puede ser considerado anecdótico, pero lo segundo, no, ya que se le está impidiendo por ejemplo ser juez en alguno de los Tribunales Penales Internacionales. Sin embargo, no le impide, por ejemplo, ser fiscal en dichas Cortes.

Creo que esto excede de la capacidad de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El órgano que se sitúa en la cúspide de la jurisdicción española no puede impedir, por ejemplo, que cualquier Estado Parte en el Estatuto de

⁽⁷⁶⁾ No obstante la STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 9, apartado 1, se apoya también en un Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para fundamentar la condena.

⁽⁷⁷⁾ El fallo de esta STS 79/2012, de 9 de febrero es muy similar al fallo de la STS 2/1999, de 15 de octubre (caso Gómez de Liaño), salvo en las extensiones concretas de las penas.

Roma sobre la Corte Penal Internacional le proponga a Garzón como Magistrado de la misma Corte, de conformidad con el artículo 36.4 del propio Estatuto⁽⁷⁸⁾. La pena de inhabilitación especial solo puede producir efectos en territorio bajo la jurisdicción española y no fuera de ella, sencillamente porque la Sala solo ejerce su jurisdicción "en toda España" (art. 123.1 CE) en los límites marcados por el art. 23.4 LOPJ, pero no más allá de lo dispuesto en ambos preceptos.

IV. CONCLUSIÓN PARCIAL: LOS PROBLEMAS DE TIPICIDAD DE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA ASÍ COMO DE LA PENA, DAN LUGAR A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

De lo examinado hasta ahora se deducen diversos problemas de la tipicidad de la conducta: no se *dicta* una resolución cuando se ordena de palabra su cumplimiento a un funcionario; las resoluciones que constituyen el objeto material del delito no pueden ser prevaricadoras al dejar de surtir efectos, pues son sustituidas por una tercera resolución (el Auto de 27 de marzo de 2009); y por último, con los tradicionales métodos de exégesis jurídica –literal, sistemático, la escasa calidad de la ley que autoriza las intervenciones, las contradicciones entre lo que la ley autoriza a un juez y lo que autoriza a un Director de establecimiento penitenciario, la imposibilidad de que la mera contradicción con la jurisprudencia ordinaria constituya un delito de prevaricación, la indebida extensión de la pena- es sostenible una interpretación contraria a la defendida por el Tribunal Supremo, que por lo tanto privaría del carácter de delictiva a la conducta del Magistrado Baltasar Garzón.

¿Incorre la Sala Segunda en una vulneración del principio de legalidad penal? De acuerdo con la reciente STC 148/2009 de 15 junio, FJ 6, "sólo vulneran el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, así como aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios".

⁽⁷⁸⁾ BOE 27-5-2002.

Afirmar como afirma el Tribunal Supremo que no cabe otra interpretación distinta a la suya, puede ser considerado, a la vista de lo analizado hasta aquí, como ilógico o extravagante. En cualquier caso, la base valorativa de esta sentencia es la de que la Sala Segunda parece querer convertirse en un órgano legislativo que crea Derecho al estilo de los sistemas jurídicos anglosajones; por el contrario, el Tribunal Constitucional nos ha dicho lo siguiente: que “en un ordenamiento jurídico como el nuestro, [...] los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente”⁽⁷⁹⁾, aunque enseguida comprobaremos una excepción en lo que se refiere al precedente propio. De otro lado, en cuanto que la Sentencia condena con la expulsión de la carrera judicial durante un largo período de once años, y no propone ningún indulto, ni siquiera parcial, produce un severo efecto intimidatorio sobre los jueces y magistrados en general, ya que adopta el aire de exigir un obediente acatamiento a su propia jurisprudencia, dando la impresión de que intenta evitar no ya la rebeldía sino incluso cualquier disidencia de los órganos judiciales inferiores.

V. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley ha dado lugar a que en nuestro sistema jurídico se imponga, aunque con matices, la vinculación al precedente propio, no al ajeno. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha exigido en virtud del artículo 14 CE y de la interdicción de la arbitrariedad prevista en el artículo 9.3 CE que “un órgano judicial no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada”⁽⁸⁰⁾. Es decir, que para cambiar de criterio los jueces o tribunales tienen que demostrar que bien el nuevo caso presenta aspectos que lo diferencian de los anteriores, bien que se apartan de su anterior doctrina por razones de peso.

Veamos. En resoluciones que han precedido a esta que estoy comentando, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que la injusticia

⁽⁷⁹⁾ Vid. SSTC 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 37/2012, de 19 de marzo, FFJJ 4 y 5 (reconociendo una excepción en la vía contencioso-administrativa).

⁽⁸⁰⁾ STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3.

de la resolución prevaricadora es un plus respecto de la mera ilegalidad⁽⁸¹⁾, lo que pone de relieve que si la ilegalidad se puede superar a través de las vías del proceso, es decir si la resolución es revocada o suspendida por otra, no cabe condenar por prevaricación. La STS (Sala especial del artículo 61 LOPJ), de 20 de noviembre de 2006, FJ 10, declara con absoluta diaphanidad:

"Las resoluciones pueden no ser conformes a la Ley y, obviamente, no ser constitutivas de delito. No es pues, ese solo dato de que no se ajuste a derecho el que, por si, puede dar sustento material a una querrella. Si fuera así, toda resolución revocada al ejercerse el derecho de las partes al recurso, por ser contraria a ley, permitiría el ejercicio de la acción penal contra los jueces que la dictaron. Ni siquiera el error judicial del que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado aboca necesariamente a la exigencia de la responsabilidad criminal de quienes incurrieron en él"⁽⁸²⁾.

Si se hubiera aplicado esta jurisprudencia anterior a las escuchas del caso Gürtel, el fallo en esta sentencia habría tenido que ser absolutorio.

Y hubiera tenido que ser igualmente absolutorio si se hubiera aplicado a este caso la doctrina sobre la prevaricación pronunciada dieciocho días más tarde en la STS 101/2012, de 27 de febrero, relacionada también con un posible delito de prevaricación imputado a Garzón. Es cierto que, en cuanto que es una resolución *posterior* a la condenatoria, no puede ser alegada desde la perspectiva del precedente que requiere el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley, pero sí podría ser examinada desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva⁽⁸³⁾. Pero en cualquier caso, no cabe

⁽⁸¹⁾ Por ejemplo STS 359/2002, de 26 de febrero; AATS 10 de octubre de 2006; 17 de febrero de 2004, FJ 4; 2 de febrero de 2009, FJ 7 (cumple el requisito de la alteridad, ya que aunque el querellado es también Garzón, el querellante es otro); 15 de marzo de 2012, FJ 3. También incluyen esa misma declaración otras Salas distintas a la de lo Penal (y por lo tanto no serían válidas a los efectos de fundamentar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley): así ATS (Sala de lo Militar), de 24 de febrero de 2009; y STS (Sala especial del art. 61 LOPJ) 20 de noviembre de 2006; así como AATS (Sala especial del art. 61 LOPJ) 20 de diciembre de 2004; 28 de junio de 2005, FJ 4; y 21 de noviembre de 2005. En la doctrina científica, también así M. I. RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, Edit. Tirant lo Blanch, p. 264.

⁽⁸²⁾ En sentido similar: STS 102/2009, de 3 de febrero; ATS (Sala de lo Militar), 24 de febrero de 2009; ATS 2 de febrero de 2009, FJ 7 (la resolución no puede ser calificada de injusta ya que existe al respecto una infracción disciplinaria); ATS (Sala especial del art. 61 LOPJ) 28 de junio de 2004, FJ 4. Sin embargo la STS 2338/2001, de 11 de diciembre, FJ 5, se opone de manera aislada a esta doctrina, al afirmar que "el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal".

⁽⁸³⁾ Vid. al respecto la STC 96/2006, de 27 de marzo, FJ 5.

negar que en el caso de las escuchas se cumplen las tres condiciones que menciona la sentencia sobre las desapariciones forzadas y el secuestro de niños para tal fallo: primera, caben varias interpretaciones sobre el precepto legal aplicado; segunda, las resoluciones de Garzón puede estar motivadas por un disenso respecto a la doctrina del Tribunal Supremo, que ha quedado justificada en la posibilidad de que los Abogados de la causa Gürtel pudieran colaborar como enlace con el exterior; y tercera, ha existido una revocación del auto de prórroga de intervención de las comunicaciones, no por obra de un tribunal superior, sino como consecuencia de una actuación del propio Magistrado Baltasar Garzón, quien dictó el auto de 27 de marzo de 2009, en el que se ordena la exclusión de las conversaciones entre los imputados y sus letrados, dando satisfacción así a la solicitud de una de las partes, a saber, el Fiscal en la causa.

No deja de sorprender que en tan poco espacio de tiempo la Sala Segunda cambiara sustancialmente de criterio.

En la condena al Magistrado Baltasar Garzón sobresale otro dato: algunos magistrados o fiscales que estuvieron de acuerdo con él respecto a la intervención de las comunicaciones no han sido objeto de ninguna persecución penal. Pues bien, es conocida una máxima del Tribunal Constitucional conforme a la que el artículo 14 CE no garantiza la igualdad en la ilegalidad⁽⁸⁴⁾. Pero a mi entender no es posible asumir esta máxima como un dogma de fe. En efecto, la persecución de las infracciones puede ser indudablemente discriminadora, como por ejemplo lo sería la orden de sancionar las infracciones de tráfico que solo hubieran sido cometidas por mujeres o de detener a los ladrones que solo fueran de raza negra. Cabe pues una discriminación, y por lo tanto una vulneración del principio de igualdad, en las persecución de las infracciones legales. Flota en el aire la sospecha -defendida por diversos comentaristas en los medios de comunicación⁽⁸⁵⁾- de que se ha construido una doctrina *ad hoc* para perseguir y condenar a un Magistrado que ejerce su función en la Audiencia Nacional, que se llama Baltasar y que se apellida Garzón Real.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. ATC 367/1996, de 16 de diciembre, FJ 2, con cita de otras muchas resoluciones.

⁽⁸⁵⁾ El periodista Jose Yoldi, experto en temas judiciales, publicó en el diario *El País*, de 28 de febrero de 2012, una información ("Un arúspice en palacio") en la que aseguraba que un magistrado del TS le auguró al propio periodista en abril de 2010 (casi dos años antes) lo que iba a ocurrir con Garzón en cada una de las tres causas, acertando en todo. Esa información no ha sido desmentida por nadie.

VI. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La sentencia sobre las escuchas descarta un error de tipo o de prohibición del artículo 14 CP, indicando que no basta su alegación, sino que “[e]s preciso acreditarlo mediante la prueba de los elementos que permitan establecer que su creencia era mínimamente razonable, es decir, que tenía suficiente consistencia como para inducirle a error.- En el caso, nada de esto se ha acreditado”⁽⁸⁶⁾.

Esto supone una inversión de la carga de la prueba, contraria al derecho a la presunción de inocencia garantizada en el artículo 24.2 CE.

Para condenar debe existir prueba de cargo suficiente y válida sobre la base fáctica de todos y cada uno de los elementos del delito. Y esa prueba le corresponde a quien acusa, no a quien se defiende⁽⁸⁷⁾. Ahora bien cuando se trata de una eximente o de cualquier causa que excluye la responsabilidad penal, su prueba no le corresponde al acusado, porque ello supondría invertir la carga de la prueba. Puede entenderse como razonable que el acusado *alegue* la eximente o causa de exclusión de responsabilidad, pero no es legítimo afirmar que le corresponde la *carga de probarla*⁽⁸⁸⁾. Es a la acusación a quien le corresponde probar que se cumplen los elementos del delito y, en consecuencia, que no se ha producido tal eximente o causa de exclusión o que no se cumplen todos sus requisitos, por mucho que se trate de un hecho negativo.

En caso contrario, por esta vía que asume la sentencia se produciría una inversión total de la carga de la prueba, ya que siempre se podría decir que el acusado alega la falta de tipicidad, la ausencia de antijuridicidad o la inculpabilidad, y que en consecuencia le corresponde la carga de probar la inexistencia de algún elemento del delito y por lo tanto que debe demostrar su ausencia de responsabilidad penal.

⁽⁸⁶⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 13, apartado 7.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. en este sentido SSTC 105/1986, de 21 de julio, FJ 4; 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 44/1987, de 9 de abril, FJ 1; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 1; 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 4; 128/1988, de 27 de junio, FJ 3; 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 3; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6 b); 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 48/2006, de 13 de febrero, FJ 4; entre otras muchas. Si la acusación no asume esa carga, la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado: SSTC 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 1; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6 b).

⁽⁸⁸⁾ Ya sostuve esta idea en A. CUERDA RIEZU, “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 19, febrero 2000, p. 41.

Es evidente que esto no es lo que impone el derecho a la presunción de inocencia.

VII. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA

El argumento para denegar el derecho a la segunda instancia⁽⁸⁹⁾ es que el Protocolo 7 al CEDH restringe ese derecho cuando la persona afectada sea juzgada en primera (y única) instancia por el más alto Tribunal. Pero el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) no establece esa limitación, de modo que el Comité de Derechos Humanos ha emitido varias veces dictámenes contrarios a España por este motivo.

Pero siempre se ha interpretado que el artículo 10.2 CE, que impone la obligación de tener en cuenta las declaraciones, tratados o acuerdos internacionales sobre derechos humanos, debe ser empleado *in bonam partem*, esto es, para beneficiar y no *in malam partem*, esto es, para perjudicar a los ciudadanos. Si la Constitución garantiza un contenido 10 y el tratado un contenido 5 prevalece lógicamente el contenido 10 de la CE. Esto se basa ante todo en el artículo 53 del CEDH que da preferencia a la legislación de los Estados Parte o incluso a la de otros Convenios cuando prevén un contenido más amplio de un derecho fundamental.

Este artículo 53 del CEDH debe regir también entre un Protocolo al CEDH y otro tratado como es el caso. Si otro Tratado, en este caso el PIDCP, no establece la limitación del Protocolo 7 al CEDH, prevalece el PIDCP, y por lo tanto el condenado tiene derecho a una segunda instancia.

VIII. ALGUNOS DATOS DE SOCIOLOGÍA JUDICIAL

A lo largo de la historia del Tribunal Supremo no hay constancia de que este órgano judicial haya incoado tres procesos simultáneos por prevaricación (y otros delitos) contra un mismo magistrado, lo que representa un dato sobre la singularidad de la persecución penal contra Garzón⁽⁹⁰⁾.

Por otro lado, en los procesos seguidos en el Tribunal Supremo por prevaricación, bien en primera instancia bien al resolver recursos, la tasa de condenas es muy reducida. Desde 1999 (año en el que se dictó la sentencia en el caso Gómez de Liaño) hasta la condena a Garzón, lo que comprende

⁽⁸⁹⁾ STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 1, apartado 2.

⁽⁹⁰⁾ Tal vez por eso J. A. MARTÍN PALLÍN publicó un artículo titulado "El prevaricador compulsivo" en el diario *El País*, de 28 de febrero de 2012, p. 29.

un total de 14 años, el número de total resoluciones del Tribunal Supremo⁽⁹¹⁾ sobre la prevaricación judicial es (salvo error u omisión por mi parte) de 80, de las cuales imponen o confirman la condena solo 10, lo que representa el 12,5 por ciento del total. Por el contrario, 70 resoluciones (el 87,5 por ciento del total) ordenan la absolución, la inadmisión a trámite o el archivo del delito de prevaricación judicial⁽⁹²⁾. Frente a estos datos, que permiten suponer un cierto corporativismo entre los jueces, la condena penal a Garzón confirma que ese corporativismo tiene notables excepciones.

Un último dato: en una encuesta de julio de 2012 elaborada por Metroscopia el 68 % desapruueba la institución del Tribunal Supremo, mientras que el 27 % de la población la aprueba⁽⁹³⁾. José Juan Toharia, sociólogo y director de Metroscopia, interpreta que

“la más que probable causa de su descrédito se encuentra en otro lado [sc., distinto a la tradicional acusación de lentitud], en algo aún no del todo olvidado: el caso *Garzón*. Porque -recuérdese- un 61 % de los españoles concluyó que la condena a 11 años de inhabilitación fue por una persecución personal. [...] Conviene advertir que la evaluación pública de la trayectoria del juez Baltasar Garzón era y es claramente controvertida: son tantos los españoles que dicen haber estado, en general, de acuerdo, con sus actuaciones como los que dicen haber estado usualmente en desacuerdo con ellas (en torno al 40 % en ambos casos)”⁽⁹⁴⁾.

Con las instituciones pasa lo mismo que con las personas: lleva bastante tiempo y dificultades merecer la confianza de otro, pero puede resultar sumamente rápido malograr con un traspies esa confianza, mientras que aún es más lento -y no siempre se consigue- el recorrido para recuperar la confianza perdida. Por el bien de todos, sería conveniente que el Tribunal Supremo, como cúspide de la organización de la justicia en España, lograra recuperar la confianza perdida por los ciudadanos de este país.

IX. CONCLUSIÓN

Toda Sentencia judicial es un relato, que tiene un principio y un final, final que consiste en el fallo, que puede consistir en la absolución o en la

(91) Incluyo Sentencias y Autos tanto de la Sala Segunda de lo Penal, como de la Sala Quinta de lo Militar, como, en fin, de la Sala del art. 61 de la LOPJ.

(92) Incluyo en este bloque dos resoluciones que declaran la incompetencia, total o parcial, de la Sala que resuelve.

(93) Fuente Metroscopia y diario *El País*, de 12 de agosto de 2012, p. 18.

(94) J. J. TOHARIA “El desprestigio viene de arriba”, diario *El País*, de 12 de agosto de 2012, p. 18.

condena. La Sentencia que condena a Garzón me recuerda a esas novelas que empiezan por el final, y a partir de ahí desarrollan el argumento. Ocurre por ejemplo, con *Crónica de una muerte anunciada*, de Gabriel García Márquez. Pues bien, me da la impresión de que los autores de la Sentencia han acordado en primer lugar el fallo condenatorio y, una vez decidido eso, han construido la argumentación que debería sustentar tal condena.

En mi opinión, el Tribunal Supremo se ha olvidado de su función de intérprete superior de la ley penal y ha asumido funciones de legislador, creando una ley *ad hoc* para condenar a Baltasar Garzón. No cabe confundir el Palacio de las Salesas con el Palacio de la Carrera de San Jerónimo ni con el Palacio de la Plaza de la Marina Española. Sin embargo, lo que afirma la Sala Segunda respecto a que el derecho de defensa exige el respeto a la intimidad de las conversaciones entre un recluso y su Letrado, me parece plenamente asumible y debería figurar así ante todo en una disposición con rango de Ley orgánica, por afectar a un derecho fundamental.

Para terminar: en relación con el derecho de defensa estaría de acuerdo con lo que dice el Tribunal Supremo... si lo hubiera dicho el legislador.

PREVARICACIONES URBANÍSTICAS Y MEDIOAMBIENTALES EN LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA: UN ANTES (CP DE 1995) Y UN DESPUÉS (LO 5/2010) EN SU REGULACIÓN

Concepción Carmona Salgado
Universidad de Granada
España

SUMARIO:

I. Antecedentes legislativos de la prevaricación urbanística en el cp español de 1995. 1. Modalidades de conducta y sanciones previstas por el antiguo art. 320 CP 1995. 2. Valoraciones críticas. II. Reflexiones sobre la nueva regulación de la prevaricación urbanística del art. 320 del cp español tras la reforma de la lo 5/2010. III. Estudio comparativo entre la antigua normativa del cp español de 1995 y la hoy vigente a raíz de la reforma de 2010 en materia de prevaricación medioambiental (art. 319 cp). IV. Bibliografía común a ambas figuras delictivas

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA EN EL CP ESPAÑOL DE 1995

El nuevo CP español de 1995 introdujo en su art. 320 una regla específica de criminalidad respecto de las autoridades o funcionarios públicos que, *a sabiendas de su injusticia*, informaran favorablemente proyectos de edificación, concedieran licencias contrarias a las normas urbanísticas, o, por sí mismos o, como miembros de un organismo colegiado, resolvieran votar a favor de su concesión. En ambos casos la pena prevista era la establecida en el art.

404 del propio texto punitivo, correspondiente al delito de *prevaricación genérica, cometida por autoridades o funcionarios públicos*; a saber, *inhabilitación especial* para el empleo de cargo público por tiempo de *siete a diez años*, y además, de forma alternativa, *prisión de seis meses a dos años* o *multa de doce a veinticuatro meses*⁽¹⁾.

El citado precepto fue desde entonces objeto de múltiples críticas por parte de un amplio sector de la doctrina⁽²⁾, en cuya opinión dicha regulación tan solo merecía una valoración relativamente positiva, pues si bien era cierto que vino a cubrir la laguna punitiva existente en el derogado CP de 1944 (TR 1973) respecto de determinadas hipótesis que merecían ser penalmente sancionadas en materia urbanística, la técnica empleada por el legislador de 1995 resultó ser sumamente desafortunada, en la medida en que podía suponer un injustificable privilegio a efectos punitivos en determinados supuestos, como tendremos ocasión de comprobar enseguida.

En esta línea de pensamiento, el primer argumento esgrimido en su día como fundamento de esa novedosa inclusión en el nuevo CP español de tales conductas agravadas recayó en la imperiosa necesidad político-criminal de dar una respuesta penal acertada a la actitud de desidia y complicidad, mostrada en demasiadas ocasiones por las Administraciones públicas (estatales, autonómicas o municipales) a través del ejercicio de sus competencias urbanísticas, sobre todo llegado el momento de denunciar y sancionar determinadas agresiones producidas en el entorno urbano, intentando pues asegurar mediante esta previsión legal una específica incriminación de la que debían ser objeto la autoridad y/o el funcionario público como consecuencia de ciertas irregularidades cometidas por ellos en sus respectivas actuaciones, concernientes a esta peculiar materia, sin olvidar los casos en los que sus correspondientes conductas resultaban por sí mismas ya castigadas de forma expresa por otros preceptos del CP. Así las cosas, podía con rotundidad afirmarse que la finalidad pretendida por la mencionada previsión fue la de establecer un régimen autónomo más severo de responsabilidad penal para tales sujetos que el que correspondería aplicar de acudir directamente a tales preceptos. Y, desde luego, pocas observaciones críticas se hubieran podido formular a dicha regulación si se hubiese podido constatar que sus efectos agravatorios

(1) Misma previsión agravadora que, en términos generales, ya recogieron el Proyecto de Nuevo Código Penal español de 1980 y el Borrador de 1992, respectivamente; lo que no hizo en cambio la Propuesta de 1983.

(2) En esta línea crítica, por todos, vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, en particular, pp. 271 y ss.

específicos llegaran a materializarse fehacientemente en la práctica, cuestión bastante alejada de la realidad, como trataré de exponer a continuación⁽³⁾

Y es que, de todos es sabido, que, tanto ayer como hoy, el buen funcionamiento del sistema urbanístico, así como del medioambiental, depende en gran medida del riguroso cumplimiento por particulares y empresas de un sin fin de autorizaciones y mandatos legales de índole administrativa, quienes, a veces, a costa, incluso, de asumir la realización viciada de ciertos actos de esta naturaleza originan el caldo de cultivo que justifica después la ulterior reivindicación político-criminal de proceder a través de un mayor reproche penal contra los órganos de la Administración, los cuales, o bien adoptan decisiones ilícitas (acción), o bien permanecen inactivos (omisión) frente a los comportamientos realizados por unos y otros, que vulneran ese interés jurídico, de carácter administrativo, y no solo de índole penal, que se concreta en preservar y lograr un normal desarrollo del suelo y del entorno urbanístico.

El punto de partida de esta reflexión personal, que formulé a raíz de la reforma de 1995, y que a fecha de hoy aún suscribo, parte de la posición de *garante* que desempeñan la autoridad y/o el funcionario público a la hora de tutelarlos penalmente, ya que, a mayor abundamiento, así lo recoge explícitamente la CE en su art. 47 cuando señala que "los poderes públicos regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación". Partiendo, pues, de la redacción del propio texto constitucional cabe entender que el principio rector en materia de política urbanística se traduce en la idea de que dicha actuación, lejos de entenderse como una mera facultad que les es inherente, debe en cambio concebirse como una *estricta y específica obligación jurídica* que les compete asumir. En consecuencia, creo que los tipos agravados del antiguo art. 320 CP 1995 pretendieron otorgar una particular relevancia a esta especial posición de garante, incluso constitucionalmente reconocida, dado su particular protagonismo en la tarea de preservar el bien jurídico que se encontraba en juego.

Desde esta óptica, y pasado ya el tiempo, cabe ahora pensar que el legislador de entonces no pensó tanto en agravar las correspondientes sanciones como en —al menos— garantizar el reconocimiento expreso de cierta responsabilidad penal especial para los distintos casos que contemplaba el citado pre-

⁽³⁾ Un estudio más detallado de la primigenia regulación penal de los delitos urbanísticos en el CP español de 1995, así como de los múltiples problemas de técnica legislativa y de aplicación práctica a los que dio lugar en su día, puede verse en CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas a algunos delitos urbanísticos", en: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir* (Dir. Díez Ripollés, J. L., y otros autores), Editorial Tecnos, Madrid, 202, pp. 1.205 y ss.

cepto⁽⁴⁾; parca finalidad, que no llegó a cuajar en la práctica por haber recurrido a una técnica legislativa inadecuada, que terminó volviéndose en su contra al producirse un indeseado efecto rebote, que "privilegió", pero no consiguió agravar la pena de sus concretos destinatarios.

No obstante, fuera o no esta opinión personal acertada, lo cierto es que el mencionado artículo contenía una agravación específica de la responsabilidad de autoridades y funcionarios de la Administración pública que hubieran delinquido en este concreto ámbito, y resultaba entonces razonable cuestionarse acerca de su fundamento, máxime cuando dicha agravación no había sido en cambio prevista por el CP de 1995 respecto de otros ilícitos penales, tan relevantes o más que el que ahora nos ocupa. Me refiero, específicamente, a infracciones pertenecientes a sectores tales como el sanitario en general y, dentro de él, al alimentario y al farmacológico en particular, en los que la respectiva posición de garante del facultativo se encontraba igualmente enunciada de forma explícita en la CE. Este diferente régimen jurídico, además de chocante, representaba, sin duda, una laguna legal que constituía un claro ejemplo de trato discriminatorio e injusto en relación a ciertas figuras delictivas de similar estructura técnica a las urbanísticas, aunque de diferente naturaleza por pertenecer a esos otros sectores de la Administración, pues si las conductas cometidas por los facultativos (autoridades y/o funcionarios) que integraban este ramo eran en sí mismas penalmente reprochables en calidad de simples delitos comunes, la conclusión a la que llevaba este doble y diferenciador sistema punitivo era completamente distorsionadora, pues en aquellos momentos no se alcanzaba a entender la necesidad legal de crear nuevas figuras agravadas, solo en materia urbanística, en tanto su existencia generaba graves conflictos interpretativos, basados en juicios de agravio comparativo⁽⁵⁾; a mayor abundamiento, y esta fue una opinión personal que tuve ocasión de manifestar en su día, la presencia de tan exclusivas agravaciones urbanísticas resultaron a la postre ser claramente disfuncionales⁽⁶⁾.

Pues bien, como he dicho antes, pocas observaciones críticas hubieran tenido que formularse a dicha previsión legal agravatoria del antiguo art. 320 CP de 1995 de haber llegado a alcanzar con éxito la consecuencia prevista; esto es, si se hubiera visto realmente incrementada en todos los casos por

(4) En esta línea de pensamiento, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código penal*, en: CPC, 1997, p. 365.

(5) De esta concreta opinión, que suscribo plenamente, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente*, en *Primer Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, El Puerto de Santa María, 1993, p. 192.

(6) Al respecto, CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas..." cit., en particular, p. 1.211.

igual la responsabilidad criminal de esos garantes, dada la importancia del bien jurídico en juego, cuyo contenido material, como es sabido, se concreta en un interés general, que no individual (bien colectivo o difuso), consistente en el compromiso de posibilitar una ordenación racional del territorio y facilitar un adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, lo que representaba un elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social abriendo vías de mejora de la calidad de vida de las personas; argumento que obligaba a recordar que en este ámbito en particular, al igual que sucediera en otros contextos delictivos de similar naturaleza y estructura técnica, el principio de intervención mínima aconsejaba que el Ordenamiento punitivo limitara su actuación sancionadora respecto de las conductas más graves e intolerables que transgredieran la defensa del urbanismo por ocasionar daños irreparables en él, los cuales, por ende, terminaban afectando a la ciudadanía en general. Tales razonamientos, pese a haber sido formulados antaño, resultan perfectamente extensibles a la normativa y situación vigentes en la actualidad.

En definitiva, la relevancia que caracterizaba –y caracteriza– al bien jurídico protegido en el Capítulo Primero del Título XVI, Libro Segundo del CP de 1995 demandaba –y sigue hoy demandado– la contemplación de una responsabilidad agravada para quien, por su especial posición de garante, se hallara funcionalmente encargado por mandato legal de su tutela. No obstante, a mi juicio al menos, el problema central radicaba entonces en el hecho de que si a las dificultades técnicas de las que adolecía el precepto que nos ocupa se le añadía el dato de la carencia de sistemas correctivos a los que someterlo de antemano a efectos de delimitar su ámbito de aplicación práctica, el resultado final no podía ser otro que el de acabar *privilegiando* a efectos punitivos las conductas cometidas por autoridades y/o funcionarios implicados; beneficio punitivo inexplicable y de fácil comprobación si se comparaba la sanción a la que se veían abocados, según indicaciones del antiguo art. 320, con la que hubiera correspondido aplicarles conforme a las reglas generales establecidas por el propio CP en materia de autoría y participación (art. 28).

Sin embargo, y en este mismo orden de ideas, algún autor⁽⁷⁾ negó rotundamente a la sazón la menor gravedad de la pena prevista en el art. 320.1 frente a la que contenía el anterior art. 319 CP, pues, en su opinión, aun siendo cierto que dicho precepto contemplaba de forma acumulativa las sanciones

(7) Así, DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El art. 320.1: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998, p. 172.

de prisión y multa, también lo era que omitía toda referencia específica a la de inhabilitación como principal; omisión legal que, no obstante, era de obligado cumplimiento imponer en todo caso, aunque como mera pena accesorio, dotada de una extensión muy inferior a la que contemplaba el art. 404 para el delito de prevaricación genérica, sin olvidar, además, que al encontrarnos en presencia de comportamientos realizados por autoridades y/o funcionarios públicos respecto de los que semejante sanción (la de inhabilitación especial) tenía entonces -y seguirá teniendo siempre- una particular incidencia punitiva, dados sus efectos claramente disuasorios. Este fue el principal motivo que me llevó en su día a discrepar de dicha opinión, pues, a mi juicio, la comparación a nivel sancionatorio no debía efectuarse entre los antiguos arts. 319 y 320.1 CP, sino entre este último precepto y la pena que correspondía aplicar como consecuencia de la puesta en marcha de las reglas generales del *curso de delitos* entre el art. 319 y el 404 CP; cuestión esta que, a mi entender, resultaba perfectamente factible en determinados supuestos delictivos urbanísticos, que paso a analizar a continuación⁽⁸⁾.

1. Modalidades de conducta y sanciones previstas por el antiguo art. 320 CP 1995

La realización de construcciones o edificaciones que puedan incidir negativamente en el entorno urbano constituye un comportamiento, objeto de una exhaustiva y compleja regulación administrativa, estatal, autonómica, o municipal, que normalmente subordina su legalidad a la obtención de las correspondientes licencias, y es en virtud del principio de unidad del Ordenamiento jurídico que su concesión revierte en la exclusión de responsabilidad penal de los particulares que las solicitan. Se trata de una premisa administrativa en materia urbanística, de orden general, vigente en todas las épocas y lugares del territorio español, cuyo cumplimiento deben respetar los ciudadanos por igual, ya se trate de personas privadas, que no ostentan ni cargo ni autoridad ni título de funcionario público de clase alguna, ya se trate de alguno de estos últimos. Pues bien, dejando ahora al margen los comportamientos irregulares cometidos en este contexto por el primer grupo de sujetos mencionado, es decir, los particulares, cuyas conductas quedan extra muros de nuestra atención en el presente trabajo, centrémonos exclusivamente ahora en las actuaciones llevadas a cabo por el segundo grupo de implicados, tal y como fueron penalmente tipificadas y castigadas por el antiguo art. 319 CP 1995, en

⁽⁸⁾ Cuestiones ya tratadas por mí con anterioridad a este trabajo. Vid. al respecto CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra la ordenación del territorio y el patrimonio histórico" (Lección 28), en: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal, M.), 2ª ed., Editorial Dikynson, Madrid, 2005, pp. 679 y ss.

todo caso supeditadas a la previa contravención de la normativa administrativa protectora de la legalidad urbanística. Me refiero, como es natural, a los comportamientos, originariamente descritos en el referido precepto penal: a saber, *la realización de construcciones no autorizadas en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente, reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que, por los mismos motivos, hayan sido considerados de especial protección (art. 319.1), así como el hecho de llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable (art. 319.2).*

Ahora bien, no esta de más aclarar de antemano, especialmente de cara a excluir la responsabilidad de los particulares -y no sólo la de índole administrativa sino también la de naturaleza penal- la enorme trascendencia jurídica que tenía entonces en este ámbito, y sigue a fecha de hoy teniendo, como no podía ser menos, la concesión de las citadas licencias administrativas, así como la emisión de los correspondientes informes por parte de las autoridades y funcionarios competentes, quedando al propio tiempo patente la especial misión que, como servidores públicos, deben desarrollar en esta materia, motivo este más que suficiente para justificar la existencia de previsiones legales, destinadas a configurar un específico régimen jurídico de sus respectivas responsabilidades, bien administrativas, bien penales.

A esta finalidad político criminal pareció responder el espíritu del legislador penal español de 1995 a través de su art. 320 al señalar que, además de la pena asignada a la prevaricación genérica por el art. 404 CP (*inhabilitación especial* para empleo o cargo público por tiempo de *siete a diez años*), dichas autoridades y/o funcionarios responderían con la pena alternativa de *prisión de seis meses a dos años* o con la de *multa de doce a veinticuatro meses*. Literalmente esta previsión legal no ofrecía reparo alguno y daba muestras de la buena intención del legislador del momento de sancionar con mayor gravedad este tipo de conductas. El problema surgió a la hora de proceder a su aplicación práctica, o, lo que es igual, al comprobarse que esa *específica agravación*, legalmente prevista en concreto y en exclusiva para ellos, no cumplía tal función agravatoria en comparación con la sanción que correspondía en cambio aplicarles, de no haber existido dicha cláusula, simplemente recurriendo al juego de las reglas generales sobre autoría y participación (art. 28 CP). Este fue el gran error de técnica legislativa (en particular, punitiva) que cometió el legislador de 1995 al redactar dicho precepto, seguramente guiado por su mejor voluntad al respecto, pero, en definitiva, fallido en cuanto al logro de los resultados agravantes esperados, pues en esas fechas estaba claro que si no se procedía a limitar de alguna forma su ámbito concreto de aplicación, en ocasiones se producía la consecuencia punitiva contraria a la

deseada, que lejos de incrementar la pena la atenuaba provocando el efecto rebote, antes mencionado.

No obstante lo dicho, podía a primera vista entenderse que el contenido del antiguo art. 320 partía de la base de que la conducta en cuestión ya resultaba punible conforme al delito de prevaricación genérica, tipificado en el art. 404, punición a la que agregaba la doble sanción alternativa con anterioridad citada. Sin embargo, una más detenida reflexión sobre el particular hacía dudar sobre el acierto de esa equiparación punitiva que acogía el mencionado precepto, pues no podía olvidarse que dicha conducta se describía como el acto de *dictar una resolución injusta*, mientras el primer apartado del art. 320 aludía a comportamientos tales como *informar favorablemente proyectos de edificación o conceder licencias contrarias a las normas urbanísticas*. Por consiguiente, era lógico pensar que bajo semejante regulación subyacía una evidente diferencia conceptual entre ambos grupos de hechos típicos, así como que la finalidad político criminal perseguida por el art. 320.1 CP de 1995 no apuntaba tanto a declarar que los supuestos en él descritos fueran por sí mismos directamente subsumibles en el art. 404 al ser constitutivos de algunas modalidades específicas de prevaricación, como la de asignarles la misma pena que entonces correspondía a este delito, a saber: inhabilitación especial de siete a diez años.

Quiero con ello decir que la remisión a este segundo precepto no se llevó a cabo en bloque, sino sólo en lo tocante a los efectos punitivos, en cuyo caso, de ser válida esta interpretación, tal vez hubiera sido más correcto desde un punto de vista técnico que el legislador de 1995 se hubiera limitado a señalar directamente cuál debía ser la pena aplicable a dichas modalidades de conducta, evitando de esta forma un rodeo sancionador innecesario, acompañado del sinfín de dificultades que su exégesis acarreó en aquel momento.

No obstante este planteamiento, de naturaleza puramente formal, resultaba más grave, a mi juicio, la segunda objeción crítica –y ésta sí era una objeción de fondo– que podía esgrimirse frente al antiguo art. 320 CP, a la que ya he hecho anteriormente referencia en este texto, pero cuya mención no tengo inconveniente alguno en repetir, puesto que vino a poner de manifiesto la incoherencia legal existente entre el régimen específico de responsabilidad criminal agravatoria previsto para la mayoría de los supuestos subsumibles en él y el que se desprendía de aplicarles las reglas generales sobre autoría y participación, previstas en el Libro I del CP, a tenor de las que el castigo resultaba a todas luces más severo para ellos, motivo por el que la conclusión crítica entonces alcanzada no podía ser otra que la de calificar de inoperativa y, por ende, de distorsionante la incorporación al nuevo CP por el legislador de

1995 de dicha cláusula agravatoria específica, si bien, y a tenor de lo dispuesto en el art. 319, se hacía imprescindible determinar *a priori* el grado concreto de responsabilidad en la que podía haber incurrido el particular, beneficiado como consecuencia de la concesión de autorizaciones ilegales.

Este último precepto, junto al art. 320, regulaba de forma autónoma, por vez primera en el marco de la legislación penal española, el conocido en entonces como delito urbanístico. Se trataba, en mi opinión, de una infracción de mera actividad cuya consumación no requería resultado material alguno, pese a que cierto sector de la doctrina⁽⁹⁾ admitiera calificarlo como delito de resultado, junto a la figura delictiva tipificada en el art. 319 CP, con independencia de que no se planteara al respecto problema alguno de causalidad o de imputación objetiva, si bien la determinación de su momento consumativo sí que admitía discusión doctrinal, en cuanto había que hacerlo o no coincidir con la fecha de finalización de la construcción o edificación proyectada. De otra parte, tampoco podía olvidarse que el delito en cuestión se compadeecía claramente con la utilización de la técnica relativa a las leyes penales en blanco, de tal modo que su núcleo esencial debía integrarlo la previa contravención de la normativa estatal, autonómica o municipal, encargada en esos tiempos de velar por el mantenimiento de la legalidad urbanística, con la evidente desventaja que esta técnica conllevaba —y conlleva hoy día— en cuanto a la dudosa constitucionalidad de los hechos que regulaba, dado que al no existir ningún tipo de paridad descriptiva por parte de las normas administrativas respecto de las diversas conductas urbanísticas irregularmente cometidas, semejante situación discriminatoria constituía un claro exponente de vulneración del principio de igualdad penal en este contexto⁽¹⁰⁾, del mismo modo que no podía en términos generales afirmarse que el cumplimiento de dicha normativa excluyera de antemano cualquier clase de responsabilidad penal en la que hipotéticamente se hubiera podido incurrir.

La primera de las modalidades de conducta tipificadas por el antiguo art. 319.1 CP de 1995 se concretaba en la realización de construcciones no autorizadas en suelos o en determinados lugares de especial protección jurídica, que tuvieran reconocidos esta particular consideración desde un punto de vista administrativo, siendo en estos casos la pena a imponer la de inhabilitación especial de seis meses a tres años, prisión de seis meses a tres años y

⁽⁹⁾ Por todos, vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales", en: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1247, en particular, nota 5.

⁽¹⁰⁾ Sobre este concreto extremo, con más detalle, vid. CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas..." cit., en particular, pp. 1213 a 1216.

multa de doce a veinte cuatro meses. Se trataba de construcciones realizadas *sin o contra licencia*, es decir, llevadas a cabo al amparo de licencias ilegales en zonas o áreas declaradas de especial protección. La segunda modalidad delictiva, prevista en el apartado 2º de dicho precepto, castigada en cambio con una sanción inferior (inhabilitación especial de seis meses a tres años, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses) a quien realizara edificaciones no autorizadas en suelo no urbanizable, aludiendo nuevamente de esta forma el legislador de 1995 al dato de que hubieran sido ejecutadas sin la preceptiva licencia, o lo hubieran sido al margen de lo preceptuado en ella; dato este al que debía añadirse que no fueran susceptibles de *legalización posterior*, sin desdeñar, por otra parte, la exigencia legal de haberse construido en zonas o áreas carentes de las condiciones normales, precisas para el buen funcionamiento del suelo urbano: a saber, acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, así como suministro de energía eléctrica. Para colmo, esta segunda modalidad de conducta, prevista en el tipo básico del antiguo art. 319.2 CP, se solapaba claramente con ciertas infracciones administrativa de homóloga naturaleza, en la medida en que su consumación no requería en modo alguno, como elemento adicional, ni la producción de un resultado lesivo ni tampoco la de un peligro concreto, sino que se agotaba en la mera constatación del carácter *no autorizable* de la edificación, único requisito que representaba entonces el núcleo del injusto penal.

No obstante, y a diferencia de lo que sucedía respecto del apartado primero de dicho precepto, la expresión “no autorizable”, en lugar de “no autorizado”, permitía excluir de su ámbito los casos en los que las edificaciones realizadas, aunque carentes de la necesaria licencia en el momento de llevarse a cabo, cumplieran en cambio las condiciones exigidas en los respectivos Planes de Ordenación, deviniendo a posteriori subsanable su originaria ilegalidad mediante la solicitud de la correspondiente autorización administrativa, que podían de igual modo excluirse del tipo los supuestos en los que, pese a existir autorización, la construcción hubiera excedido de sus específicas determinaciones, siempre que dicho exceso fuera susceptible de legalizarse por medio de la respectiva autorización.

Pues bien, ante semejante incongruencia legal, y a los efectos de encontrar una solución justa a este grupo de casos conflictivos, creí en su momento que era imprescindible partir de la ineludible premisa, propia del recurso legal a la técnica de las leyes penales en blanco, de que era obligatorio el previo cumplimiento de las disposiciones administrativas existentes al respecto, razón en base a la que consideré que este dato tenía que formar parte de la propia conducta típica, debiendo someterse su tratamiento a las mismas reglas interpretativas que el resto de los elementos del tipo. En definitiva, cuando su

realización fuera acompañada de la contravención de la citada normativa extra penal por estar en tales hipótesis impregnada la licencia de defectos que afectaran a su validez cabía afirmar que si bien concurría la vertiente objetiva del mismo la responsabilidad criminal en la que podía definitivamente incurrir el agente requería, además, la comprobación previa del elemento subjetivo sobre la concurrencia del dolo. En otras palabras, si el sujeto era o no conocedor de esos detalles defectuosos, o si, por el contrario, los desconocía o tenía un conocimiento equivocado de los mismos al hallarse inmerso en una situación de error de tipo, pues de poder afirmarse –y probarse– este último extremo el desconocimiento (o conocimiento erróneo) por su parte tendría que ser jurídicamente tratado conforme a las reglas generales del art. 14.1 CP, relativas al error sobre un elemento esencial de la infracción penal, de tal modo que, siendo éste invencible, habría que declarar totalmente excluida su responsabilidad, mientras que siendo solo vencible debería castigársele a título de imprudencia, aunque esta segunda opción punitiva resultaba inviable, dado que el CP de 1995, (*ex art.12: numerus clausus* de punición de las conductas imprudentes) no sancionó –con todo acierto, a mi juicio– la comisión culposa de los delitos urbanísticos, motivo éste por el que dicha conducta quedaría finalmente impune.

Cuestión distinta era aquélla en la que el sujeto actuara amparado por una autorización administrativa viciada, que desde un punto de vista estrictamente legal determinara su nulidad o, al menos, su anulabilidad, pues en tales supuestos el carácter normalmente manifiesto de los vicios que le eran inherentes⁽¹¹⁾, ya constituía un claro obstáculo para apreciar la mencionada situación de error por parte del beneficiario de la autorización, debiendo en consecuencia declarársele penalmente responsable. De hecho, ésta era la verdadera situación conflictiva que solía presentarse en la práctica en cuanto a la efectiva operatividad del antiguo art. 320, en tanto el precepto en cuestión se refería a la emisión por la autoridad o funcionario de informes favorables a proyectos de edificación o a concesiones de licencias contrarias a la ley, lo que dificultaba enormemente la prueba de la invencibilidad del hipotético error

⁽¹¹⁾ Conforme al art. 62 de la LRJ de las AP, eran nulos: A) los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) los dictados por órganos manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; d) los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, y g); cualesquiera otros que se establezcan expresamente en una disposición de rango legal.

en el que hubiera podido incurrir el particular, y, por ende, la total exención de su responsabilidad penal.

De ser esto cierto cabía colegir que si la mayoría de las veces se podía afirmar la existencia de un hecho principal punible respecto de quien se sirviera de una autorización administrativa manifiestamente ilegal, el aplicar en estos casos a la autoridad o/y funcionario las reglas punitivas contenidas en el anterior art. 320 resultaba realmente absurdo, en cuanto suponían un *claro privilegio* sancionatorio par ellos, puesto que su actuación al informar favorablemente la concesión de una licencia de esas características podría haberse incriminado, sin ningún tipo de problema, conforme a las reglas generales de la *cooperación necesaria*, ya que estos sujetos realizaban una contribución criminal esencial al hecho principal cometido por el primero, es decir, al hecho descrito por el art. 319 CP, lo que, a la postre, reconducía a la imposición de una pena superior. Y ello era así porque de aplicarse el art. 320, la sanción correspondiente era la de *prisión de seis meses a dos años*, que podía incluso sustituirse por la de *multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de siete a diez años*, mientras que, de calificarse su actuación bajo la categoría penal de *cooperadores necesarios* (art. 28 CP) en relación al delito previsto en el artículo precedente (art. 319), responderían con la pena de *prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación por tiempo de seis meses a tres años*.

Debe también reseñarse que esta injusta disfunción punitiva se plasmaba únicamente en aquellos supuestos concretos en los que el informe emitido por la autoridad y/o funcionario tuviera un carácter decisivo o contuviera la facultad de decidir por ellos mismos acerca de la concesión de la licencia al autorizar ilegalmente, en virtud de su adopción, alguna de las construcciones administrativamente prohibidas de las descritas en el art. 319.1 CP.

En cambio, esta distorsión sancionadora, originada por la automática aplicación del art. 320 CP de 1995 a estas hipótesis, no llegó a reflejarse ni en el Proyecto de reforma del CP de 1980 ni en el borrador de 1992, en cuyos respectivos textos las irregularidades urbanísticas cometidas por determinados servidores públicos se conectaban con un hecho principal punible, en la medida en que, además de garantizar de forma expresa su responsabilidad, ya que eran castigados con la misma sanción que correspondía aplicar al particular que realizara materialmente la conducta atentatoria a dicho entorno, agravaban la correspondiente pena de inhabilitación, más allá, incluso, de las previsiones punitivas previstas para los casos habituales de prevaricación genérica, evitando, de paso, las dificultades interpretativas sobreañadidas a las que me he referido con anterioridad en orden a determinar la identidad o

discrepancia de las conductas cometidas por autoridades o funcionarios consistentes en *informar favorablemente* proyectos o licencias respecto de los genuinos supuestos prevaricadores, tipificados por el art. 404 CP.

Este segundo supuesto delictivo sí contemplaba, con total certeza, una genuina forma de prevaricación funcional. Por ello cabía afirmar que la remisión en bloque del antiguo art. 320 a las penas del art. 404 CP resultaba plenamente justificada. Tanto es así que su expresa declaración al respecto podía llegar a considerarse redundante, pues, en realidad, lo único que añadía a dicha infracción el primero de tales preceptos era la sanción de prisión de seis meses a dos años, o, en su caso, la de multa de doce a veinticuatro meses; deducción que ponía de manifiesto la verdadera finalidad perseguida por el artículo en cuestión: la previsión legal de esa agravante específica de la responsabilidad penal en la que incurriera el funcionario que prevaricara en este contexto delictivo, dada la especial protección que, a juicio del legislador, merecía la materia sobre la que hubiera recaído su resolución manifiestamente ilegal, que no era otra que la ordenación del territorio y el urbanismo.

Sin embargo, esta valoración no era contradictoria con a la necesidad de observar que la aceptación de su racionalidad tuviera que pasar por la previa comprobación de que realmente introducía un régimen más severo de responsabilidad, aplicable a todos estos casos en general, que el que resultaba técnicamente procedente de recurrir a las reglas generales sobre autoría y participación, pues, en realidad, y así lo he puesto ya de manifiesto en este texto, bajo la antigua normativa (CP1995) existían supuestos en la práctica respecto de los que esa resolución punitiva provocaba justamente el efecto contrario: cuando la responsabilidad criminal de la autoridad o funcionario podían articularse acudiendo al régimen general sobre punición de la cooperación necesaria en el hecho principal ajeno, puesto que si el referente de sus conductas lo constituían las licencias otorgadas, manifiestamente ilegales, lo normal habría sido que el beneficiario de las mismas, esto es, el particular, bajo cuyo amparo realizaba actividades atentatorias a la ordenación territorial y urbana, tuviera conocimiento de los vicios que las afectaban, quedando, por consiguiente, impedido para solicitar su impunidad invocando las reglas generales del error de tipo.

Cabía, incluso, plantearse como factible la hipótesis de recurrir a la apertura de un expediente distinto, de carácter residual, a efectos de obtener la correspondiente declaración de su responsabilidad, junto a la imposición de la pena correspondiente al autor principal, en particular en aquellos supuestos —desde luego, hay que puntualizar que de infrecuente comisión en la práctica— en los que cupiera afirmar el desconocimiento por parte del beneficiario

de la ilegalidad de la licencia que respaldaba su actividad; supuestos en los que su conducta resultaría impune conforme a las reglas generales del error. En otras palabras, en la medida en que se tratara de un hecho directamente determinante del deber del particular de llevar a cabo una actividad constructora o edificadora, no atentatoria contra el entorno en general ni consecuentemente destructora de la calidad del *habitat* en particular, de haberse para ello el sujeto amparado en la "presunta legalidad" controladora que la previa concesión de la licencia solía conllevar, el supuesto también hubiera podido reconducirse a la figura de la *autoría mediata*, como categoría dogmática técnicamente susceptible de incluir la conducta llevada a cabo por la autoridad y/o el funcionario público; calificación jurídica que hubiera asimismo conducido a una penalidad más grave que la contemplada por el antiguo art. 320 CP de 1995.

2. Valoraciones críticas

Todo lo expuesto hasta el momento me llevó en su día a extraer las conclusiones que procedo a exponer brevemente a continuación. Ante todo, si la finalidad perseguida por este último precepto en materia urbanística y de ordenación del territorio fue la de establecer un régimen más severo de responsabilidad criminal para ciertos servidores públicos, confío en haber dejado claro en este texto que el camino elegido por el legislador español de 1995 fue a tales efectos de todo punto inadecuado, al menos en relación a los casos hasta ahora reseñados. Sin embargo, quizá pudiera concederse en última instancia cierta racionalidad al referido precepto, a partir de una delimitación funcional de su eventual ámbito de aplicación, que permitiera dotarlo de algún sentido práctico, en especial cuando la contravención de la normativa protectora de la legalidad urbanística no superara la mera ilegalidad administrativa, puesto que en esos supuestos no se llegaría a cumplimentar la conducta típica prevista por el art. 319 CP.

Para resolver tales hipótesis sí podría en cambio apelarse a las disposiciones contenidas en el art. 320, para cuya solución debía quedar reservado su ámbito de aplicación, ya que sólo respecto de ellas podía admitirse que las previsiones relativas a las conductas de informar favorablemente o votar a favor de su concesión añadieran realmente alguna conclusión distinta de aquella otra a la que se llegaba al aplicar las reglas generales, antes mencionadas. Me refiero, en particular, a las hipótesis en las que, bien por no llegar a realizarse la construcción, bien a causa de la particular naturaleza de la concreta contribución aportada por el funcionario, no resultaba técnicamente factible reconducir su correspondiente conducta al expediente de la

cooperación necesaria en el hecho principal del art. 319 CP, debiendo entonces recurrirse al *concurso de delitos* entre el art. 404 y el propio 319.

Sin embargo, una vez delimitado su ámbito de aplicación, aún queda pendiente de formular al art. 320 CP alguna que otra objeción más, merecedora siquiera de un simple comentario, por breve que éste sea. Por ejemplo, llamaba poderosamente la atención la limitación legal de su texto cuando hacía mención al sujeto activo, cuyo ámbito quedaba exclusivamente reservado a las autoridades y funcionarios en particular, en tanto los respectivos borradores de reforma que precedieron al nuevo Código penal de 1995, ya citados con anterioridad en este trabajo, ampliaban, en cambio, considerablemente dicho ámbito. Así, por ejemplo, el Proyecto de 1992 contemplaba de forma expresa no sólo la conducta de los referidos sujetos sino también la de los *facultativos* en general, garantizando igualmente su respectiva responsabilidad por la emisión de informes incorrectos que tuvieran que ser valorados de cara a la concesión de las correspondientes autorizaciones urbanísticas.

Una última objeción que podía todavía formularse a la regulación penal entonces vigente venía a relacionarse con un aspecto concreto de la modalidad regulada en el apartado segundo del citado precepto: me refiero, en concreto, a los supuestos en los que la actuación de tales servidores públicos tuviese lugar en el seno de un órgano colegiado, en relación a los que el precepto se limitaba a incriminar sus respectivas conductas cuando éstas consistieran en votar a favor de la concesión de licencias o permisos, a sabiendas de su injusticia, aunque sin contemplar el comportamiento *omisivo* de quienes, conscientes de que su voto no iba a ser necesario para adoptar el acuerdo esperado, según las reglas del juego de las mayorías, se limitaban a abstenerse en la votación. Algo realmente chocante, no solo ya desde el punto de vista de la eventual responsabilidad en la que podrían hipotéticamente haber incurrido a través de la *comisión por omisión* de este delito, sino, sobre todo, por tratarse de una *omisión agravada*, ejercida por quienes ostentaban en este contexto la condición de garantes⁽¹²⁾, sin desdeñar tampoco las numerosas restricciones y obstáculos que acostumbraba por entonces a esgrimir cierto sector de la doctrina cuando se intentaba reconducir estas formas de conducta a figuras tales como la autoría mediata o la comisión por omisión, invocando como argumento genérico en contra de semejante parecer la riqueza de instrumentos de que los ya disponía el Derecho penal a la hora de hacer responder al funcionario público por los delitos perpetrados. En este orden de ideas, como más significativas, cabe destacar las siguientes: 1ª. El

⁽¹²⁾ Vid. sobre el particular, con más detenimiento, CARMONA SALGADO, C., "Los delitos contra la ordenación del territorio..." cit., pp. 679 a 682.

que emitía el informe, y no otra persona, era quien tenía el dominio del hecho típico; 2ª. Era enormemente difícil admitir la autoría mediata cuando el tipo que se pretende aplicar ya conlleva de por sí limitaciones legales en materia de autoría; y 3ª. Aceptar la comisión por omisión como modalidad de conducta suscitaba múltiples objeciones dogmáticas si se partía de la base de que el delito era de mera actividad⁽¹³⁾.

En definitiva, y para concluir este epígrafe, las críticas personalmente formuladas en este trabajo al antiguo art. 320, según la versión que le confirió el CP de 1995, no han pretendido sino poner de relieve los defectos técnicos de los que adoleció entonces este precepto, así como las múltiples contradicciones en las que incurrió su regulación jurídica a la hora de concretar la responsabilidad penal de las autoridades y/o funcionarios públicos que delinquieran en materia urbanística; motivo más que suficiente, a mi juicio, para solicitar en su momento, lo que hice sin duda alguna,⁽¹⁴⁾ que dicha normativa fuera objeto de una especial consideración por el legislador penal español de cara a su futura reforma, que podía consistir, bien en su *total derogación*, en cuyo caso los supuestos que se produjeran en la práctica siempre podrían solventarse por la vía del concurso de delitos entre el art. 319, a través del expediente de la cooperación necesaria de ambas categorías de sujetos en un hecho principal ajeno, y el art. 404, relativo a la prevaricación genérica, bien en el mantenimiento de la doble figura delictiva que actualmente recoge el art. 320, aunque, de recurrirse a esta segunda hipótesis, las respectivas penas de prisión y multa con las que la conminaba habrían de aplicarse de *forma acumulativa*, señalándose sus topes máximo y mínimo, en los mismos términos en que lo estaban los supuestos contemplados en el art. 319.1 para los particulares; es decir, *prisión de seis meses a tres años y multa de doce a veinticuatro meses*.

Como colofón a este primer epígrafe del presente trabajo puede finalmente concluirse, que si bien la intención del legislador de 1995 fue de todo punto loable, pues la sola presencia de la cláusula de agravación específica que el citado precepto incorporaba ya puso de manifiesto en su día su particular preocupación por garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones urbanísticas que competen a los responsables públicos, no puede afirmarse lo mismo de la técnica legislativa empleada al efecto, como tam-

(13) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997, pp. 119 a 121. En la misma línea, DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El art. 320.1... cit.*, p. 140.

(14) Vid. al respecto CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas..." cit., en particular, pp. 1217 a 1219.

poco del éxito de los resultados punitivos alcanzados, como he tratado de poner de relieve a lo largo de estas páginas.

II. REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL ART. 320 CP ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LO 5/2010

El vigente art. 320 CP, originariamente creado por el CP español de 1995, contiene una figura delictiva de peculiar naturaleza, que de forma paralela reguló también en el ámbito de los Delitos relativos al Patrimonio Histórico (art. 322 CP) y a la protección del Medio Ambiente (art. 329 CP); regulaciones que la LO 5/2010 de reforma del texto punitivo español ha mantenido intacta, al menos en sus aspectos esenciales, si bien añadiendo algunas puntualizaciones legales a su primigenia redacción. Dicha figura alberga una forma especial de *prevaricación* cuya tipología, aplicada al ámbito urbanístico, ofrece una doble modalidad delictiva, que legalmente se concreta en dos figuras de contenido distinto, aunque sancionadas con la misma pena. La primera de ellas concierne a la autoridad o funcionario público que, o bien "haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes", o bien "con motivo de la inspección, haya silenciado la infracción de dichas normas u omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio". Así pues, frente a la anterior normativa, a la que hemos dedicado el primer epígrafe de este trabajo, la reforma de 2010 amplió el marco legal de este tipo penal incluyendo en él no solo las conductas infractoras de la normativa vigente sobre ordenación del territorio, esto es, la concerniente a contenidos espaciales globales, sino también las que atenten al urbanismo en exclusiva, es decir, a un espacio propio de cualquier ciudad, lo que equivale a afirmar que dicho tipo, en la actualidad, ampara determinadas acciones que, pudiendo vulnerar las normas de ordenación territorial, no afecten en cambio a las urbanísticas *stricto sensu*⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Un exhaustivo análisis, así como una concreta propuesta sobre una más adecuada regulación de la corrupción urbanística y de otras conductas que lo son concomitantes (delitos contra la Ordenación del Territorio, contra la Administración de Justicia y Blanqueo de Capitales) fue acometido con anterioridad a la reforma de 2010 por el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC), del que soy miembro hace ya muchos años: *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas con ella*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Bajo la actual regulación esta infracción constituye claramente una modalidad específica de la figura genérica sobre prevariación, castigada en el art. 404 CP, a cuya penalidad remite parcialmente y de cuya naturaleza y requisitos participa, ya que, al igual que ella, el art. 320 protege el correcto ejercicio del poder público en el ámbito territorial y urbanístico que en un Estado de Derecho no puede desarrollarse de forma arbitraria, ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés general, por beneficioso que sea para la ciudadanía, puesto que, en todo caso, dicho poder ha de llevarse a cabo de conformidad con la leyes que regulan la ordenación y el uso del territorio⁽¹⁶⁾. Esta aseveración permite colegir que el contenido del presente delito se materializa en la vulneración de una norma administrativa, de naturaleza urbanística, con independencia de que, además, se acompañe de otros menoscabos ulteriores, como pueden ser aquéllos que afecten a la racional distribución del espacio o a la calidad de vida de las personas. Es decir, se trata de un delito de mero *peligro hipotético* o de simple actitud abstracta, que se cumplimenta con la exclusiva realización de una acción idónea para lesionar el bien jurídico protegido, motivo éste mas que suficiente, a mi juicio, para cuestionar la inconveniencia de su permanencia en el CP español, solicitando a tales efectos su futura derogación, como respetuosa respuesta a las exigencias derivadas del principio de intervención mínima y a la naturaleza subsidiaria y de *ultima ratio* del Derecho penal, que aconsejan reservar, en exclusiva, su ámbito de aplicación a las infracciones claramente lesivas, o a las que, a lo sumo, pongan en peligro concreto dicho el interés jurídico⁽¹⁷⁾.

Las modalidades de conducta que esta figura delictiva ofrece están técnicamente estructuradas de forma alternativa: de una parte, *informar favorablemente la concesión de una licencia, contraria a las normas urbanísticas*, y, de otra, *informar favorablemente un proyecto de edificación*, resolviendo así la reforma de 2010 las lagunas punitivas, con anterioridad señaladas, que el CP de 1995 no supo cubrir en su momento, ya que el legislador penal omitió en esa fecha sancionar -como sí hizo en cambio en materia medioambiental- el supuesto delictivo concerniente a la responsabilidad de la autoridad o funcionario que, con motivo de sus inspecciones, *silenciara la ilegalidad de la actuación*. Es decir, en la derogada normativa no se les agravaba la pena cuando dicha ilegalidad se produjera en una fase posterior a la realización de la propia conducta típica; cuestión ésta, en mi opinión, favorablemente resuelta a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010.

⁽¹⁶⁾ En esta línea de pensamiento se incardina la STS 663/2005, de 23 de mayo. F J 15º.

⁽¹⁷⁾ Aseveración que ya realicé hace tiempo y que sigo sosteniendo a día de hoy. Vid. al respecto, CARMONA SALGADO, C., en: *Derecho Penal*. cit., pp. 668 y ss.; y, con mayor detenimiento, en: "Consideraciones críticas", cit., pp. 1.205 y ss.

En este orden de cosas el término legal *informar* se corresponde con el hecho de dictar un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto en materia de urbanismo, bastando para ello con que el informe en cuestión sea oral, y no necesariamente escrito. Puesto que la conducta típica consiste en “informar favorablemente”, a efectos penales resulta impune la emisión de un informe negativo o “desfavorable”, siempre y cuando proceda en Derecho que sea positivo, si bien dicha emisión podría, en cambio, integrar una mera infracción administrativa o disciplinaria. Además, en la medida en que el art. 320.1 no lo hace de forma expresa, cabe entender que el “informe favorable” al que alude puede recaer sobre *cualquier tipo de licencia*, siempre que vulnere las normas urbanísticas o de ordenación territorial⁽¹⁸⁾.

Resulta obvio que la nueva redacción conferida al tipo del art. 320.1 por la reforma de 2010 goza en la actualidad de mayor coherencia que la anterior (CP 1995), ya que, insisto, incorpora a su redacción conductas que se echaban en falta hasta su entrada en vigor. Me refiero a la actual y expresa referencia legal a los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, re-parcelación, o construcción. A mayor abundamiento, dicha reforma ha incorporado dos *modalidades omisivas* de comisión del tipo penal: a saber, *silenciar con motivo de las inspecciones* realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y *omitir la inspección* de carácter obligatorio, de otra. En consecuencia, y aunque no puede negarse que la cuestión sea de antemano bastante compleja de resolver, personalmente creo que siempre que exista un deber legal específico por parte del funcionario de actuar de manera positiva en alguno de esos dos sentidos, y dicho deber sea omitido por él, puede aceptarse la realización del presente delito en *comisión por omisión*, dada su evidente posición de *garante*.

Por otro lado, el art. 320.2 regula una segunda forma especial de prevaricación funcional, sancionada con idéntica pena que la prevista por el art. 320.1 para el supuesto delictivo anterior; equiparación de comportamientos y sanciones, a mi juicio censurable, dada la mayor gravedad de la segunda frente a la primera. No obstante, puesto que el CP las equipara a todos los efectos, las mismas consideraciones formuladas al analizar la infracción del apartado primero son ahora aplicables a la figura contemplada en el 320.2⁽¹⁹⁾. La conducta típica consiste en “resolver o votar a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento”, así como de cualquier otro de los proyectos o

⁽¹⁸⁾ De esta opinión, que personalmente suscribo, GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Gómez Tomillo, M.), 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 1.253 y 1.254.

⁽¹⁹⁾ En esta línea se pronunció la STS 363/2006, de 28 de marzo (FJ 14º).

concesión de licencias, previstos en el apartado 1º del citado precepto, siempre que la autoridad o el funcionario actúen por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado, y a sabiendas de su injusticia. Así pues puede afirmarse que las hipótesis en las que el agente se abstenga, vote en contra o lo haga en blanco serán impunes, a no ser que se trate de una abstención decisiva para lograr la mayoría imprescindible, en cuyo caso cabría otorgarle la calificación de cooperador necesario⁽²⁰⁾.

De hecho, y en lo que a la prevaricación por omisión se refiere, la STS de 17 de julio de 2002 ya indicó que ésta forma de comisión del delito había dejado de ser una cuestión polémica, a partir de que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS español, de 30 de junio de 1997, otorgara a los actos presuntos, ejecutados respecto de determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que a las resoluciones expresas. A partir de esa declaración, numerosas sentencias del alto tribunal español se han manifestado de manera favorable a la admisión de la *comisión por omisión* de esta figura delictiva; en otras palabras, en aquéllos casos en los que resulte imperativo realizar una determinada actuación administrativa, puesto que en ellos su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación⁽²¹⁾. Del mismo modo la Sección Primera de la AP de Palma de Mallorca, en Sentencia de 20 de julio de 2007, equiparó a efectos penales el hecho de cometer la conducta típica de manera positiva, es decir, dictando la resolución, al de no responder a peticiones legítimamente planteadas, respecto de las que debe existir una resolución concreta, pues ésta también se produce por la negativa a responder; o, lo que es lo mismo, tratándose de un delito consistente en la infracción de un deber, éste queda consumado con la doble modalidad de *acción o de comisión por omisión* a través del “claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto, en arbitraria”⁽²²⁾.

Ahora bien, debe advertirse que la admisibilidad de esta modalidad comisiva del tipo que tratamos no implica que cualquier pasividad de un funcionario o de una autoridad, que se encuentre en el ejercicio de sus funciones, tenga necesariamente consecuencias penales, pues no cabe olvidar que, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, es preciso que concurren los otros elementos, de naturaleza objetiva y subjetiva, que requiere el tipo penal sobre prevaricación genérica del art. 404 CP.

(20) Así lo afirma y fundamenta GÓMEZ TOMILLO, M., en: *Comentarios cit.*, p. 1258.

(21) En esta línea afirmativa, vid., a título de ejemplo, las SSTs de 20 de octubre de 1994; 2 de julio de 1997; 18 de marzo de 2000; y 16 de abril de 2002.

(22) En similares términos se pronuncia la STS de 19 de octubre de 2006.

En relación al ámbito de los *sujetos activos*, está claro que nos encontramos en presencia de un *delito especial*, que sólo puede cometerse por *autoridad o funcionario público*. A los efectos que ahora nos ocupan, la determinación de ambos conceptos debe coincidir con la definición que de ellos ofrece el art. 24 CP; definición legal, en cierto modo coincidente con el concepto defendido por la opinión mayoritariamente sustentada al respecto por la jurisprudencia del TS: "el que por sí solo o como miembro de alguna corporación tenga mando o ejerza jurisdicción propia"⁽²³⁾, pudiendo así afirmarse que esta declaración encuentra perfecto reflejo en los supuestos delictivos contemplados por el art. 320 CP.

En verdad, este régimen específico acerca de la responsabilidad penal de ciertos servidores públicos, que por vez primera introdujo el CP de 1995 en los referidos contextos delictivos, tiene una finalidad *claramente agravatoria*, o, al menos, esa fue la intención del legislador de 2010, dado que, además de la pena que correspondería aplicar a dichos sujetos por el delito de prevaricación genérica del art. 404 CP, al que expresamente remite el 320, se les impondrá también, de forma conjunta, es decir, con naturaleza de pena principal, que no meramente accesoria, la de *prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses*.

Las razones político-criminales que explican este específico incremento punitivo obedecen a la particular *posición de garante* que en nuestro sistema penal ocupan determinadas autoridades y/o funcionarios en el ejercicio de sus obligaciones, encaminadas a velar por la adecuada tutela de intereses jurídicos, tales como el urbanismo y el medio ambiente; obligaciones expresamente recogidas en la propia CE (art. 45, relativo a los "recursos naturales"; art. 46, sobre patrimonio histórico; y art. 47, concerniente a la "ordenación del territorio"), cuya declaración relativa a su necesaria intervención en la citada labor de tutela impide concebirla como una mera *facultad* de la que son titulares sino que, muy al contrario, la identifica con un auténtico *deber de naturaleza jurídica* que, de forma ineludible, vienen obligados a cumplir, y ello es así, pese a que esa triple formulación constitucional posee como abrazadera común el principio arriba citado, que desarrolla un papel rector en materia de política ambiental.

Desde un punto de vista subjetivo, las dos modalidades de conducta descritas en el art. 320.1 CP solo admiten la comisión *dolosa*, ya que la autoridad o/y el funcionario deben haber actuado *a sabiendas de su injusticia*; expresión legal que parece requerir la concurrencia en ellos de un dolo *intensifica-*

(23) Por todas, en esta línea, vid. la STS de 25 de mayo de 1992.

do, quedando, por tanto, eliminada la posible comisión del tipo mediante *dolo eventual*, totalmente inadmisibles, a mi juicio, desde una perspectiva político-criminal. Otra opinión similar, de naturaleza jurisprudencial, emitida a partir de la citada expresión legal, apunta a la necesidad de concurrencia de un *plus añadido a la mera ilegalidad*, que se materializa en la exigencia subjetiva de que el agente sea consciente de que la autorización recibida contraviene las esenciales *normas sustantivas y procedimentales de planeamiento*, así como los *principios constitucionales* que deben informar la actividad de la Administración pública en esta materia; acertada exigencia de los tribunales españoles, acorde con el carácter de *última ratio* del Ordenamiento penal⁽²⁴⁾.

Concluyendo, no basta con el simple conocimiento de la contravención de las normas de planeamiento, pues en ese caso estaríamos en presencia de una simple infracción administrativa, ya prevista y sancionada por la legislación extra-penal, sino que, además, es necesaria la presencia de un requisito añadido para conformar el *dolo*: ese *plus de ilegalidad* referido. Por tanto, la comisión *imprudente* y mediante *dolo eventual* de estas conductas entrarían de lleno en la vía administrativa a efectos de su correspondiente sanción.

Finalmente, quisiera hacer una breve alusión a la posible estimación de la atenuante de *dilaciones indebidas* (art. 11.6 CP) en esta categoría de delitos, dada la habitual y lamentable lentitud procedimental que las caracteriza. A este respecto, la jurisprudencia del TS⁽²⁵⁾, siguiendo el criterio interpretativo seguido por el TEDH sobre el art. 6 el Convenio para la Protección de Derechos Humanos, y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", en ocasiones ha admitido esta atenuante de la responsabilidad criminal, no sin antes advertir que tratándose de un concepto "indeterminado" su concreción requiere el examen pormenorizado de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si ha existido o no un retraso en la tramitación de la causa, que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por razones similares, y que sea, además, imputable al órgano jurisdiccional, y no a quien reclama. Esto es, según opinión jurisprudencial mayoritaria, la atenuante podrá tomarse en consideración, incluso como muy cualificada, cuando se trate de dilaciones ciertamente desmesuradas, referidas a procedimientos, no especialmente complejos, que arrastren una demora entre ocho y diez años⁽²⁶⁾.

(24) De esta opinión, ya en su día, la STS de 23 de marzo de 1995.

(25) Vid. al respecto, entre otras, las SSTS de 22 de julio de 2003; 22 de enero de 2004; 11 de octubre de 2005; y 20 de febrero de 2006.

(26) En esta línea, a título de ejemplo, pueden verse las SSTS de 3 de marzo de 2003 (relativa a un plazo de 8 años); 21 de marzo y 8 de mayo del mismo año (plazo de 9 años); y 10 de noviembre de 2005 (plazo de 10 años).

Precisamente, como cualificada la apreció la SAP de Madrid de 23 de marzo de 2012 al rebajar en un grado la pena impuesta al alcalde, al aparejador y a un concejal de un determinado Ayuntamiento español, condenados los tres por un *delito continuado de prevaricación urbanística en comisión por omisión*, quedando determinada dicha continuidad desde el instante en que, en dos momentos diferentes y para dos urbanizaciones, distintas también, los respectivos sujetos emitieron sendos informes favorables, a sabiendas de que los proyectos vulneraban las normas urbanísticas vigentes. Del mismo modo, es decir, como muy cualificada también, recientemente acaba de apreciar dicha atenuante la STS de 14 de mayo de 2013 al ratificar las respectivas condenas impuestas a un Secretario y a un técnico de otro Municipio de España por los delitos cometidos de prevaricación urbanística continuada; condena ésta con anterioridad dictada por la SAP de las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera), de fecha 9 de noviembre de 2011.

Ahora bien, esta misma Sentencia, apelando a otra dictada por el TS español, de fecha anterior, la 755/2007, decretó no ser suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén a este respecto supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea, por tanto, necesario recurrir en todo caso al Derecho penal cuya aplicación quedará de esta forma restringida a los casos más graves. Por ello, insiste el TS en dicha Sentencia, no son identificables en términos absolutos los conceptos de “nulidad de pleno derecho” y de “prevaricación”, puesto que la jurisprudencia del alto tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que el delito de prevaricación, cuya esencia radica en la utilización arbitraria del poder que se ostentara, se comete cuando la resolución adoptada por el funcionario o la autoridad respecto de un asunto administrativo no encuentre apoyo posible en ninguna interpretación razonable del Derecho aplicable, ya que, en realidad, la resolución dictada en ese caso no constituye una auténtica aplicación del Derecho sino, únicamente, una imposición de la voluntad del autor, convertida de esta forma en aparente fuente de normatividad.

III. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA ANTIGUA NORMATIVA DEL CP DE 1995 Y LA HOY VIGENTE A RAIZ DE LA REFORMA DE 2010 EN MATERIA DE PREVARICACIÓN MEDIOAMBIENTAL (ART. 319)

Al igual que hiciera en el ámbito de los delitos “contra la ordenación del territorio” (art. 320 CP) y “contra el patrimonio histórico” (art. 322 CP), el legislador de 1995 optó en su día por incluir asimismo en el contexto delictivo medioambiental una figura *específica agravada de prevaricación*, la del art. 329 CP, destinada a castigar a “la autoridad o funcionario público que, a

sabiendas de su injusticia, hayan informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales, que autoricen el desarrollo de las actividades, industrias o cualquier otra de las conductas contaminantes a que se refieren los artículos anteriores”, abarcando igualmente el citado precepto aquellos supuestos en los que el funcionario, “con ocasión de su actividad inspectora, hubiera silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general por parte del inspeccionado”.

La reforma penal de 2010 ha venido a añadir a este cúmulo de comportamientos infractores del medio ambiente, siempre en sintonía legislativa con lo operado en el marco de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 320.1), la modalidad omisiva de conducta consistente en “omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio”, completándose finalmente el contenido de este tipo de prevaricación específica con la expresa sanción de aquellos casos en los que el servidor público, por sí mismo o a través de un órgano colegiado, hubiese resuelto o votado a favor de la concesión, también a sabiendas de su injusticia.

Dada la identidad estructural existente entre esta figura sobre *prevaricación medioambiental* y su homóloga urbanística, recogida en el art. 320 CP, cabe afirmar que las consideraciones que puedan en términos generales hacerse en relación a esta segunda y, en particular, las concernientes a su penalidad, son extensibles, *mutatis mutandis*, al tipo penal que ahora nos ocupa, ya que ambas figuras delictivas se encuentran sancionadas con una pena superior a la prevista para el delito de prevaricación genérica (art. 404), pues ambos preceptos no solo se limitan a castigar la emisión de una resolución a sabiendas de su injusticia, al igual que su votación en el órgano colegiado que debe emitirla, sino que asimismo incluyen una específica sanción para los supuestos en los que la labor del funcionario consista en informar favorablemente la decisión que otro deba dictar.

No obstante lo hasta ahora expuesto, llama la atención, por discriminatorio e injusto, que el art. 329 CP establezca en materia medioambiental penas menos elevadas (prisión de *seis meses a tres años* y multa de *ocho a veinticuatro meses*) que las que impone el art. 320 cuando de delitos urbanísticos se trate (prisión de *un año y seis meses a cuatro años* y multa de *doce a veinticuatro meses*), pese a que sendos ilícitos de prevaricación específica agravada parecen gozar de la misma naturaleza y gravedad, ya que, no en balde, ambos preceptos remiten a la misma pena que contempla el art. 404 para la modalidad genérica de prevaricación, a la que habrá que sumar la de prisión y multa, ambas de aplicación conjunta.

Este desigual tratamiento a efectos punitivos que, sin embargo, ha perpetuado la reforma de 2010 entre los servidores públicos que cometan una u otra infracción, al fin y al cabo las dos comprendidas en el Título XVI CP español, puede que responda a la expresa voluntad del legislador de desvalorar de manera más contundente el comportamiento llevado a cabo por ellos en el marco del segundo contexto delictivo, probablemente por considerar que la ordenación del territorio y del urbanismo constituyen un bien jurídico de mayor trascendencia penal que el relativo al medio ambiente y al resto de los recursos naturales; cuestión esta, en mi opinión, cuando menos discutible, pese a no ser éste ni el momento ni el lugar oportunos para abordar en profundidad tales disquisiciones⁽²⁷⁾, que obviemos ahora, por motivos obvios, para no exceder los límites inherentes al presente trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA COMÚN A AMBAS FIGURAS DELICTIVAS

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997.
La misma: *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Editorial Bosch, Barcelona 2011.
- BOIX R, EIG, J. y JUANATEY DORADO, C, en: *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. II, Vives Antón, T. (coord.), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996.
- BOLDOVA PASAMAR, A., *Los delitos urbanísticos*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.
- CACALLEGARI, A. L. y DEZORDI WERMUTH, M. A., "La expansión del Derecho Penal, sociedad del riesgo y crimen organizado", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 24, Lima, 2012.
- CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas sobre algunos delitos urbanísticos", en: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, (dir. Díez RIPOLLES, J. L. Y OTROS), Editorial Tecnos, Madrid, 2002. La misma: "Delitos contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna, y la protección de animales domésticos (Lecciones 28 y 29)", en: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (coord. COBO DEL ROSAL), 2ª edición, Editorial Dikynson,

⁽²⁷⁾ Un amplio estudio al respecto puede verse en GÓMEZ TOMILLO, M., "Comentario al artículo 329 del Código penal", en: *Comentarios cit.*, pp. 1.283 y ss. Con anterioridad, en especial respecto de los apartados 1 y 2 de dicho precepto, puede verse del mismo autor: "Protección penal del medio ambiente y función pública", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 235, julio-agosto, 2007, pp. 171 y ss.

Madrid, 2005. La misma: "Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*" (coord. MARTÍNEZ SIMANCAS y AGÚNDEZ BERTELEU). Capítulo VI del Cuaderno XII: "La nueva reforma del Código Penal" (coord. TORRES DULCE LIFANTE), Editorial La Ley (Grupo Wolters Kluwer) e IBERDROLA, Madrid, 2011. La misma: "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*" (coord. MARTÍNEZ SIMANCAS y AGÚNDEZ BERTELEU), Capítulo VII del Cuaderno XII: "La nueva reforma del Código Penal" (coord. TORRES DULCE LIFANTE), Editorial La Ley (Grupo Wolters Kluwer), e IBERDROLA, Madrid, 2011. La misma: "Estudio comparativo entre la derogada normativa del Código penal español de 1995 sobre los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y su nueva regulación tras la reforma de 2010", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 24, Lima 2012. La misma: "Tratamiento penal de la Ordenación del Territorio y el Urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística", en *Revista La Ley Penal, Procesal y Penitenciaria*, nº julio de 2013.

DE LA CUESTA AGUADO, P., "La aplicación retroactiva de la norma de planeamiento urbanístico en el art. 319 del CP", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2011. --DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa, Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización ilícita*, Barcelona, Editorial Cedecs, 1996. El mismo: "El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria", en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate (Guipúzcoa), 1998. El mismo: "El art. 320 CP: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación y concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Edición De la Mata Barranco, Oñate, 1.998. El mismo: "La responsabilidad penal ambiental tras la nueva normativa europea sobre prevención y reparación al medio ambiente", en *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ministerio de Medio Ambiente, 2000.

DÍAZ MANZANERA, "El delito urbanístico en la jurisprudencia", en: *La Ley Penal*, nº 31, 2006.

FUENTES OSORIO, J. L., "¿Delito medioambiental como delito de lesión?", en: *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 1, nº 2, 2010.

- GARCÍA ARÁN, M., "La prevención del delito urbanístico más allá del Derecho Penal", en: *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos* (dir. Álvarez García, F. J. y otros autores), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ RIVERO, C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2000. El mismo: "Protección penal del medio ambiente y función pública", en: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 235, julio-agosto, 2007. El mismo: "Comentarios a los artículos 319, 320 y 329 del Código penal", en: *Comentarios al Código Penal*, (dir. GÓMEZ TOMILLO), 2ª ed, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, nº 11 (Documentos), Edita GEPC, Valencia, 2010.
- JAVATO MARTÍN, A., en: *Comentarios al Código Penal*, (dir. GÓMEZ TOMILLO), 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- JORGE BARREIRO, A., "El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995", en: *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, (dir. ROMEO CASABONA y coord. CANCIO MELIÁ), Editorial Comares, Granada, 2005.
- LOPEZ-CERON, «Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna», en: *El Nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico*, nº 5, Madrid, 1996.
- MATA Y MARTÍN, R., "Comentarios a los artículos 326, 327 y 328 del Código penal", en: *Comentarios al Código Penal*, (dir. GÓMEZ TOMILLO), 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Delito urbanístico", en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho Penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992. Del mismo: *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998. Del mismo: "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, CEJAJ, Madrid, 2001.

- MUÑOZ LORENTE, J., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en: *Revista del Poder Judicial*, nº 67, tercer trimestre, 2002.
- MUÑOZ LORENTE, J, BAUCELLS LLADÓS, J, FARALDO CABANA, P., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (dir. ALVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUS-SAC), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- POZUELO PÉREZ, "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en: *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011 de 28 de enero*, (dir. Díaz-Maroto), Editorial Civitas-Thompson Reuters, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., "Delitos ecológicos: alteración del medio ambiente, delitos contra la flora, delitos contra la fauna, incendios forestales y en zonas no forestales", en: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)", en: *Revista de Derecho Urbanístico*, nº enero/febrero 1983. El mismo: "Delitos contra el medio ambiente", en *Comentarios a la Legislación Penal*, (dir. COBO DEL ROSAL y coord. BAJO FERNÁNDEZ), T. V, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985. El mismo: "Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca", en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Edersa, Madrid, 1993. El mismo: "Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente", en *Primer Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, El Puerto de Santa María, 1993. El mismo: "Los riesgos de lo abstracto en el Derecho penal (el delito de contaminación ambiental como ejemplo)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 574, 2003.
- ROPERO CARRASCO, J., "El medio ambiente como bien jurídico de protección penal", en: *Letras Jurídicas*, Colegio de Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruz, nº 13, enero-junio, 2006.
- SÁNCHEZ DOMINGO, B., *Delitos urbanísticos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008.
- SÁNCHEZ MARTINEZ, F., "Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.

- SÁNCHEZ ROBERT, M^a J., "Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 hasta la actualidad", en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, 2011.
- SANTANA VEGA, D. M^a., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- TAMARIT SUMALLA, J. M^a y MORALES PRATS, F., *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. Quintero Olivares, G.; coord. Morales Prats, F.), 6^a edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2011.
- VERCHER NOGUERA, C., "Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal", en: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 357, 1998. El mismo: "Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos", en: *Revista Penal*, nº 7, 2001. El mismo: *La delincuencia urbanística*, Madrid, Constitución y Leyes, 2002.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Artículos 319 y 320 CP", en: *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios* (dir. Quintero Olivares, G.), Editorial Aranzadi-Thompson Reuters, Pamplona 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en: *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1997. El mismo: *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. El mismo: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

§4.
POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA,
PROCESAL, Y CORRUPCIÓN PRIVADA

LA CORRUPCIÓN ANTE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

José Luis De La Cuesta Arzamendi

Universidad del País Vasco

***Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal
España***

SUMARIO:

I. Algunas consideraciones criminológicas. II. Un concepto en expansión. 1. ¿Soborno o algo más?. 2. De la corrupción pública o administrativa, a la corrupción en el sector privado. 3. La corrupción en otros ámbitos específicos. 4. Hacia una figura común de corrupción. III. Corrupción y Derecho Penal. 1. Iniciativas internacionales. 2. Derecho español: últimas reformas. IV. La corrupción ante la Justicia. V. Por un enfoque integral. 1. Los tres niveles de interpretación criminológica: delito / delincuente / delincuencia. 2. Una verdadera política criminal –y no sólo penal– contra la corrupción. 3. Importancia creciente de la autorregulación. 4. Responsabilidad penal-responsabilidad política. VI. Resumen.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRIMINOLÓGICAS

La distorsión que la corrupción produce en la vida institucional, social y política de los Estados, y en la propia economía, es grave y muy peligrosa no precisa hoy en día de mucha explicación. Estamos ante un fenómeno criminal que pone seriamente en riesgo el desarrollo económico, el funcionamiento de la democracia, la calidad de la vida política y la justicia social de un país. Sus prácticas clientelares y sus redes opacas y oscuras inciden de

manera muy negativa⁽¹⁾, erosionando el capital social, determinando un peor funcionamiento institucional y actuaciones administrativas inadecuadas, distorsionando los mecanismos ordinarios de toma de decisiones y aumentando el riesgo de decisiones públicas incorrectas, encareciendo a la postre el coste de los servicios públicos: quien paga un soborno acaba imputando esa cantidad al marco general de la intervención pública y, de otra parte, las cantidades que se dedican a pagar los sobornos no se pueden destinar a otro tipo de actividades o servicios básicos a los ciudadanos... La peligrosidad de la corrupción se presenta, además, de un modo especialmente agudo cuando se desarrolla de un modo sistemático, y en relación con el crimen organizado, cuyas iniciativas corruptas dirigidas a penetrar y a influir sobre los Estados o sobre su economía son permanentes y llegan a alcanzar a la propia legitimidad, seguridad y estabilidad, de aquí que generalmente se comparta que su adecuada prevención y control resultan elementales de cara al aseguramiento de una gobernanza más justa, eficaz y eficiente y, en general, para el progreso económico, social y político del país.

En realidad, la corrupción no conoce frontera alguna, pasa por encima de las diferencias económicas y viene a afectar a largo plazo a la mayor parte de las formas políticas, provocando unos costes sociales políticos y económicos difíciles de afrontar por casi ningún país; y se desenvuelve con soltura en el plano transnacional y globalizado, caracterizado por las facilidades en la comunicación, la masificación de las relaciones, el altísimo peso específico de los intereses económicos, superior no pocas veces a la capacidad de muchos Estados, y la concentración de los centros de decisión.

Conviene advertir de entrada las dificultades a las que se enfrenta la adecuada medición de la extensión de un fenómeno altamente dependiente de causas estructurales, entre las que destacan mundialmente los importantes déficits políticos y de desarrollo, la falta de transparencia en el sistema político, deficientes condiciones económicas, los procesos de privatización mal concebidos y gestionados, una administración pública mal integrada y remunerada, la debilidad de la administración de justicia... Su propia clandestinidad, acentuada no pocas veces por la sofisticación de los medios empleados, la falta de claridad en torno a quiénes sean las víctimas directas, la escasa concienciación en cuanto al deber de denuncia de los hechos por cuantos participan en la administración pública o en las relaciones económicas, hacen igualmente que la corrupción se inscriba plenamente en ese conjunto de infracciones nada fáciles de detectar y que presentan una alta cifra

(1) M. VILLORIA/F. JIMÉNEZ, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", REIS 138, 2012, pp. 110.

oscura, lo que lleva a hablar hasta de una impunidad “de facto”, pues a lo sumo se ve la punta del iceberg. De hecho, a pesar de su notoriedad en no pocos países, donde los pagos irregulares se exigen hasta para el logro de un simple permiso administrativo (incluso para el carnet de conducir), faltan datos empíricos sólidos, que, a partir del conocimiento de la realidad, permitan corroborar la impresión generalizada sobre su extensión e importancia.

Los informes periódicos de entidades, como *Transparencia internacional*, tratan de cubrir este vacío y ponen en evidencia cómo “en muchos países el soborno, el abuso de poder y los acuerdos secretos siguen estando muy presentes”. Así, el índice de percepción de la corrupción (grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas de país) de 2012 indica que dos tercios de los 176 países clasificados suspenden debido a su índice de corrupción y quedan colocados en la mitad inferior de la escala. En el mismo índice, España ocupaba el puesto 30, seguida de cerca por Portugal (puesto 33) y lejos de Italia (núm.72) o Grecia (94)⁽²⁾; es de observar el preocupante descenso paulatino de la posición española, que en 2004 ocupaba el puesto 23 con una mejor puntuación. Según informaciones procedentes del Consejo General del Poder Judicial, en la actualidad hay en España 2.173 causas directa o indirectamente relacionadas con la corrupción (302 pueden considerarse macro-procesos), abiertas en 198 juzgados, las cuales tienen principalmente que ver con supuestos de corrupción política en el ámbito local –se dice que más de la mitad de la población española ha conocido un caso de corrupción en su municipio, en un 88% de los casos relacionada con temas de urbanismo o de adjudicación de contratos y obras públicas–, siendo en realidad comparativamente escasa la importancia relativa de la corrupción funcional en España⁽³⁾.

Transparencia Internacional publica también (cada tres años) el Barómetro Global de la Corrupción, que busca reflejar la opinión del público en general. Conclusiones más relevantes del último barómetro son la muy extendida percepción mundial acerca del aumento de los niveles de corrupción del respectivo país, la consideración de los partidos políticos como la institución más corrupta, seguida por el funcionariado, el poder judicial (que mejora), y la policía, así como la poca eficacia de las medidas gubernamentales contra la corrupción, que se acompaña por una escasa confianza en las estructuras formales dirigidas al combate contra la misma.

⁽²⁾ http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2012/Tabla_sint%C3%A9tica_resultados_IPC_2012.pdf

⁽³⁾ M. VILLORIA/F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 109 ss.

El Barómetro 2010 expresa asimismo la distancia entre la realidad objetiva de la corrupción y su percepción por parte de la opinión pública. Así, curiosamente, en países con índices percepción bien satisfactorios (como Australia, Canadá, Chile, Hong Kong, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Estados Unidos), para la opinión pública el grado de corrupción es muy elevado, mientras que en otros, como Afganistán, Azerbaiyán, Georgia, Irak, Marruecos y Vietnam –colocados en la parte más baja de la tabla y donde por definición la corrupción es estructural, institucional y absoluta–, probablemente por la misma opacidad de sus regímenes, la percepción social no es de una incidencia tan generalizada como la que afirman los expertos. La paradoja no resulta extraña para los criminólogos, los cuales han subrayado repetidamente el mismo efecto en relación con el miedo al delito y la percepción de inseguridad: estos no sólo no suelen coincidir con los índices objetivos de seguridad y delincuencia, sino que no pocas veces se presentan como completamente divergentes, llegando a crecer la percepción de inseguridad cuando el contexto objetivo de los delitos es claramente decreciente...⁽⁴⁾

Se diría en este sentido que existe una especie de “círculo vicioso de desconfianza que se autoalimenta”⁽⁵⁾: en un sistema informativo abierto la lucha contra la corrupción genera un importante flujo de noticias y determina una mayor presencia de los casos de corrupción en los medios; pero tal vez por la falta de respuestas punitivas inmediatas (en España la media es de más de 7 años desde las primeras diligencias hasta la apertura del juicio oral), esto, en lugar de reforzar la confianza en que se está luchando por reducir el problema, aumenta paradójicamente la preocupación de la opinión pública. Es más, el hecho de que sean precisamente los políticos los llamados a implementar mecanismos eficaces de respuesta a la corrupción (de aquí también el natural rechazo que suscita la falta de motivación e incluso la negativa a explicar los demasiado frecuentes indultos, que contrasta con la práctica de otros países de hasta restringir sus posibilidades de aplicación en estos casos), unido a la focalización que frecuentemente se da en torno a los escándalos, no tanto para su depuración sino más bien como estrategia mediática en el seno de una lucha política centrada en el desprestigio de los demás, acaban realimentando la desafección institucional y el desapego político, componentes culturales que, combinados con el conocido “efecto eco” (“todos son iguales”, nadie cumple lo dispuesto en la ley...), contribuyen a cualquier cosa menos a frenar la corrupción.

⁽⁴⁾ C. SAN JUAN/L. VOZMEDIANO/A. Vergara, “Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana”, *Eguzkilore*, 23, 2009, pp. 175 ss.

⁽⁵⁾ M. VILLORIA / F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p.129.

Lo anterior no disminuye en modo alguno la urgencia de una eficaz prevención y combate. Es más, frente a quienes opinan que, por eso mismo, es mejor contener el flujo de información y, sin perjuicio de exigir la veracidad y la evitación del sensacionalismo, conviene insistir en la importancia de que la opinión pública esté adecuadamente informada en este plano, por ser muy relevantes los efectos que de ello pueden derivarse para la prevención y para la persecución de los hechos de corrupción, donde la información y denuncia de los hechos resulta insustituible.

II. UN CONCEPTO EN EXPANSIÓN

A la idea de la creciente extensión de la corrupción contribuye también de algún modo, la propia evolución expansiva de este concepto⁽⁶⁾.

1. ¿Soborno o algo más?

Núcleo central es, históricamente, en el Derecho continental europeo, el soborno, consistente de manera fundamental en el intercambio de una acción u omisión por una ventaja indebida, producido de manera irregular en el marco de una entidad de carácter público.

Ahora bien, el término corrupción hace tiempo que rompió los límites de los abusos de poder o irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de una ventaja indebida, para alcanzar ya toda forma de aprovechamiento de una posición pública (o en general, de poder) para fines ilegítimos normalmente de carácter privado.

Recuerda en este sentido QUERALT⁽⁷⁾ cómo en la constelación de figuras relacionadas con la corrupción, caracterizada por una casuística y variedad penológica no siempre justificadas, ha de distinguirse entre delitos capitales y delitos colaterales. Los primeros, en el caso de la corrupción en el sector público, se integran por las infracciones más graves del deber de imparcialidad, cohecho, tráfico de influencias y colusión, mientras que deben incluirse entre los colaterales, los hechos de prevaricación administrativa y judicial, malversación de caudales públicos y falsedades. En el ámbito comparado, también se consideran, a su vez, figuras a tener en cuenta en relación con la corrupción otras que se encuentran de algún modo en su

⁽⁶⁾ J. L. de la Cuesta/I. Blanco Cordero, "Corrupción", en: J. Boix Reig (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 265 ss.

⁽⁷⁾ "Reflexiones marginales sobre la corrupción", en: *Revista Crítica Penal y Poder*, 2012, nº 2, pp. 22 s.

periferia, como determinadas formas de apropiación indebida, ciertas infracciones contables, de obstrucción a la justicia etc., que pueden servir de barrera de contención de la corrupción, y, sobre todo, al blanqueo de capitales, orientado (como la confiscación) a la neutralización de las actividades de normalización de los productos del delito.

2. De la corrupción pública o administrativa, a la corrupción en el sector privado

Aún más, en realidad se está produciendo una “privatización de la lucha contra la corrupción”⁽⁸⁾. Esta ha superado el estricto ámbito de la administración (pública, de justicia etc) o de la política y abarca ya formas semejantes de abuso de poder aplicadas en las relaciones económicas nacionales e internacionales de carácter privado.

Surgida a partir del modelo USA de la *Foreign Corrupt Practices Act* (1997), la tendencia se ha extendido en el Derecho europeo (algunos de cuyos países castigaban ya desde antiguo el soborno de empleados de empresas privadas), fundamentalmente a partir de la Acción Común de 1998 y, sobre todo, de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la corrupción en el sector privado. Base de partida es el entendimiento de que la interferencia de las maniobras corruptas en el sector privado es perjudicial, al fomentar la deslealtad en las relaciones económicas tanto hacia fuera (esto es, en relación con el resto de los competidores en el mercado), como hacia adentro: en cuanto al propio patrimonio de la sociedad, poniendo en peligro los intereses de inversores y accionistas.

Las dificultades surgen a la hora de su adecuada articulación. Prescindiendo de otras alternativas, tradicionalmente, la persecución de las prácticas corruptas en el sector privado ha girado en algunos países en torno a la tutela de la lealtad del empleado respecto de su empresario o empleador, de modo que si éste estaba de acuerdo (p.e. con la ventaja personal –comisión o regalo– ofrecida al empleado de otra empresa para conseguir un determinado contrato) no había infracción alguna. Frente a ello, la línea actualmente dominante considera que el bien jurídico a proteger prioritariamente es la libre competencia, afectada negativamente cuando en el marco de las relaciones económicas se introducen elementos que no son los normalmente esperables por quienes toman parte en las mismas. Lo fundamental para

⁽⁸⁾ A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en: L. ARROYO ZAPATERO/A. NIETO MARTÍN (Dir.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia, 2013, pp. 191 ss.

la persecución penal ha de ser, en suma, la efectiva peligrosidad de la conducta para la libre competencia; de aquí que la violación de los deberes u obligaciones por parte del empleado, además de alcanzar cierta gravedad, debería apreciarse no desde el prisma de la lealtad o deslealtad con el empresario, sino por referencia a aquella.

En todo caso, también respecto de la corrupción en el sector privado cabe distinguir entre delitos capitales y colaterales, integrando los primeros, junto a la corrupción privada en sentido estricto, la administración fraudulenta, la administración desleal y la alteración de mayorías societarias, figuras que la han precedido en el Código y no se han mostrado nada operativas. Los delitos fiscales, el blanqueo, la asociación ilícita, los delitos de organizaciones y grupos delictivos y las falsedades se califican, en este caso, de infracciones colaterales.

3. La corrupción en otros ámbitos específicos

La persecución de la corrupción en el sector privado se postula asimismo respecto de personas pertenecientes a profesiones liberales (abogados) y, en general, entre personas que no se encuentran ligadas por relación laboral alguna. Este es especialmente el caso del deporte, tan atractivo para la delincuencia organizada por el dinero que mueve en sí mismo y a través de las apuestas.

También son de mencionar aquellas profesiones de las que se espera una actuación inspirada en la imparcialidad, como los auditores y las agencias calificadoras (p.e. de la deuda pública estatal o de productos financieros); todo ello sin perjuicio de que la falsedad en las informaciones hechas públicas pueda igualmente dar lugar a persecución por delitos de abuso del mercado.

4. Hacia una figura común de corrupción

Los desarrollos anteriores resultan de especial interés, como acertadamente subraya Adán NIETO⁽⁹⁾, a la vista del proceso creciente y generalizado de privatización de los servicios públicos, al permitir continuar sancionando aquellos comportamientos (p.e. de soborno) hasta entonces punibles por la vía del cohecho tradicional.

Ahora bien, dependiendo de que el sujeto activo pueda ser o no tenido por funcionario público a efectos penales, será diferente la vía de persecu-

⁽⁹⁾ *ibidem*, pp. 200 s.

ción penal, algo que en algunos países comienza a ser evitado a través de la unificación de los delitos de corrupción de funcionarios públicos y de particulares, siguiendo el ejemplo de los países nórdicos recientemente asumido por la *Bribery Act* británica (2010).

III. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL

El desarrollo expansivo de la noción y de la fenomenología de la corrupción ha encontrado vivo reflejo en la normativa internacional y en el Derecho penal interno, objeto de repetidas reformas en esta materia en los últimos años.

1. Iniciativas internacionales

Cronológicamente, el inicio de los esfuerzos internacionales en relación con la corrupción se enmarca fundamentalmente en la última etapa del siglo XX⁽¹⁰⁾. Es entonces cuando desde organizaciones supranacionales se comienza a trabajar, primero, en el estudio del fenómeno de la corrupción y, luego, en la promoción y aplicación de medidas efectivas para su prevención y sanción.

Hitos relevantes son el *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (1997) y, sobre todo, la *Convención de Palermo contra el crimen organizado internacional* (2000) y el *Programa y la Convención contra la corrupción* (2003) en el marco de las Naciones Unidas. En el ámbito europeo, junto a las resoluciones, recomendaciones y convenios del Consejo de Europa —en particular, el Convenio núm. 173, de 1999: *Convenio Penal contra la Corrupción* (completado por el *Protocolo adicional de 2003*)⁽¹¹⁾— y los trabajos del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), destacan los textos aprobados por la Unión europea:

1. el *Convenio Europeo de protección de los intereses financieros de las comunidades* (1995) y sus diversos *protocolos*, especialmente, el *Protocolo adicional de 1996 sobre definición de la corrupción activa y pasiva contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas* y el llamado *Segundo Protocolo*;

⁽¹⁰⁾ J. L. de la Cuesta, "Iniciativas internacionales contra la corrupción", en: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 17, 2003, pp. 5 ss.; M. E. Torres Fernández, "Marco normativo internacional contra la corrupción", en: L. Morillas Cueva (Dir.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, 2012, pp.163 ss.

⁽¹¹⁾ También es de mencionar el *Convenio Civil* (núm. 174), centrado principalmente en asegurar la reparación y la defensa de las víctimas y perjudicados.

2. el *Convenio de 1997 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*; y, por último, aunque no en importancia,
3. la *Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, que fuera precedida por una *Acción común específica (98/742/JAI)*.

Enfocados hacia el asentamiento de bases comunes para asegurar la cooperación penal internacional en la persecución de una práctica demasiado extendida (incluso en lo referente a la posibilidad de calificación como gasto fiscalmente deducible del precio de los sobornos), la ratificación de los textos internacionales llevó a la inclusión en los códigos penales de referencias explícitas a los funcionarios públicos extranjeros, hasta entonces al margen de los tipos penales en muchos países dada la naturaleza del cohecho de delito contra la Administración. También atrajo el interés de los textos internacionales, particularmente a nivel de Naciones Unidas, la intensa ligazón entre las prácticas corruptas y las organizaciones criminales, así como la necesidad de su tratamiento unitario con otras figuras delictivas conexas, la corrupción en el sector privado o la posible responsabilidad de las personas jurídicas.

En el plano europeo, la asimilación en el tratamiento punitivo de los actos de corrupción con implicación de funcionarios europeos y los supuestos que involucran a funcionarios del propio Estado, así como la exigencia de responsabilidad de los altos cargos de la empresa (y/o de las personas jurídicas), centran el interés de los primeros instrumentos, que se ven inmediatamente seguidos por la asunción de la necesidad de trasplantar los mecanismos de transparencia y de lealtad exigibles en las relaciones con la administración pública al ámbito económico y de las transacciones económicas privadas, exigiendo por tanto a los Estados europeos la incriminación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado (presente ya en el Convenio del Consejo de Europa). Estas deben ser castigadas con privativas de libertad con una "duración máxima de al menos de uno a tres años", así como, en su caso, con inhabilitaciones profesionales. Es más, según el Informe de la Comisión de 2011, desde 2010 los Estados tienen el deber de incluir entre los comportamientos delictivos el ofrecimiento de sobornos a directivos o empleados con el fin de que incumplan sus obligaciones, sin hacer depender la imputación típica de la afectación o peligro para la competencia, línea amplia ya propugnada por los Convenios de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, que extiende excesivamente la intervención penal en contrariedad con los principios de necesidad y de *ultima ratio*.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 83.1 del Tratado de Lisboa, la lucha contra la corrupción es, asimismo, uno de los ámbitos susceptibles de armonización penal⁽¹²⁾, a través de las correspondientes directivas.

2. Derecho español: Últimas reformas

Paralelamente a la evolución internacional e impulsada, especialmente en los últimos tiempos, por el rotundo rechazo naturalmente generado por los casos de corrupción política, son muchas las reformas penales que han incidido en la materia, configurando progresivamente un mapa punitivo integrado por múltiples figuras delictivas, no todas ellas calificadas explícitamente como corrupción, un término que el Código penal sólo emplea en el caso de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y de la corrupción entre particulares.

El delito de corrupción “por excelencia”⁽¹³⁾ sigue siendo el cohecho, comprensivo de un conjunto de tipos penales centrados en comportamientos funcionariales y/o referidos a funcionarios, que han sido objeto de una profunda reorganización y simplificación por parte de la reforma de 2010. Esta, además de ampliar significativamente el ámbito de los sujetos activos –incorporando a interventores designados judicialmente, jurados o árbitros⁽¹⁴⁾, así como a los funcionarios de la UE y demás Estados miembros y otras personas que ejerzan funciones públicas sin ser funcionarios–, ha aumentado igualmente las distancias entre el cohecho activo y el pasivo, despejando las dudas de punibilidad en torno al cohecho activo impropio, lo que –sin perjuicio de las incoherencias y otras posibles críticas de carácter más técnico– ha de valorarse de manera positiva.

La reforma de 2010 también ha procedido a la inclusión en el Código Penal del delito de corrupción entre particulares (art.286 bis) en la línea exigida por la normativa europea; se echa en todo caso en falta la cobertura explícita de la corrupción transnacional en el sector privado.

⁽¹²⁾ Junto al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. J. L. de la Cuesta, “Armonización penal en la Unión Europea”, en C. Arangüena Fanego/A. J. Sanz Morán (coords.), *La Reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp.135 ss.

⁽¹³⁾ I. BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2012: nuevos delitos y aumento de penas”, *La Ley*, 15058/2010, pp. 23 ss.

⁽¹⁴⁾ Dudosa es, con todo, la inclusión de los “árbitros privados que desempeñan su actividad en el contexto del arbitraje comercial” y “de los jurados y árbitros extranjeros”, *ibidem*, p. 25.

Al hilo de esta última reforma se recoge igualmente en Derecho penal español la tipificación explícita de la corrupción en el deporte (art. 286 bis 4).

Además se han incrementado las penas, que en la amplia mayoría de supuestos comprenden prisión o bien inhabilitación por tiempo superior a cinco años, por lo que la prescripción de esos delitos sólo tendrá lugar pasados los diez, pudiendo alcanzar los quince años cuando la pena de inhabilitación, como en el cohecho propio, supere los diez años de duración (art.131.1). El problema de su ineficacia deriva, sin embargo, de la carencia de una apropiada ley de ejecución penal que permita asegurar el efectivo cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de derechos frecuentemente utilizadas como reacción punitiva para estos hechos delictivos. Falta asimismo más imaginación y contar con respuestas sancionadoras menos convencionales (como la publicación de la sentencia o la obligación de implantar programas de cumplimiento) que han demostrado su eficacia en otros sistemas jurídicos.

En todo caso, y dejando a un lado la reforma del delito de blanqueo perfectamente aplicable ya a todos los casos de corrupción, la inclusión en el art. 127 del comiso ampliado de ganancias procedentes de actividades delictivas (cometidas en el marco de un grupo u organización criminal) permitirá incidir de mejor manera en la privación de las ganancias de la corrupción, a lo que también contribuirá la Oficina de Recuperación de Activos.

Muy relevante en cuanto al castigo de la corrupción puede ser igualmente la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, vigente en España desde diciembre de 2010. Aun cuando la aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se refiera de modo exclusivo a "los supuestos previstos en este Código" y la reforma haya limitado en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica⁽¹⁵⁾, entre los delitos susceptibles de generar esta responsabilidad se encuentran el cohecho (art. 427.2), el tráfico de influencias (art. 430), la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2) y la nueva figura de corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis). A su vez, la reforma de 2012 ha puesto fin a la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en la lista de entidades excluidas de la responsabilidad penal⁽¹⁶⁾, por lo que podrán ser ya declaradas declarados

⁽¹⁵⁾ J. L. de la Cuesta, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", en: *ReAIDP-eRIAPL*, 2012, A-01.

⁽¹⁶⁾ En la actualidad, las entidades de Derecho público y asimiladas (en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de derecho público) y las entidades estatales mercantiles que o bien ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas,

penalmente responsables por los hechos previstos en el Código penal en las condiciones legalmente exigidas.

La misma reforma en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social ha introducido un nuevo artículo 433 bis, dirigido a dotar de la máxima transparencia al sector público y a reforzar la garantía de veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas, sancionando el falseamiento (por autoridades o funcionarios públicos) de la contabilidad, documentos o información de relevancia económica, así como la facilitación a terceros de esa “información mendaz” si resulta idónea para causar un perjuicio económico a la Administración o entidad pública.

IV. LA CORRUPCIÓN ANTE LA JUSTICIA

La previsión y más completa y esmerada tipificación de las diversas figuras delictivas relativas a la corrupción constituye un presupuesto fundamental en la lucha efectiva contra este fenómeno delictivo. De poco sirve, con todo, si no se supera el grave déficit de aplicación, destacado por los informes del GRECO también para España⁽¹⁷⁾, y que –junto a las resistencias de todo tipo procedentes de múltiples ámbitos de poder– tiene asimismo que ver con las dificultades probatorias inherentes a unos hechos caracterizados por el secretismo y la ocultación. Aunque se desconoce realmente su eficacia, la previsión de excusas absolutorias, como la del art. 426 CP –que exime de responsabilidad criminal al particular que, habiendo cometido cohecho, decide denunciarlo en un plazo no superior a dos meses (hasta 2010 el plazo era de diez días)– busca, este sentido, favorecer las denuncias, que en la práctica suelen ser escasas.

Por todo lo anterior y por la propia complejidad de los mecanismos (económicos y jurídicos) empleados, los hechos de corrupción no resultan fácilmente perseguibles por los órganos policiales y judiciales tradicionales, más acostumbrados a la delincuencia de la calle –la de los pobres y colectivos sociales desfavorecidos– que a los comportamientos sofisticados de quienes ejercen el poder económico y político o se mueven en sus aledaños. De aquí que, progresivamente, se hayan desarrollado en los diversos países

o bien ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (artículo 31 bis 5).

⁽¹⁷⁾ Así, GRECO, *Second Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on Spain*, Strasburg, 2009 ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)10_Add_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)10_Add_Spain_EN.pdf))

instancias específicas de persecución –como las fiscalías anticorrupción españolas, y otro tipo de grupos o brigadas policiales especializada–, integradas por equipos estables más competentes y formados desde un punto de vista técnico para conseguir penetrar mejor en unas redes muy frecuentemente ligadas con el propio crimen organizado, ámbito en el que se encuentran ampliamente extendidas medidas específicas en relación con el comiso y la confiscación, el secreto bancario y para la protección de testigos, peritos y víctimas, así como el empleo de técnicas excepcionales de investigación como la provocación policial, los agentes encubiertos, inversiones de la carga de la prueba..., no todas aplicables, por fortuna, en el Derecho español.

Las dificultades presentan perfiles específicos cuando la persecución ha de realizarse en el plano internacional: a los obstáculos prácticos y operativos –que se ven agravados en sistemas como el judicial español, en el que no existe propiamente un censo oficial de casos ni de sentencias de corrupción y donde el déficit de medios materiales y personales es ampliamente conocido⁽¹⁸⁾– se añaden los problemas jurídicos, derivados de la disparidad en la definición de las conductas delictivas... Los textos internacionales subrayan por ello la urgencia del trabajo por la armonización de las legislaciones estatales, la intensificación y mejora de los procedimientos de extradición, entrega, auxilio judicial mutuo, transferencia de procesos y de personas, así como en el fomento de investigaciones conjuntas...

Punto de especial relevancia es el de los límites territoriales de aplicación del derecho penal. Siendo como es producto de la soberanía estatal, el principio de territorialidad se erige en criterio elemental a la hora de la aplicación espacial de sus previsiones normativas, muy en particular respecto de aquellas infracciones penales que involucran a funcionarios públicos. Frente a ello, proliferan en el derecho internacional y comparado las cláusulas de extensión de la competencia jurisdiccional, que permiten la persecución y sanción de todo hecho de corrupción (incluso si afecta a funcionarios extranjeros o internacionales): tanto cometido en el propio territorio (bastando simplemente que alguna parte del hecho haya tenido lugar en el mismo) como, sea cual sea el lugar de comisión, realizado por sus nacionales o, simplemente, si redunda en beneficio de una persona o entidad domiciliada en el territorio del propio Estado.

⁽¹⁸⁾ Según el Servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial serían necesarios 64 nuevos jueces, 18 nuevos secretarios judiciales y 150 funcionarios adicionales, así como la constitución de una unidad permanente de peritos en la Audiencia Nacional. EFE, 25 de abril de 2013.

V. POR UN ENFOQUE INTEGRAL

1. Los tres niveles de interpretación criminológica: delito / delincuente / delincuencia

Hace tiempo, en todo caso, que la Criminología destaca la insuficiencia del enfoque penal tradicional (centrado exclusivamente en el hecho concreto y en quien lo realiza) y reclama para la lucha contra los fenómenos delictivos importantes una verdadera política criminal, que añada a los anteriores —el delito y el delincuente— otros perfiles y consideraciones y, muy en particular, un tercer nivel de interpretación e intervención: el de la delincuencia⁽¹⁹⁾, que se fija en el fenómeno delictivo en cuanto tal, como algo más que la mera suma de los hechos particulares e individuos. Lo anterior es plenamente aplicable a la corrupción: por su complejidad y por sus características propias (¿hasta sistémicas?) tampoco respecto de esta “enfermedad mortal de las democracias”⁽²⁰⁾ remitir los esfuerzos a la simple tipificación de hechos punibles y su persecución, por más eficaz que ésta sea, parece una postura razonable.

2. Una verdadera política criminal —y no sólo penal— contra la corrupción

Ciertamente, una adecuada política penal, centrada en la apropiada tipificación de los hechos delictivos y el aseguramiento de su más efectiva (y no aleatoria) persecución y proporcionada sanción es de todo punto imprescindible.

Pero la contención del fenómeno de la corrupción, en cuanto tal fenómeno, requiere mucho más. Precisa de una adecuada política criminal que, partiendo de la más completa investigación de sus dinámicas y causas estructurales, integre de manera interdisciplinar los esfuerzos anteriores en el marco de un completo programa de lucha contra la corrupción y sus conocidos factores de riesgo. En el seno de estos programas, propugnados internacionalmente (v.gr. las Naciones Unidas), aspectos como el fomento de esa indispensable cultura social de tolerancia cero contra la corrupción y el fraude, tanto en el ámbito de lo público como en lo privado, deben combinarse con otros tipos de intervenciones dirigidas a asegurar la calidad del gobierno, la transparencia, la restricción y el control de los márgenes de discrecionalidad (tantas veces excesivos al permitir, p.e. en la contratación, la postergación de las mejores ofertas por nada transparentes criterios de oportunidad política o de conveniencia) y, en general, la conducta ética en los servicios públicos y corporativos, la formación, la limpieza y la transparencia de la vida política

⁽¹⁹⁾ J. PINATEL, *Criminología*, 2ª ed., Caracas, 1974

⁽²⁰⁾ D. SZABO, “La corruption: aspects socio-culturels et études comparées des stratégies de prévention et repression”, *Annales Internationales de Criminologie*, 39, 1-2, p. 43.

y administrativa (desde la selección de funcionarios a todo tipo de contratación), así como con el refuerzo de los indispensables mecanismos de pesos y contrapesos dirigidos a evitar la contaminación de intereses y asegurar cierta coparticipación política y funcional o entre diversos niveles administrativos en los órganos de decisión. También ha de garantizarse el seguimiento, denuncia y evaluación eficaces, en su caso, por órganos técnicos (hasta internacionales) independientes, esto es, no sometidos al control político de las administraciones a las que sirven o de las que dependen.

Como en tantos otros ámbitos de la vida, tampoco respecto de la corrupción puede el Derecho penal ser el único parámetro no ya de lo social o políticamente admisible, sino incluso de la pura respuesta a la ilegalidad. Como instrumento de último recurso, al Derecho penal no le corresponde responder a cualquier infracción de la legalidad, sino sólo ocuparse de los comportamientos más gravemente atentatorios de los bienes jurídicos más trascendentales; es más, por su propia naturaleza y conforme al principio de subsidiaridad no debería aplicarse allá donde otros instrumentos jurídicos (como el Derecho administrativo o corporativo) pueden con sus normas y sanciones específicas garantizar suficientemente el respeto y protección de aquellos bienes.

Además, para el aseguramiento de la protección de los bienes jurídicos, al lado de las sanciones penales y, en su caso, administrativas (o de otro orden), son imprescindibles otras vías de intervención, particularmente en el plano de la contención y de corte preventivo.

3. Importancia creciente de la autorregulación

Esto es algo perfectamente conocido en el ámbito de las organizaciones donde proliferan los mecanismos de autorregulación.

La autorregulación (en su caso, regulada por el Estado en sus elementos más básicos), con sus procedimientos internos de prevención, de denuncia, de investigación y de control y otros elementos complementarios (como la *due diligence*) ocupa un espacio cada vez más extendido en las estrategias anticorrupción, como plasmación del compromiso de entidades y empresas en la prevención, detección y hasta denuncia de los comportamientos delictivos; y puede igualmente dar lugar a sanción, como en la *Bribery Act*, si no se cumple adecuadamente. La actualidad del debate sobre la autorregulación alcanza hasta al marco penal donde se discute acerca de la incidencia que el contar con programas de autorregulación (o *compliance*) puede alcanzar frente a la potencial exigencia de responsabilidad (hasta penal) a una persona jurídica por hechos cometidos por sus directivos, representantes o empleados en su provecho.

La administración pública no debería quedar al margen de lo anterior. Sería por ello muy recomendable que la legislación en materia de transparencia acompañara la formulación de postulados éticos y principios de actuación, de espacios de autorregulación por parte de las propias instituciones y/o servicios, abiertos a la implementación de estrategias e instrumentos específicos de responsabilización, así como para la prevención, denuncia y control efectivos de los comportamientos que los contradigan, aun cuando por su menor entidad no constituyan ilícitos penales, sino irregularidades de alcance hasta menor, que no por ello deben dejar de ser objeto de corrección.

4. Responsabilidad penal-responsabilidad política

La necesidad es hasta imperiosa en el plano político: hay que distinguir claramente entre responsabilidad penal y responsabilidad política. Ambas se rigen por principios y presupuestos diferentes, y ni tienen ni pueden tener las mismas consecuencias, sin que sea admisible la frecuente reconducción reductivista de la responsabilidad política al mero test electoral, gobernado por otros parámetros y variables.

En este sentido y sin perjuicio de que nadie deba ser considerado penalmente culpable hasta tanto no lo declare la Justicia, no parece aceptable que personas judicialmente imputadas con las debidas garantías, sobre las que penden por tanto acusaciones muy verosímiles de corrupción, continúen en el desempeño de sus altas posiciones (en el gobierno, en el parlamento, en la administración, en el propio partido político..) hasta que recaiga sentencia firme, máxime cuando la falta de condena penal no necesariamente tiene que ser sinónimo de honorabilidad e incluso puede derivar de la concurrencia de elementos o circunstancias muy relevantes en la esfera de lo punible, pero no desde el prisma de la consideración y rechazo social o político que han de merecer los hechos.

VI. RESUMEN:

Los esfuerzos de modernización penal y procesal contra la corrupción sólo serán efectivos si se ven acompañados de la dotación de unos medios de los que carece hoy la Administración de justicia. Resulta además imprescindible el abordaje integral de un fenómeno con ramificaciones mucho más extensas, en el que la responsabilidad política no debería ser una mera consecuencia de la condena penal, ni reconducirse simplemente al test electoral, y donde la autorregulación, basada en compromisos éticos colectivamente asumidos, se ha convertido ya en pieza clave.

PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES Y PROCESALES EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Universidad de Barcelona
España

SUMARIO:

I. Introducción. II. Perspectiva sociológica de la corrupción. III. Corrupción pública y política criminal. IV. Victimología y corrupción. V. Corrupción entre particulares. VI. Tráfico de influencias. VII. Técnica legislativa y problemas concursales. VIII. Problemas de persecución.

I. INTRODUCCIÓN

1. Tradicionalmente la corrupción ha sido un tema vinculado a la función pública. No obstante, en la actualidad, también se pretende perseguir la corrupción privada. La tutela del mercado a través del Derecho penal es relativamente reciente. Desde una concepción liberal de la economía la defensa de los intereses de las partes intervinientes en un contrato se establecía a través de la plena libertad y autonomía de voluntad para establecer los pactos que creyesen más adecuados a sus intereses. El Derecho mercantil y, en ocasiones el Derecho administrativo, tenían la función de proteger el cumplimiento del contrato libremente otorgado entre las partes, mientras que el Derecho penal no se consideraba legitimado para intervenir. La concepción del Estado como estado social y democrático de Derecho determina que surjan posicionamientos más intervencionistas, lo que, a su vez, se refleja en la protección

de los intereses de empresas, socios, etc. En ese contexto se introducen en el Código Penal los delitos contra el mercado y los consumidores, para proteger los intereses económicos de los consumidores. Protección que se amplía progresivamente con la introducción de los delitos societarios, la protección del mercado de valores, de la propiedad industrial e intelectual y finalmente incluso la llamada "corrupción privada", incluida la limpieza de las competiciones deportivas. Uno de los argumentos que se plantean para defender esta incriminación es el poder de las grandes empresas y corporaciones que, se afirma, es mayor que las propias administraciones públicas. Argumento cierto pero no completo: estas grandes empresas/corporaciones están directamente vinculadas con el poder político. En España tenemos claros ejemplos de ello cuando se advierte como políticos imputados y/o sospechosos en casos de corrupción son "fichados" por esas empresas⁽¹⁾.

2. Esta situación no es pacífica y puede afirmarse que realmente es contradictoria. De una parte, en la actualidad, estamos en un momento de avance imparable de ideologías de corte neoliberales y dominados por los "mercados", discutiéndose la legitimidad de la intervención penal en la protección de estos intereses. En sentido opuesto, cada vez se introducen nuevos preceptos en nuestro Código Penal, que, a su vez, responden a Directivas internacionales y europeas en esa dirección. Aun cuando no es este el lugar para entrar en la discusión que se ha suscitado en la doctrina penal entre los defensores del llamado Derecho Penal mínimo y quienes propugnan la necesidad de intervención en estos nuevos ámbitos, en base a que nos encontramos en la llamada sociedad del riesgo⁽²⁾, lo cierto es que la interpretación de estos delitos y, en consecuencia, su aplicación, depende en gran medida del punto de partida por lo que será necesaria una mínima referencia.
3. Las dificultades de persecución y castigo de estas conductas, tanto desde un punto de vista procesal como desde las instituciones del Derecho penal material, así como los problemas que se suscitan desde una perspectiva sociológica y criminológica, no excluyen la relevancia de estas conductas. No puede negarse la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos, porque no puede dudarse de que actuaciones como las que llevaron a efecto Enron/Arthur Andersen, Lehman Brothers o Maddox, los directi-

(1) Por poner un ejemplo, RODRIGO Rato, tras hundir definitivamente Bankia, a través de una estafa que afecta a miles de personas, ha sido fichado por Emilio Botín, del Banco Santander.

(2) Sobre la situación de la política criminal en Europa y, en concreto, sobre este debate, vid. *Política Criminal en Europa* (MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, Dirs, GÓMEZ MARTÍN, Coord), Barcelona 2004, passim

vos de bancos islandeses, y, por supuesto, los españoles (Afinisa, Bankia, Caixa Catalunya, CAM, etc.) tienen una lesividad incomparablemente superior a la que puedan suponer los clásicos delitos contra el patrimonio. Partiendo de la necesidad de la intervención por el enorme riesgo/lesión que suponen para empresarios, consumidores y la sociedad en general, y, por consiguiente, la legitimidad de la intervención penal, nos queda una cuestión no menos importante ¿cómo podemos asegurar la eficacia de la intervención penal en estos ámbitos?

4. Como veremos, la corrupción la encontramos en todos los países, incluso aquellos que parecen liderar la ética y los llamados códigos deontológicos, criticando a los países del "sur", como es el caso de Alemania. Alemania ocupa el puesto catorce en la lista de países más corruptos del mundo⁽³⁾. El Caso Siemens, que normalmente se cita como ejemplo de corrupción privada, nos permite advertir la íntima relación entre la corrupción pública y privada, que señalaba. Se trata simplificando de "sobornos"⁽⁴⁾, por parte de empleados de Siemens, a cargos estatales de Rusia, Argentina, Brasil, Nigeria o Grecia. En este punto hay que resaltar como el propio "mercado" (Organismo Regulador del Mercado de Valores (SEC), el Banco Mundial la OCDE) han reaccionado de forma mucho más contundente que los tribunales. En esta misma línea, en su momento, Enron y Arthur Andersen quebraron, al igual que han desaparecido Lehman Brothers o Maddox, aun cuando en estos casos, la intervención penal también fue relevante.
5. Para conseguir que la intervención penal sea eficaz, es necesario, en primer término, una buena técnica legislativa, lo segundo, y no menos importante, es contar con los medios necesarios para que la investigación y persecución de estos delitos sea posible y eficaz. Tercero, para que estos preceptos cumplan con la función de motivación que se predica de la norma penal, es necesario que las consecuencias de la intervención penal tengan eficacia intimidatoria, respecto de los autores de estas conductas. Cuarto es imprescindible concienciar a la sociedad de la gravedad de estas conductas. Cuestión no baladí porque, como enunciaremos, por diversas razones, como el no existir un perjuicio directo a personas concretas, en muchas ocasiones, o por existir una cierta admiración hacia quienes llevan a efecto estas actividades ("si pudiera lo haría") la sociedad no advierte la gravedad por las consecuencias a medio y largo plazo.

⁽³⁾ Según un informe de Transparency International de 2011. En México, la corrupción "roba" el 10 % del PIB.

⁽⁴⁾ 1.500.000 \$ entre 2001 y 2006, que representaba prácticamente la mitad del importe total de los contratos (8 millones, por ejemplo a dos representantes del gobierno de Sao Paulo).

II. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA DE LA CORRUPCIÓN

1. En esta línea, desde una perspectiva sociológica, puede advertirse también el por qué la delincuencia de “cuello blanco” difícilmente es perseguida y, cuando lo es, las consecuencias lesivas que tiene para los autores es mínima. En una primera aproximación se advierten tres situaciones que se repiten: a) sujetos que han cometido delitos de corrupción son alabados y votados por el pueblo⁽⁵⁾; b) una gran parte de la sociedad haría lo mismo si pudiera; c) no existe una línea divisoria clara entre lo que es criminal y lo que no es ético⁽⁶⁾. Por ello, del análisis no pueden excluirse argumentos filosóficos y éticos, de ausencia de valores, en una sociedad que aprecia exclusivamente el poder y el dinero, sin que ello excluya que la corrupción es inherente al hombre y por ello ha existido en todos los tiempos⁽⁷⁾. Siendo cierta esa afirmación no lo es menos que hay épocas en que han existido de forma más mayoritaria, valores diferentes a la riqueza o al poder.
2. Se plantean diversos factores que explicarían la corrupción: a) de naturaleza estructural: inestabilidad económica o en el cargo. Al respecto hay que indicar que el criterio de asegurar la estabilidad económica y profesional de los funcionarios está directamente orientado en evitar la corrupción. Ello podría explicar por qué, en España, la corrupción se está produciendo, esencialmente, entre cargos políticos directos o de libre designación por estos; b) oportunidades para conseguir beneficios con un aparentemente bajo riesgo de ser descubiertos y menos aún de ser sancionados. En esta línea se explicaría el aumento exponencial de la corrupción ante una sensación de impunidad que en España ha llegado a ser total desde mediados de los 90 hasta el estallido de la actual crisis; c) ausencia de medios de control, factor íntimamente relacionado con el anterior. En España han fallado estrepitosamente, tanto los medios de control interno como externo, desde la CMV, pasando por el Tribunal de Cuentas y terminando por la Fiscalía. A ello hay que sumar la vinculación de los diferentes medios de comunicación a los diferentes partidos políticos, el control, por parte esos mismos partidos políticos, de

⁽⁵⁾ Paradigmática al respecto es la absolución de Francisco Camps, en una pieza separada del Caso Gurtel, el 25 de septiembre de 2012, por parte del jurado, siendo aplaudido a su salida como un héroe y posteriormente votado en las urnas. Absolución que, por otra parte, ha sido ratificada por el Tribunal Supremo, STS de 9 de abril de 2013.

⁽⁶⁾ Cfr. GREEN/KUGLER, “Public Perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury, and Fraud”, en *Law and Contemporary Problems*, nº 75, 2012, pp. 33-59.

⁽⁷⁾ En este sentido la frase de Séneca: “la corrupción es un vicio de los hombres no de los tiempos”.

las altas instancias judiciales y, directamente por el Gobierno, en el caso de la Fiscalía o de la Agencia Tributaria.

3. Otro aspecto a tomar en consideración es que no puede confundirse ética con Derecho y que no toda corrupción es ilícita. Ello lleva aparejada la dificultad de poder establecer una línea divisoria clara entre lo lícito y lo ilícito en este tipo de conductas⁽⁸⁾. En cierta medida, a partir de una perspectiva filosófica y sociológica, se plantea una cuestión con ciertas similitudes a la finalidad de prevención general positiva que se analiza en la política-criminal. No obstante, hay una diferencia clara de paradigma ya que para GREEN no se debe perseguir la fidelidad al Derecho, afirmando que el Derecho no será efectivo y legítimo si la ciudadanía no es capaz de discernir entre lo lícito y lo ilícito. Situación que se plantea de forma muy evidente en los delitos que nos ocupan⁽⁹⁾.

III. CORRUPCIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA CRIMINAL

1. La intervención penal en materia de corrupción pública siempre ha existido, aun cuando en las últimas décadas se ha ampliado introduciendo, por ejemplo, los delitos de tráfico de influencias. Al respecto tiene gran relevancia los diferentes instrumentos internacionales elaborados en aras a luchar contra la corrupción⁽¹⁰⁾. En el Preámbulo de la UNCAC se afirma: *“la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”*⁽¹¹⁾. Por tanto, a nivel teórico, no se discute su legitimidad, no obstante, en la práctica

⁽⁸⁾ Cfr. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (en el original, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, 2006) (trad. Amorós Bas/Ortiz de Urbina Gimeno/Agustina Sanllehi), Ed. Marcial Pons 2013, *passim*, trata de poner de manifiesto la relación entre lo penal y lo ético que, aun cuando no puede confundirse tampoco puede contradecirse.

⁽⁹⁾ GREEN/KUGLER, *Law and Contemporary Problems*, op.cit, pp. 33 ss., ponen, como ejemplos de líneas difusas entre lo inmoral y lo criminal, el cohecho, el falso testimonio, el tráfico de influencia y la estafa.

⁽¹⁰⁾ En esta línea la ONG, *Transparency International* (TI), fundada en Berlín en 1993; el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales (París, 17.12.1997), a partir de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de EEUU, de 1997, recogido en el art. 445 CP; GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), del Consejo de Europa, etc.

⁽¹¹⁾ *Global Programme Against Corruption* (GPAC), elaborado por el *Centre for International Crime Prevention* (CIPC), de Naciones Unidas, que tuvo como uno de sus frutos la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (*United Nations Convention*

los supuestos en los que se interviene son mínimos, en relación con la cifra negra, y menor son aún los casos en los que se llega a una sentencia condenatoria y bajo mínimos nos encontramos cuando se examinan los supuestos en los que esa condena se ejecute efectivamente. No olvidemos que siguen vigentes institutos como el indulto, que es utilizado por los diferentes gobiernos para “saltarse” el poder judicial y evitar que los corruptos “amigos” cumplan su responsabilidad penal⁽¹²⁾.

2. Lo anterior se compadece mal con la lesividad que conlleva esta delincuencia, no únicamente desde una perspectiva económica, sino también de crisis de valores, descrédito de la política e incluso riesgo para la democracia. En España, en estos últimos años se han ido descubriendo diversas tramas, Gurtel, Bárcenas, Camps, Urdangarin, ERES, Palau, etc., que afectan a todos los partidos políticos y que están causando un daño incalculable, tanto social como económico⁽¹³⁾, difícilmente reparable. Corrupción altísima que, pese a todo, es inferior a la existente en Italia y en Grecia, que en el contexto de la Europa occidental es sin duda la más elevada.
3. Respecto de la eficacia de los delitos socioeconómicos y de corrupción, en cuanto cumplan o no su finalidad preventiva, hay dos aspectos que es necesaria poner de manifiesto. Desde el llamado Derecho penal de tres velocidades (SILVA) se afirma la legitimidad penal de la intervención penal en estos ámbitos, siempre que no estén previstas penas privativas de libertad. Afirmación que es absolutamente contradictoria con las necesidades preventivas generales y especiales. La pena de multa, máxime cuando puede ser muy inferior a la prevista en vía administra-

Against Corruption, UNCAC), 31 de octubre de 2003, ratificada por España y publicada en el BOE nº 171, de 19 de julio de 2006.

- (12) Examinando las listas de indultos concedidos se observa un elevado número de banqueros, alcaldes y altos cargos, condenados por corrupción, cuando la cifra de condenas por esta causa es pequeña. Recientemente han sido muy comentados los indultos a una alto directivo del Santander, por parte del gobierno del PSOE o de los policías catalanes que habían torturado a un detenido. En este caso un doble indulto para evitar su entrada en la cárcel, ya que la Audiencia Provincial de Barcelona, que había dictado la primera sentencia condenatoria, entendió que, aunque por el indulto la pena (que ya había sido rebajado por el Tribunal Supremo a cuatro años) de dos años podía dar lugar a una condena condicional, en este caso por la gravedad de la penal no podía concederse la condicional. Ejemplo de la utilización política de este instituto lo es también la negativa, del Govern catalán (CIU), a que se indulte a los condenados en el caso Pallerols (PSOE).
- (13) Un informe del Tribunal de Cuentas Europeo, de julio de 2013, evidencia que el coste del kilómetro de autopista es cuatro veces superior en España que en Alemania, teniendo en consideración las diferencias orográficas. ¿Cómo se explica este desfase, teniendo en cuenta demás que el cemento en España es más barato que en Alemania?

tiva o a la indemnización que debiera hacerse efectiva en vía mercantil o civil, carece de eficacia intimidatoria. La eficacia todavía resulta más en entredicho cuando se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽¹⁴⁾. En el caso de la corrupción pública las causas de la ausencia de eficacia preventiva son similares a lo referido anteriormente, aun cuando a ello se suma la presión que, sobre las instituciones competentes para iniciar y perseguir penalmente los hechos (jueces y fiscales), ejercen los partidos políticos afectados.

4. Por ello, en relación con la investigación y persecución, junto a los medios humanos y materiales que se requieren (peritos especializados, posibilidad de acceso a la información, etc.), son necesarios dos elementos más: a) independencia de los responsables de la investigación, en particular de los fiscales; b) posibilitar el intercambio de información con otros países, porque otra de las características de estos delitos es su "internacionalización". En España, el presidente Aznar, en su segunda legislatura, en la que gozaba de mayoría absoluta, suprimió las Fiscalías anticorrupción. Supresión que es evidente que está relacionado con la aparente "ausencia de corrupción" durante un tiempo y la acumulación de casos cuando se pusieron de nuevo en funcionamiento. Y ello, aun cuando, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno y la Fiscalía tiene un funcionamiento jerárquico.
5. Desde otra perspectiva, es evidente que una fórmula eficaz sería erradicar los "paraísos fiscales", lo que es una pura utopía, aunque sería la única posibilidad real de acabar, o limitar en gran medida, la delincuencia socioeconómica y patrimonial, en gran escala, así como con los incentivos para la corrupción. La localización de los bienes del autor debería ir acompañada de su decomiso, lo que tendría una eficacia intimidatoria y, en consecuencia, preventiva, de primer nivel. A ello se sumaría que el perjuicio ocasionado podría ser, al menos en parte, reparado.

⁽¹⁴⁾ Aun cuando en este trabajo no es posible entrar en el tema de la corrección político-criminal de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, realizaré unas mínimas reflexiones. Responsabilidad que se presenta como la más eficaz para prevenir la delincuencia socioeconómica. Por el contrario, entiendo que la previsión de que responda penalmente la persona jurídica, aun cuando sea cumulativamente a la persona física, disminuye la eficacia preventiva de la intervención penal. Y ello porque, si se trata de una empresa-persona jurídica real y activa, las consecuencias de la intervención penal la sufren los proveedores, trabajadores y clientes, e incluso, en determinados supuestos, los socios. En el supuesto de tratarse de una sociedad "pantalla", sencillamente habrá desaparecido cuando se pretenda intervenir penalmente.

IV. VICTIMOLOGÍA Y CORRUPCIÓN

1. La investigación empírica de la corrupción evidencia tres aspectos básicos: a) la elevada cifra negra; b) las mínimas condenas; y c) la influencia de la naturaleza de la "víctima" en estos delitos. En este último sentido, se advierten una serie de peculiaridades victimológicas de la corrupción, relacionadas con las dinámicas del comportamiento de los autores de los delitos, contribución de la víctima a la génesis del crimen y la escasa propensión a la denuncia. El estudio de estos factores puede ayudar en el esclarecimiento de las causas de la corrupción. La escasa propensión a la denuncia deriva del hecho de que la corrupción se puede definir como un delito "con una víctima muda". Aun cuando no es cierto en la corrupción no hay víctimas, lo que sucede es que no existe una inmediatez temporal entre el perjuicio a personas o instituciones determinadas y los hechos. Las víctimas existen y pueden ser identificadas entre los sujetos públicos o privados. La sociedad, la administración pública y la economía del país resultan gravemente dañadas por la corrupción. La cuestión de fondo es que la corrupción es un delito de encuentro⁽¹⁵⁾, en el que la "víctima" es, al mismo tiempo, autor⁽¹⁶⁾ y que además se caracteriza por la máxima "privacidad" de su realización y por el interés convergente de los protagonistas para guardar silencio. A ello hay que sumar que su fuerza lesiva, en relación a los bienes supraindividuales depende, además, de la acumulación y de la reiteración de los episodios delictivos, de modo tal que ni los autores ni las víctimas de los hechos de corrupción advierten el daño que causan y que reciben.
2. Un ejemplo clásico de esta relación autor/víctima lo encontramos en el delito de cohecho ya que, la víctima se encuentra "en una encrucijada"⁽¹⁷⁾. Su conducta oscila en la frontera que separa el cohecho activo⁽¹⁸⁾ del co-

⁽¹⁵⁾ Ello con independencia de que actualmente, tras las reformas operadas en estos tipos, la doctrina y jurisprudencia no admiten el carácter "bilateral" del delito de cohecho, equivalente a un contrato de compraventa, por entender que tiene un carácter unilateral", siendo suficiente para su consumación con el ofrecimiento de dádiva o promesa, tanto por parte del particular como del funcionario. En este sentido, por todas, STS 114/2000, de 12 de junio.

⁽¹⁶⁾ Es por ello que, con diversas denominaciones, los delitos de corrupción regulan tipos paralelos en uno de los cuales el autor es el funcionario/autoridad y en el otro, autor es el particular, y tanto respecto de quien inicia el acto de corrupción como de quien lo acepta (cohecho activo y pasivo).

⁽¹⁷⁾ PELISSERO, "Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione", en *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale* (Venafro/Piemontese (Coords.), Ed. Giappichelli, 2004, p. 161.

⁽¹⁸⁾ Arts. 424-425, particular que ofrece o entrega dádiva, promesa o remuneración

hecho pasivo⁽¹⁹⁾, es decir, dos vertientes criminológicamente antitéticas: en la primera el particular comparte con el funcionario/autoridad el papel de coautor del delito, mientras que en la segunda el particular “interpreta” el papel de la víctima. En ambos casos el interés del particular para denunciar es muy escaso, por el temor al castigo, por el miedo a sufrir represalias o por las necesidades económicas de, por ejemplo, seguir adelante con su empresa. En esta línea, es cierto que se han realizado modificaciones legales y se proponen nuevas, para facilitar la denuncia del particular, asegurándole quedar exento de pena⁽²⁰⁾.

3. Acerca de las causas de la corrupción, la investigación criminológica propone claves de lectura diferentes, si bien no necesariamente alternativas. Entre ellas se puede resaltar la teoría de las “subculturas criminales”, por ofrecer un mayor nivel explicativo. En esta línea, la más relevante es la teoría de Cohen⁽²¹⁾, según la cual los individuos actúan en un contexto social muy motivante y llegan a la conducta ilícita a través de una serie de comportamientos que se van progresivamente adaptando a las reglas y a los esquemas de comportamiento subculturales. Son dos los factores fundamentales que sirven para comprender la génesis del comportamiento criminal: la “situación” —que se refiere al ambiente físico, económico, social, en el que cada individuo se mueve— y el “marco de referencia”, es decir el “filtro” que el sujeto pone entre él y el mundo, y que está constituido, en sustancia, por su propia *Weltanschauung*. Tal paradigma parece adaptarse bien a la criminalidad corruptiva, pues la alternativa criminal se puede reconducir al funcionamiento de los dos factores indicados por Cohen: la “situación” se genera a partir de la presencia indiscutible de un sistema de mercadeo amplio, difundido y enraizado de los poderes públicos, y también por la existencia de códigos lingüísticos arraigados y conocidos hasta en sus matices; el “marco de referencia” deriva de la convicción común de que para un particular es “lícito”, ni moral ni socialmente reproducible, de algún modo contingentemente necesario, insertarse en tal “situación” con tal

⁽¹⁹⁾ Arts. 419-423, que se diferencian según sea cohecho pasivo propio, aceptar, recibir o solicitar dádivas, favores, etc., para la realización de actos ilícitos por el funcionario (art. 419), o impropio, realización de actos lícitos (art. 420), como recompensa (art. 421) o en consideración a su cargo (art. 422).

⁽²⁰⁾ Art. 426 CP “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.”

⁽²¹⁾ COHEN, “The Sociology of the Deviant Act: Anomie and Beyond”, *American Sociological Review*, vol. 30, 1965, pp. 5 y ss.

de obtener, mediante la corrupción, un beneficio. La sinergia entre "situación" —indentificable en el contexto político-empresarial en el que prevalecen definiciones favorables a la violación de algunas normas penales—⁽²²⁾ y "marco de referencia" —delineado por la débil percepción de la antijuridicidad de la corrupción y de su corrosividad social— generaría entonces una espiral de la criminalidad. Cuanto más la corrupción se convierte en una *praxis* del ejercicio del poder público, tanto más la conciencia de su relevancia penal se desvanece, disolviéndose casi del todo, también en razón de que se recurre a las así llamadas "técnicas de neutralización"⁽²³⁾, por parte de quienes alimentan la "práctica de la *tangente*"⁽²⁴⁾.

V. CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

1. Por LO 5/2010 se introdujo en España, por vez primera, el delito de corrupción privada⁽²⁵⁾. La razón de la introducción de esta Sección y ar-

(22) SUTHERLAND, "White-Collar Criminality", *American Sociology Review*, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940), pp. 1-12

(23) SYKES / MATZA, "Technique of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, 1957, pp. 664 y ss.

(24) Cfr. PALIERO, "L'economia della pena (un work in progress)", *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, p. 1386.

(25) Art. 286 bis.

1. 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, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, 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 tripo del valor del beneficio o ventaja.
2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.
3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.
4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

título se la atribuye, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, a la necesaria transposición de la Directiva Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Es decir, forma parte de la línea político-criminal europea que se ha propuesto sancionar estas conductas. Debe interpretarse que el bien jurídico-penal protegido en estos delitos es la competencia justa y honesta en el ámbito de los negocios privados, como medio para preservar las reglas de buen funcionamiento del mercado⁽²⁶⁾, según se afirma en la citada Exposición de Motivos, así como la competencia justa y honesta en las competiciones deportivas profesionales. Si el bien jurídico protegido es la competencia leal su íntima relación con los delitos contra el mercado y los consumidores⁽²⁷⁾ y, en particular, con el delito de competencia desleal y utilización de información privilegiada, del art. 284 CP⁽²⁸⁾, es evidente.

2. Por otra parte, en su configuración típica presenta una gran similitud con el delito de cohecho, por lo que muchas veces se analizan conjuntamente, denominándolo "cohecho privado o entre particulares"⁽²⁹⁾. De la misma

⁽²⁶⁾ En Alemania también se entiende que el bien jurídico protegido es la competencia leal (*Lautere Wettbewerb*), antes recogido en el art. 12 de la "Ley de Protección contra la competencia desleal" y desde 1997, introducida en los §§ 299 y 300 StGB. En otros países, como Francia, de tradición *iusprivatista*, incrimina la corrupción de los empleados, en el marco de las relaciones laborales (*Code du travail*), entendiéndose que se protege el deber de fidelidad.

⁽²⁷⁾ Arts. 278-280 CP, de descubrimiento, cesión y revelación de secretos de empresa; de alteración de los precios, art. 281; de publicidad engañosa, art. 282.

⁽²⁸⁾ Art. 284 CP "*Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.*"

⁽²⁹⁾ Algunas consideraciones acerca de los elementos de este delito:

1. **Sujeto activo** del apartado 1 del art. 286 bis, es el **particular** y/o la **persona interpuesta**, salvo que ésta última esté exenta de responsabilidad penal (error, causa de justificación, exculpación...), en cuyo caso se estaría ante un supuesto de autoría mediata; caso contrario, habría que aludir a un supuesto de inductor-inducido, coautoría o cooperación necesaria de la persona interpuesta, la cual podrá ser alguien ajeno a la empresa o uno de los mencionados en el apdo. siguiente. No existe en este artículo previsión expresa de la responsabilidad penal de las **personas jurídicas**.
2. **Sujetos pasivos** de estos delitos, si se parte de que el bien jurídico es la competencia justa entre competidores en el mercado, no pueden serlo las personas con capacidad de decisión que reciben la promesa, oferta o concesión (potenciales receptores del objeto material), sino el conjunto de **empresas competidoras**, lo que sintoniza con la naturaleza de bien jurídico-penal supraindividual o difuso

manera que sucede con el mismo, en función de quien tome la iniciativa

- protegido en este delito. En el caso de que sean **varias personas con capacidad de decisión** por el ofrecimiento, promesa o concesión, habrá **un único delito**, si aquéllas lo fueron para la misma contratación.
3. Las **conductas típicas** han de consistir en que el sujeto activo **prometa, ofrezca o conceda un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados**. Las conductas típicas son: a) la **promesa**, la cual, para que sea típica, tiene que haber llegado a conocimiento de las personas con capacidad de decisión en la empresa, castigados por el Ap. 2; b) la **oferta**, la cual supone la materialización de la promesa; c) la **concesión** que supone la entrega, en su caso, de lo previamente prometido u ofrecido, dándose igual tratamiento penal a conductas de diferente intensidad que habrá de ser captada en la individualización de la pena. En todo caso, la **consumación** del delito se produce por la realización de cualquiera de ellas, aunque la promesa o el ofrecimiento pudieran ser consideradas, en puridad, como tentativas de la concesión. Cabría apreciar **tentativa inidónea** cuando el ofrecimiento, promesa o entrega del beneficio o ventaja se dirigen a persona o personas no incluidas en la cadena o círculo de decisión.
 4. El **beneficio o ventaja** pueden ser de **cualquier naturaleza**, esto es, económica, los más frecuentes, o de otro tipo (cargo honorífico). En todo caso, han de ser **injustificados**, esto es, contrario no sólo a las leyes, sino también a los usos mercantiles. De esta exigencia se deriva la atipicidad de las entregas previas insignificantes (cestas de frutas, flores, o en general regalos de escasa entidad económica), sin perjuicio de su desvaloración administrativa o interna, así como las posteriores a la contratación, aunque sean relevantes, si en nada influyeron en aquélla. Más controvertido puede ser el supuesto de los beneficios o ventajas de entidad ofrecidos o concedidos con anterior a la contratación, pero que en nada influyeron en la contratación, bien porque al ser la decisión colegiada se optara por la mejor oferta, bien porque el que ofrece el beneficio o ventaja es también el de la mejor opción de contratación en el mercado. Una interpretación acorde con el bien jurídico-penal protegido en este delito habría que llegar a considerar ambos supuestos como atípicos, salvo que se quiere satisfacer únicamente la antijuridicidad formal del delito; sin olvidar que **además** quien tiene o quien acepta la mejor posibilidad de contratación no actúa **incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales**. No se incluyen en este delito los contratos laborales por cuenta ajena, ya que éstos no son servicios profesionales. Las mercancías y los contratos habrán de ser lícitos.
 5. Sólo cabe la **comisión dolosa**, siendo este delito un tipo mutilado de dos actos, con un elemento subjetivo consistente en la finalidad: **para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros**, aspecto éste que también redundaría en la atipicidad de la contratación óptima con promesa, oferta o concesión de cualquier ventaja, ya que en ella no se perjudica a terceros en la libre concurrencia del mercado.
 6. El Ap. 2 castiga la **corrupción pasiva**, previendo como **sujetos activos** a los **directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización**. El denominador común de esta enumeración señala a cualquiera que en el seno de una empresa tenga capacidad decisión individual o colectiva en la actividad de contratación.
 7. La **conducta típica** consiste en: **recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados**, conductas establecidas en paralelo a las del Ap. 1, ya que contemplan a la otra parte de la contratación. En el caso de que

en la actividad de corrupción, se podría distinguir entre la corrupción privada activa y la pasiva, modalidades a las que se suma la corrupción en las competiciones deportivas profesionales. Se plantean graves problemas de delimitación respecto del delito de competencia desleal e incluso respecto del uso de información privilegiada. Otra cuestión, no menos relevante, es si está justificado que las penas sean similares a las previstas para la corrupción pública, cuando en el particular no concurre el deber de probidad y objetividad que debe caracterizar al funcionario público.

3. Una cuestión esencial al respecto es el alcance que puede tener en este ámbito la adecuación social. Adecuación social que si bien puede alcanzar alguna eficacia en el marco de la corrupción pública, tiene mayor importancia en la privada. El problema surge a partir de que la Directiva que ha servido de base a la regulación en el Código penal español, sigue los patrones sociológicos del norte de Europa, donde se tiene una visión muy diferente en relación con la aceptación de invitaciones a comidas, viajes, entradas... En estos casos, en nuestro contexto sociológico, a través del principio de insignificancia debería excluirse la relevancia jurídico-penal de estas conductas. Habría que poner en relación el principio de riesgo permitido o adecuación social con uno de los elementos típicos negativos "no justificados". ¿Cuándo está justificado un regalo, un favor, una promesa...? Por ejemplo, cuando ese regalo o favor se deba a la celeridad en la actuación, a la buena disposición... y ¿a la simpatía? ¿al cariño?
4. La relevancia penal también puede cuestionarse a través de la inexistencia de perjuicio, en cuanto afectación del bien jurídico-penal protegido. Ello puede plantearse en dos supuestos: a) productos o servicios en los que hay una situación, al menos de facto, de monopolio; b) productos o servicios que se ofrecen más baratos o se beneficia de otra forma a los clientes con mayor capacidad de compra, sin que pueda afirmarse

quien las realice no tenga capacidad de decisión en el seno de la empresa, habrá que acudir al delito de estafa (*supra.* art. 248). Es un delito de **mera actividad** que se consuma con la realización de las citadas conductas, lo que dificulta la punibilidad de la tentativa.

8. **Penalidad:** en ambos Aps. se establece una pena conjunta de privación de libertad, cuyo mínimo hará posible la suspensión de la condena y la sustitución de la pena -6 meses-, multa proporcional al beneficio o ventaja que le hubiere reportado a la persona o empresa, con una clara finalidad preventivo general que busca que tales operaciones no sean rentables en la contratación, e inhabilitación para el ejercicio del comercio o industria de uno a seis años, excediendo ésta en su duración de la pena privación de libertad. En el Ap. 3 se posibilita la atenuación de la pena en un grado, atendiendo al **beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable.**

que objetivamente hay un perjuicio para terceros. Un ejemplo que se ha suscitado ha sido el de los administradores de fincas. En estos casos el administrador de fincas obtiene un precio menor u otro beneficio de los proveedores, en relación con el precio que debe pagar el cliente final. La duda se suscita cuando el precio final sería el mismo si el producto o servicio lo hubiera solicitado directamente y no a través del administrador de la finca. Y ello porque el vendedor del producto o quien realiza el servicio no le impuesta tener un beneficio menor a cambio de contar con un cliente que le va a seguir posibilitando trabajar. Habría que plantearse si, en este caso, o similares, se produce una “infracción de las obligaciones” como elemento típico del delito. Las obligaciones, en principio, se subsumen en los “deberes de lealtad” exigibles a los administradores y empleados⁽³⁰⁾. Estos consisten en seleccionar un producto o contratar un servicio guiados exclusivamente por la finalidad de que el proveedor o profesional contratado, teniendo en cuenta todos los factores que puedan concurrir (precio, calidad, servicio técnico...), sea el más idóneo para la empresa o institución de la que depende o que dirige. Para algunos este deber se infringe aun cuando sin mediar el regalo o promesa se hubiera seleccionado el mismo producto o servicio, por lo que sólo se deberá acreditar que la elección resultó mediatizada por la promesa, regalo o favor, aun cuando el producto o servicio sea el idóneo⁽³¹⁾. Postura que no comparto pues entiendo que un criterio de esta naturaleza puede defenderse respecto de la corrupción pública, por los diferentes deberes que recaen sobre los funcionarios pero no en el ámbito de la corrupción entre particulares. Sencillamente porque en esos casos realmente no hay corrupción, porque no hay perjuicio, en cuanto el producto o servicio es el idóneo y no hay lesividad, en cuanto no hay afectación de la competencia, como bien jurídico-penal protegido.

5. La limpieza en las competiciones deportivas como una forma especial de corrupción privada todavía plantea cuestiones más complejas acerca del bien jurídico protegido. Se han señalados como posibles bienes jurídicos: a) el correcto funcionamiento de la libre competición deportiva en las ligas profesionales de los respectivos deportes en donde las haya; b) la probidad de las apuestas que por cualquier medio se realizan en relación a los resultados

⁽³⁰⁾ Art. 54 Estatuto de los Trabajadores y arts. 225 ss., de la Ley de Sociedades de Capital.

⁽³¹⁾ Cfr. BAÑERES, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, pp. 1-12, realiza la comparación con el juez que, habiendo recibido un regalo o favor, dicta una sentencia igual a la que hubiera dictado sin mediar ese ofrecimiento. Entiendo que esta comparación no es adecuada porque el Juez tiene un deber especial de probidad que no recae en el particular.

de las mencionadas competiciones profesionales. Es una ley penal en blanco que castiga la corrupción -activa y pasiva- en las pruebas, encuentros o *competiciones deportivas profesionales*⁽³²⁾. Quedan excluidas del ámbito de protección de este tipo las competiciones del deporte amateur (cfr. también arts. 41, 46 y 47 Ley Deporte (LD) y legislación autonómica, respecto a las ligas profesionales de deportes autóctonos y de ámbito competitivo autonómico: pelota vasca, lucha canaria...). Más controvertido es el supuesto del deporte de alto nivel (art. 6 LD), ya que se utiliza en el precepto los conceptos de pruebas y encuentros en donde estarían incluidos los juegos olímpicos, mediterráneos, campeonatos de Europa o del mundo, etc. a los que acuden, según el deporte, deportistas amateurs, pero de forma retribuida.

⁽³²⁾ Art. 286 bis. 4 CP

1. Sujetos activos: a) *los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta*. Se trata de una enumeración amplia y omnicomprensiva a determinar y precisar por la legislación sectorial respectiva del deporte y de las respectivas federaciones deportivas. La forma jurídica puede ser cualquiera de las previstas en la reiterada legislación sectorial: sociedades anónimas deportivas, fundaciones, federaciones, etc. (art. 14 y ss LD); b) los deportistas, árbitros o jueces, esta última disyunción se establece en función de que los deportes sean de grupo (árbitros) o fundamentalmente de práctica individual (jueces).
2. Las conductas típicas son las recogidas en los Aps. 1 y 2, pero siempre que tengan por *finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*. Para la consumación no es necesario que se haya alterado efectivamente el resultado de la prueba, encuentro o competición, pues, como delito de mera actividad, basta con el ofrecimiento, promesa o entrega del beneficio o ventaja. En el caso de deportes por equipos, no hace falta que la acción típica se dirija a todos, bastando con que la conducta típica afecte a un solo (p.ej. portero de fútbol). De igual manera si el arbitraje es colegiado (árbitro y jueces de línea, los dos árbitros de baloncesto, etc.), el delito se consuma cuando sólo resulta afectado por la conducta típica uno. Los términos predeterminar o alterar son equivalentes, pues tanto uno como el otro tienen el mismo efecto: impiden que el resultado de la competición, prueba o encuentro quede fijado por la imparcialidad de los árbitros, la libre competición y la limpieza en el juego. En el caso de que se acepte una cantidad de dinero y luego no se cumpla con el amaño, la conducta será atípica y no generará responsabilidad civil o devolución de la cantidad entregada. Las primas o incentivos por ganar del mismo club o de terceros no constituyen este delito, pues la competición conlleva esta finalidad, pero sí las que se ofrecen y reciben para perder o empatar.
3. Cuestiones concursales. Es ley especial con relación a las modalidades de los Aps. 1 y 2. Habrá concurso de delitos con el de dopaje (art. 361 bis), con falsedades documentales (alineación indebida, falsificando documentos relativos a la edad, nacionalidad, etc. pagando dinero a un árbitro, federativo).

VI. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Uno de los tipos que está adquiriendo protagonismo en el ámbito de la corrupción pública es el tráfico de influencias⁽³³⁾. Realmente es un tipo a caballo entre la corrupción pública y la privada y con mucha similitud a los delitos de cohecho, tanto desde una perspectiva criminológica como de técnica legislativa. Al respecto es un ejemplo paradigmático el Caso NOOS, en el que están imputados Iñaki Urdangarin y Diego Torres, como responsables de la fundación del mismo nombre. Con independencia de las imputaciones por delito fiscal y blanqueo, llama la atención la imputación por tráfico de influencias cuando ambos son particulares y no se ha imputado a las autoridades que entregaron fondos a la Fundación Noos⁽³⁴⁾. Al respecto son llamativas las declaraciones del ex-presidente de la Comunidad de Baleares, Matas, quien afirma que Urdangarin no tuvo que realizar ningún esfuerzo para convencerle en colaborar con su fundación, en base, exclusivamente a que era el yerno del Rey.
2. Y ello es especialmente sorprendente cuando la doctrina y jurisprudencia mayoritaria afirman que el bien jurídico-penal protegido en los delitos de tráfico de influencias (además del genérico propio de todos los delitos contra la Administración Pública, el correcto funcionamiento de la función pública) es el *principio de imparcialidad* de la actuación administrativa, en el sentido de neutralidad y objetividad de la misma, deslindando los intereses públicos de los intereses privados, o, si se quiere, la *confianza en la imparcialidad*, es decir, el *peligro para la imparcialidad*.
3. La diferencia con los delitos de cohecho es que suma un nuevo medio comisivo, respecto a los previstos en el cohecho de ofrecimiento de dádiva o promesa, el *prevalimiento*. Prevalimiento que supone que la conducta del funcionario o del particular pretenda incidir en la voluntad de otro funcionario (STS 1434/1997, de 17 de marzo). La similitud con el cohecho se advierte también, en cuanto la jurisprudencia requiere que el hecho afecte al principio de imparcialidad de la Administración Pública⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Surgen por vez primera, por LO 9/1991, que introduce en el Código Penal el artículo 404 bis a), b) y c) que, con el Código Penal de 1995 pasan a ser los artículos 428 a 431, que por la LO 5/2010, pasan a ser los artículos 428 a 430.

⁽³⁴⁾ En el Auto 63/2013, de la Audiencia Provincial de Valencia, se rechaza la imputación, solicitado por el Juez de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, a Francisco Camps, presidente en su momento de la Comunidad Valenciana, y de Rita Barberá, alcaldesa de Valencia, que dieron importantes cantidades de dinero público para la promoción de eventos deportivos que ni tan siquiera llegaron a realizarse.

⁽³⁵⁾ En este sentido, STS 180/2000, de 15 de febrero.

4. Con la redacción prevista en la LO 5/2010, de los artículos 428 a 430 CP, se avanza la consumación, ya que no es necesario ni que el funcionario dicte una resolución, ni que obtenga un beneficio para sí o para tercero, siendo suficiente que el sujeto activo, funcionario o particular que influyen, persiga subjetivamente conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero. Con ello se pretende incidir en la conducta a través de la cual se cometen la mayoría de delitos de corrupción: la contratación pública.
5. Consecuente con esa realidad criminológica, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, traspone al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, regulando los principios que deben presidir la adjudicación de contratos públicos. Bajo la rúbrica de "*Prohibiciones de contratar*" en su artículo 49.1 se recogen una serie de circunstancias cuya concurrencia en el licitador o candidato determina su imposibilidad para celebrar un contrato con todo el sector público. Entre esas causas figura la de haber sido condenado mediante sentencia firme por delito de corrupción en transacciones económicas internacionales, por tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentran en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas (art. 49.1.a).

VII. TÉCNICA LEGISLATIVA Y PROBLEMAS CONCURSALES

1. Con una mínima aproximación a los tipos previstos en el ámbito de la corrupción pública, el problema de técnica legislativa y superposición de delitos es relevante. En este sentido, tenemos los delitos de tráfico de influencias que colisionan/coinciden con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, de fraude y negociaciones prohibidas, de cohecho y/o con los de prevaricación. Por lo demás, la corrupción, que afecta profundamente a la vida política, está, al mismo tiempo, en el origen o es consecuencia de múltiples delitos socioeconómicos, como la competencia desleal, el delito fiscal, los societarios y, muy especialmente, el blanqueo. En este sentido, una gran parte de la corrupción, como se advertía, surge a partir de las manipulaciones en la licitación de

obra pública⁽³⁶⁾(37). Conductas en las que concurren delitos de cohecho y prevaricación, en primera línea, y, como consecuencia, en delitos de competencia desleal, fiscales y de blanqueo.

2. La problemática concursal en relación con la prevaricación es aún más compleja al haberse previsto tres delitos de prevaricación especial, en el ámbito del urbanismo (art. 320), el patrimonio histórico (art. 322 CP) y el medio ambiente (art. 329 CP). En estos supuestos el concurso se suscita por un lado con el delito básico de prevaricación y por otro con los correspondientes delitos de urbanismo o contra el patrimonio histórico y el medio ambiente. Estos supuestos de prevaricación especial se crearon con la finalidad de castigar, con una pena superior a la del delito de prevaricación, conductas que no reúnen el elemento esencial de esta la "resolución injusta". Como consecuencia de ello la doctrina mayoritaria entiende que la consumación del delito de prevaricación especial requiere de la consumación del delito urbanístico, contra el patrimonio histórico o contra el medio ambiente. Esta interpretación ha llevado a la casi nula aplicación de estos tipos.
3. Por lo demás, pese a la hiperinflación normativa, se suscitan lagunas de punibilidad en determinados supuestos. Por ejemplo, el funcionario que influye en el que debe emitir el informe y no la adjudicación, por lo que no podrá calificarse como tráfico de influencias (art. 428 CP), ni como negociaciones prohibidas (art. 439 CP), porque no interviene en la contratación. Lo mismo sucede cuando el funcionario y el particular se conciertan para engañar al funcionario que debe adjudicar el contrato, conducta que no puede calificarse ni como fraude (art. 436 CP), ni como tráfico de influencias⁽³⁸⁾. En algunos de estos supuestos se podría castigar por un delito de prevaricación especial, pero esta posibilidad desaparece en base a la interpretación de estos tipos, descrita en el apartado anterior. La solución debería buscarse a través de criterios de

⁽³⁶⁾ En el informe del Tribunal de Cuentas Europeo de julio de 2013, referido en la nota anterior, se ponía de manifiesto, así mismo, que el incremento medio de sobreprecio, respecto del licitado, era del 23%. Una explicación puede provenir de que se falsean las licitaciones, poniendo un precio inferior al real, para obtener la adjudicación.

⁽³⁷⁾ CASTRO CUENCA, "La tipificación de la corrupción en la licitación pública en Europa", en *Poder y delito. Escándalos financieros y políticos* (ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Dir.), Ed. Ratio Legis, 2012, pp. 179 ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, "Corrupción: su prevención y persecución en España", Revista JD, nº 67, marzo 2010, pp. 3-19; JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Ed. Iustel, 2011, passim.

⁽³⁸⁾ Cfr. JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios...*, op.cit., p. 185.

autoría y participación, aun cuando se susciten algunos problemas, en base a que muchos de estos delitos con delitos especiales propios.

4. Así mismo, se suscitan problemas de delimitación típica en base la confusión entre lo público y privado, tanto respecto de la naturaleza de las empresas, como sobre el carácter de funcionario del autor, incluso existiendo un concepto penal de autoridad y funcionario (art. 24 CP), así como, incluso, respecto sobre si se trata de dinero público o privado. Un ejemplo paradigmático de esta situación se ha planteado con las Cajas de Ahorros que han actuado como bancos, cuando estaban consideradas como instituciones con finalidad de interés social, sin ánimo de lucro y en cuyo Consejo de Administración se sentaban los representantes de los partidos políticos y de los sindicatos.

VIII. PROBLEMAS DE PERSECUCIÓN

1. En España uno de los muchos problemas que se suscitan en la persecución de estos delitos surge a partir de un sistema judicial que se debate entre el sistema acusatorio y el inquisitorio. Siendo el Juez de Instrucción el competente para abrir diligencias, imputar y ordenar la apertura del juicio oral, lo cierto es que sin acusación del Fiscal, incluso interviniendo la acusación particular, es muy difícil que determinados asuntos prosperen por la vinculación política del Fiscal General unido al sistema jerárquico de funcionamiento de la Fiscalía. Al respecto hay que resaltar que en estos delitos, como se ha visto, al no existir un perjudicado determinado, no habrá acusación particular. Si a ello sumamos los efectos de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽³⁹⁾, en la que se afirma que no cabe seguir un proceso únicamente con la acusación popular, resulta que el Fiscal es el único que acusa (o no).

⁽³⁹⁾ La sentencia del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre, confirmó una sentencia de la Audiencia Nacional que exoneró al presidente del Banco de Santander, Emilio Botín, por el caso de las cesiones de crédito. El Supremo confirmó el sobreseimiento, al no existir contra Botín más acusación que la de la acción popular, puesto que al llegar a juicio se habían retirado la acusación pública del Ministerio Fiscal y la acusación particular. El Supremo interpreta que para abrir el juicio oral deben ejercer la acusación el Ministerio Fiscal o la acusación particular del perjudicado por el delito, pero la acción de la acusación popular en solitario no basta para abrir el juicio. La sentencia del caso Botín se fundamentó en el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que si el Ministerio Fiscal y el acusador particular piden el sobreseimiento, "lo acordará el juez", lo que excluye a la acusación popular.

2. Los hechos graves en materia de corrupción y socioeconómica o son perpetrados por personas con gran influencia en la clase gobernante o los políticos están directamente implicados. Si a ello le unimos los pocos medios con que cuenta el sistema judicial, especialmente si se pone en relación con el poder de ciertas estructuras económicas, nos encontramos con que los procesos que siguen adelante, en materia de corrupción y socioeconómica, en general, son delitos bagatela, al menos en comparación con aquellos en los que finalmente se llega a una condena. O, en otros supuestos, se llega a la absolución, en muchas ocasiones por prescripción, que puede producirse por: a) el retraso en el inicio de las Diligencias (vinculado al cambio del partido gobernante y en consecuencia del Fiscal General del Estado); b) derivada de dilaciones provocadas por los imputados; c) como consecuencia de intervenciones políticas o de la falta de medios.
3. Otra de las dificultades añadidas para su persecución se encuentran en la prueba de los hechos. En EEUU, en esta dirección se ha aprobado una legislación que regula y protege a los empleados, públicos o privados que, sean cuales sean sus razones, denuncien la existencia de conductas delictivas en el seno de la empresa o institución en la que trabajan. A partir del concepto de "*whistle-blowing*" ("*silbar denuncias*") *de irregularidades*", se ha desarrollado una doctrina, una jurisprudencia y una legislación dirigida a potenciar estas "delaciones". Delaciones que van acompañadas en la mayoría de supuestos de pruebas documentales. Se trata de evitar que puedan calificarse esas prueba como ilícitas, en razón del modo en cómo han sido obtenidas (podrían calificarse los hechos como descubrimiento y revelación de secretos) y evitar que el empleado delator pueda sufrir consecuencias lesivas (pérdida de empleo, amenazas, discriminaciones...)⁽⁴⁰⁾. En Siemens, tras la auditoría llevada a efecto, el nuevo presidente, Peter Löscher, anunció una amnistía de un mes para todos los empleados que denunciaran prácticas similares durante su experiencia profesional en la empresa.
4. En realidad con ello se saca a la luz y se le otorga formal y legalmente relevancia jurídica a la figura del "soplón", que tradicionalmente ha sido

⁽⁴⁰⁾ Uno de los ejemplos de ello se produjo en 2001 en el caso Enron Corporation, en el que Sherron Watkins, vicepresidente de la empresa, informó de que la contabilidad de la empresa era "impropia". Ese mismo año, en el ámbito del FBI, Coleen Rowley, abogada del FBI durante 20 años, informó al director del FBI, Robert Müller, por la mala investigación que en la sede del FBI se estaba llevando acerca de Zacarias Moussaoui, que posteriormente fue considerado conspirador del 11 S. En ambos casos Watkins y Rowley fueron nominados como "Personajes de año" por el *Times* en 2002

utilizada por la policía en la investigación de delitos, muy especialmente, en supuestos de delincuencia organizada en tráfico de drogas. En la actualidad muchos Códigos Procesales Penales contemplan esta figura posibilitando el sobreseimiento de las actuaciones en virtud del principio de oportunidad. Se ha optado, en general, por una regulación procesal en lugar de Derecho penal material, como excusas absolutorias, en la línea prevista, por ejemplo, para el particular en el cohecho⁽⁴¹⁾. En este sentido, en el art. 90, los apartados 4, 5 y 6, del Proyecto de Código Procesal Penal, posibilitan el sobreseimiento en base a la denuncia de determinados delitos⁽⁴²⁾ o a la colaboración directa con la Fiscalía/policía en la investigación de los hechos en el ámbito de la criminalidad organizada⁽⁴³⁾. En el Art. 170 CPPCh no se contempla esta posibilidad pero se excluye expresamente la posibilidad de sobreseimiento respecto de los funcionarios públicos, lo que no sucede en el proyecto español.

5. A las dificultades de prueba de los hechos se suman las cuestiones derivadas de la atribución de autoría y de la prueba del dolo. Dificultades, en ocasiones reales, pero en la mayoría de supuestos derivadas de las anteriores o de una visión del Derecho penal no como Derecho Penal del hecho sino de autor. Autores que en estos casos se consideran a priori "respetables". La dificultad de atribuir la autoría es una de las razones que se han alegado para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Introducción que no siendo el momento de discutir a fondo sí es conveniente resaltar que lo único evidente que suscita, especialmente en estos ámbitos, es que no responda nadie (las personas jurídicas "desaparecen" más fácilmente que las físicas) o, en su caso, exclusivamente quienes no son responsables: trabajadores, proveedores, clientes, consumidores y socios de la persona jurídica-empresa imputada, no vinculados a la gestión. En este aspecto parece

⁽⁴¹⁾ Art. 426 CP que exime de pena al particular que habiendo a la solicitud de dádiva denuncie los hechos, antes de los dos meses y, en todo caso, antes de la apertura del procedimiento.

⁽⁴²⁾ Art. 90 PCPP. 5. "Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.

6. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público."

⁽⁴³⁾ Art. 90 PCPP. 4. "Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado."

que el Derecho penal continental vaya por detrás, tanto en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, procedente de EEUU y que en ese país está en franco retroceso, como por detrás del Derecho mercantil, derecho eminentemente formal en sentido opuesto al Derecho penal, pero en el que, sin embargo, en la actualidad se defiende el levantamiento del velo y la responsabilidad del administrador de hecho (con independencia de quien figure como administrador de derecho).

IX. CONCLUSIÓN

1. El breve panorama expuesto en las líneas anteriores conduce al pesimismo. No obstante, es posible que la actual crisis económica y, no los olvidemos, de valores, obligue a un cambio de paradigma. Ello especialmente en cuanto a la sensación, por parte de un amplio espectro social, de que estos hechos de corrupción no les afectan, “no van con ellos”. Al menos en España, tras ir saliendo a la luz innumerables supuestos de corrupción que afectan a todos los partidos políticos y a los sindicatos, y ello en el contexto de una grave crisis económica, puede llegar a suponer que se advierta la enorme gravedad de estos hechos. Así mismo, es posible que la sensación de impunidad que había arraigado en la clase política y sindical llegué a su fin.
2. No obstante, ese aspecto positivo puede verse rápidamente dilapidado si finalmente las condenas a las que se llega son mínimas y que además, en ningún caso, afectan a las personas más relevantes. Ello puede llevar al desencanto con el sistema judicial, con la política y finalmente con la democracia. No quiero pecar de pesimista pero los avances de partidos de extrema derecha, en Francia y en Italia, deben hacernos reflexionar sobre las más que graves consecuencias que pueden derivarse de la suma de crisis económica, política y de valores.
3. Por ello es especialmente importante dotar de medios y de independencia a la Administración de Justicia. La creación de nuevos tipos penales no exige a los políticos un presupuesto pero es inútil e incluso contraproducente si no va acompañado de otras medidas que aseguren su aplicación. En este punto el convertirse en un mero Derecho penal simbólico es especialmente grave en cuanto deslegitima el sistema penal.

PROFILI CRIMINOLOGICI E DISCIPLINA LEGISLATIVA DELLA CORRUZIONE IN ITALIA

Francesco Palazzo
Università di Firenze
Italia

SOMMARIO:

1. Introduzione. 2. Le trasformazioni criminologiche della corruzione. 3. Le cause della corruzione. 4. Le conseguenze della corruzione. 5. La struttura delle fattispecie e l'atto funzionale. 6. La struttura delle fattispecie e il *pactum sceleris*. 7. Le pressioni dell'Europa e la riforma italiana del 2012. 8. I caratteri generali della riforma. 9. Considerazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE

La corruzione occupa un posto centrale nell'agenda del penalista italiano: dello studioso, dell'operatore pratico e del legislatore. La corruzione figura tra le manifestazioni criminose per le quali è prevista una competenza dell'Unione europea al fine di realizzare l'armonizzazione della legislazione degli Stati mediante l'adozione di regole minime comuni. E anche il numero degli atti internazionali, europei e mondiali, che riguardano il tema della corruzione ha subito un incremento a partire dagli anni '90. In alcuni Paesi è presente la percezione e la convinzione che la corruzione sia generalmente molto diffusa, anche là dove è stata energica l'azione della magistratura come in particolare nell'Italia degli anni 1992-95.

Per molto tempo il fenomeno della corruzione non aveva suscitato la stessa attenzione e preoccupazione della criminalità sanguinaria, come in particolare il terrorismo, e di certe forme criminose che attaccano l'essenza stessa dell'essere umano e la sua dignità, come ad esempio la tratta, la schiavitù, lo sfruttamento lavorativo e sessuale delle persone, destando il maggiore allarme. Se queste forme odiose di criminalità sono del tutto coerenti con quella "ideologia vittimaria" che pare sempre più dominante e fortemente attiva sull'evoluzione del diritto penale, al contrario la corruzione non è capace di esibire una vittima determinata. I danni prodotti dalla corruzione invece non sono direttamente percepiti dalla gente: non ovviamente da quei soggetti che si avvantaggiano dallo scambio corruttivo, ma neanche da coloro che rimanendo estranei a quei vantaggi non subiscono nessun pregiudizio diretto. Sotto questo profilo, dunque, è indubbiamente importante la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 sulle conseguenze civili della corruzione proprio perché, dando risalto alla vittima, colloca la corruzione nel solco di quell'"ideologia vittimaria" che meglio di ogni altra cosa può sollecitare una forte risposta reattiva.

Il tema della corruzione non può essere affrontato oggi da un punto di vista esclusivamente giuridico e normativo. In effetti, il fenomeno della corruzione ha subito trasformazioni profondissime, che hanno la tendenza a diffondersi da un Paese agli altri fino agli organismi internazionali. E queste trasformazioni criminologiche hanno, a loro volta, esercitato una pressione fortissima sulla dimensione giuridica del fenomeno, spingendo la giurisprudenza e il legislatore nazionali e poi anche le istituzioni internazionali a impegnarsi per l'adeguamento della risposta giuridica alle mutate esigenze repressive. Ne hanno subito le conseguenze non solo la configurazione legislativa delle diverse fattispecie di corruzione ma ancor prima la stessa idea di bene giuridico tutelato dalle norme sulla corruzione, confermando ancora una volta come questa nostra nozione penalistica di *bene giuridico* sia in realtà la sede privilegiata dell'incrocio delle diverse scienze criminali: la criminologia, la politica criminale, il diritto penale.

2. LE TRASFORMAZIONI CRIMINOLOGICHE DELLA CORRUZIONE

Dal punto di vista **criminologico**, si può sinteticamente dire che la corruzione tende a trasformarsi da fenomeno burocratico/pulviscolare a *fenomeno politico-amministrativo/sistemico*. La trasformazione è dunque quantitativa e qualitativa. Sotto il profilo quantitativo, la corruzione cessa di essere qualcosa di episodico per assumere dimensioni di larghissima diffusione a tutti i livelli dell'organizzazione pubblica, statale e locale. Sotto il profilo

qualitativo, la corruzione non si limita più ai piccoli burocrati ma arriva a coinvolgere i vertici amministrativi e politici delle istituzioni e dei grandi enti economici. Nel complesso, l'azione della pubblica amministrazione ne risulta delegittimata a causa della corruzione sistemica, in quanto essa non corrisponde più agli obiettivi e ai criteri fissati democraticamente dalla legge e dalle varie norme esecutive. Al contrario l'azione amministrativa viene ad essere guidata dalle sollecitazioni dei soggetti economicamente più forti e spregiudicati con danno finale di quelli più deboli.

Tutto ciò comporta un significativo mutamento del disvalore dei fatti di corruzione e del bene giuridico offeso. In definitiva, non solo risulta pregiudicata la *legalità* dell'azione amministrativa, ma sono messi in forse il carattere di *democraticità* e dunque la *legittimazione* sostanziale dell'azione esecutiva dello Stato. Sotto il profilo economico, poi, la sistematicità e la diffusività della corruzione implicano un'ulteriore spinta –del tutto coerente con l'attuale estremizzazione del capitalismo– verso la concentrazione della ricchezza economica nelle mani di coloro che riescono comunque a essere partecipi del sistema corruttivo, con conseguente ulteriore impoverimento invece di coloro che per una ragione o per l'altra –volontariamente o no– ne rimangono fuori. In termini penalistici, tutto ciò significa da un lato un evidente sovradimensionamento del bene giuridico offeso, che finisce per divenire anch'esso sistemico e per identificarsi con le condizioni fondamentali di esistenza di un moderno Stato sociale democratico e di diritto. Dall'altro lato, il disvalore della corruzione non è più solo quello –di pericolo o di danno– che si esaurisce nel singolo episodio corruttivo, ma è anche quello di natura “seriale”, che si produce cioè nella somma dei molteplici fatti di corruzione realizzati. Nella trasformazione “sistemica” della corruzione si assiste pertanto ad un fenomeno di ingigantimento del bene giuridico al quale corrisponde una rarefazione del contenuto offensivo del reato. Tutto ciò non manca di produrre delle conseguenze concernenti la struttura delle fattispecie di corruzione, come vedremo dopo.

La corruzione è oggi sistemica anche da un altro punto di vista, essenzialmente economico. L'imponenza quali-quantitativa e la cronicità della corruzione finiscono per determinare un adattamento del sistema economico a questa realtà, come quando l'organismo umano reagisce all'esistenza di una malattia cronica mediante aggiustamenti organico-funzionali che riescono così ad assicurare la sopravvivenza del malato. Così, da un lato, la corruzione può diventare uno strumento di sopravvivenza di un sistema imprenditoriale arretrato, che non sia cioè riuscito a sviluppare l'innovazione tecnologica e le capacità gestionali indispensabili a restare competitivamente presenti sulla scena del moderno capitalismo. Dall'altro lato, la corruzione

può diventare il mezzo per attenuare e compensare i guasti prodotti sul sistema economico-produttivo da una pubblica amministrazione generalmente inefficiente. Se l'inefficienza della pubblica amministrazione, la lentezza e la farraginosità della sua azione sono altrettanti ostacoli al dinamismo del sistema economico-produttivo, la corruzione prolifica su quel terreno permettendo di rimuovere ostacoli e di ridare così impulso – certamente non disinteressato... – all'azione amministrativa a favore delle imprese industriali. Più in generale, poi, la corruzione genera un certo dinamismo economico alimentato dai flussi di denaro percepito dai corrotti e dai vantaggi conseguiti dai corruttori: flussi comunque di ricchezza che sono destinati ad attivare almeno in parte una certa vivacità economica indubbiamente significativa soprattutto in periodi di stagnazione o recessione. In conclusione, il sistema economico si adatta e si compenetra con la corruzione sistemica, alimentandosi l'un l'altro vicendevolmente in una simbiosi perversa.

3. LE CAUSE DELLA CORRUZIONE

Sistemiche sono anche le cause della corruzione attuale. In primo luogo, nonostante il processo di "privatizzazione" in atto in molti Paesi europei, lo Stato rimane presente in larghe aree di attività produttive di beni e servizi ancorché mediante enti ed attività disciplinati secondo modalità prevalentemente privatistiche. Ma, più in generale, lo Stato e le amministrazioni pubbliche, anche se non partecipano direttamente, continuano pur sempre ad essere il principale ente regolatore capace di condizionare comunque i mercati e i diversi settori produttivi: e la mole crescente degli enormi interessi economici coinvolti rende davvero formidabile la spinta alla corruzione.

In secondo luogo, il processo di "spettacolarizzazione" e di "professionalizzazione" della politica comporta dei costi elettorali e di gestione ordinaria così elevati da non essere sostenibili dai normali mezzi di finanziamento lecito dei partiti. La corruzione contribuisce perciò a sostenere le ingenti spese della moderna politica e la politica ricambia attraverso le commesse pubbliche ai benefattori. Conseguentemente, la pubblica amministrazione non è più il luogo deputato esclusivamente alla mediazione degli interessi sociali contrapposti nel quadro degli obiettivi strategici di una politica democratica. Essa diviene altresì – talvolta prevalentemente o esclusivamente – una pompa che sfrutta pubblica energia al fine di drenare denaro privato da destinare alla politica.

In terzo luogo, non va trascurato che la crescente ed in parte fisiologica complessità della macchina amministrativa pubblica rende oscure ed imprevedibili le sue decisioni agli occhi del cittadino che debba avere contatti con

la pubblica amministrazione. Ne consegue un senso di disorientamento e di insicurezza nel cittadino, che trova nella corruzione uno strumento –certo costoso ma anche prezioso– per cercare di non rimanere completamente in balia dell'amministrazione. La corruzione si rivela in sostanza un mezzo per tenere sotto controllo il comportamento della amministrazione, la cui imprevedibilità sarebbe al contrario fonte di insopportabile insicurezza per il cittadino. Si annida qui un punto centrale del fenomeno corruttivo e delle strategie globali per il suo contrasto: la "mentalità", lo "spirito" cui debbono essere improntati i rapporti tra amministrazione pubblica e privato cittadino. Quanto più questa mentalità è ispirata ad un atteggiamento di superiorità o conflittualità della prima verso il secondo, tanto più il terreno è favorevole alla corruzione. Quanto più invece è presente uno spirito realmente collaborativo e addirittura di servizio dell'amministrazione verso il cittadino, tanto più difficile sarà il proliferare di fatti corruttivi.

Non si può concludere senza fare riferimento, in quarto luogo, ad un ulteriore preoccupante fattore di potente incremento della corruzione. La criminalità organizzata dispone oggi di ingenti capitali, che sono lo strumento di una duplice specie di attività corruttiva. Da un lato, le disponibilità finanziarie della criminalità organizzata sono il mezzo corruttivo per assicurarsi l'agevolazione e l'impunità delle attività illecite che sono la fonte stessa di quelle disponibilità. Dall'altro lato, inoltre, i profitti illecitamente realizzati sono così ingenti da consentire alla criminalità organizzata di dislocarle in larga parte anche sui mercati e in attività lecite. Ma è chiaro che la vastità dei mezzi finanziari è tale da permettere alla criminalità organizzata di avvalersi della corruzione anche per facilitare la sua penetrazione economica nelle attività lecite. Orbene, se così stanno le cose, è chiaro che questa seconda specie di attività corruttiva rivela una straordinaria pericolosità, perché porta con sé i caratteri di potenziale aggressività e di professionalità delinquenziale propri della criminalità organizzata.

4. LE CONSEGUENZE DELLA CORRUZIONE

Le *conseguenze* della attuale fisionomia assunta dalla corruzione sono quasi paradossali. Da un lato, è assolutamente evidente la incondizionata meritevolezza di pena e l'esigenza repressiva di comportamenti, che sono diventati capaci di recare pregiudizio a beni giuridici di carattere addirittura istituzionale, come la democraticità e la legittimazione dell'azione amministrativa e l'equilibrio economico-sociale del Paese. Ma, dall'altro lato, sono fondati i dubbi sulla reale *efficacia* che ci si può attendere dall'azione repressiva del diritto penale nel contrastare questo macro-fenomeno criminoso.

Inoltre, non mancano motivi di preoccupazione per le tensioni cui sono sottoposti i principi fondamentali del diritto penale in questo sforzo di assicurargli una qualche efficacia.

La prima evidente ragione di questo deficit di efficacia sta nella differenza di scala tra l'oggetto della repressione penale —la corruzione, appunto— e gli strumenti repressivi. Mentre la corruzione è divenuta, almeno in certi Paesi, un dato sociale strutturale e sistemico, l'intervento penale non può che essere per sua natura episodico e "puntuale". E anche la funzione esemplare ed intimidativa della condanna si rivela modesta allorché le chances di impunità sono avvertite come molto elevate dai soggetti partecipi del sistema corruttivo. D'altra parte, la consapevolezza che ovviamente hanno i magistrati inquirenti del carattere sistemico del fenomeno può spingerli a impostare la loro metodologia investigativa e di ricerca probatoria proprio sulla natura diffusiva e reticolare del fenomeno più che sui singoli episodi di corruzione. Con intuibili conseguenze sul piano delle garanzie e della gestione dei processi, così come pure sulla capacità dell'amministrazione giudiziaria di sostenere a lungo il peso di un numero estremamente elevato di processi per fatti di corruzione.

La seconda ragione del deficit di efficienza sta nella difficoltà di provare processualmente i fatti di corruzione. Il mondo degli scambi affaristici corruttivi è pervaso da un clima di forte "omertà". La legge del silenzio vincola non solo i corrotti, ma anche il corruttore. La figura di quest'ultimo presenta dei caratteri di ambiguità. Il corruttore può indubbiamente svolgere un ruolo attivo di istigatore e promotore del *pactum sceleris* ed avere dunque tutto l'interesse a mantenere il silenzio. Ma anche quando il privato corruttore assume un ruolo sostanzialmente di vittima in quanto subisce l'iniziativa del pubblico ufficiale o, più in generale, subisce il persuasivo atteggiamento inerte dell'amministrazione, anche allora la vittima tende a rimanere muta. E ciò perché la denuncia potrebbe esporre il soggetto privato a divenire vittima per una seconda o addirittura per una terza volta. Per una seconda volta, perché la sua denuncia gli farebbe probabilmente sfumare lo specifico affare al quale sarebbe stato funzionale l'accordo corruttivo. Per una terza volta, perché è molto verosimile che, in un sistema diffuso e "condiviso" di corruzione, la sua denuncia avrebbe l'effetto di sancirne l'esclusione definitiva dal "mercato" in quanto soggetto inaffidabile e non adeguato alle tacite regole del sistema affaristico. Tutto ciò dimostra ancora una volta come, in tema di corruzione, siano strettissimi i rapporti tra funzionalità delle norme penali e complessivo contesto economico sociale e addirittura culturale.

La terza ragione delle difficoltà che si frappongono al contrasto della corruzione sistemica sta nel fatto che sussiste una convergenza di interessi diversi ma tutti potenti a che le cose sostanzialmente non mutino. Già abbiamo detto che una certa classe imprenditoriale può trovare molto comodo farsi largo nel mercato pubblico e privato attraverso il privilegio corruttivo, piuttosto che con gli strumenti della leale concorrenza. Il fatto è che anche la classe politica, da parte sua, trova nella corruzione una delle più preziose fonti di finanziamento delle ingenti spese della competizione politica, oltre che di arricchimento personale in un sistema in cui l'attività politica è una carriera esclusiva e costosa ma certo non lautamente retribuita. E anche i soggetti "terzi" estranei allo scambio corruttivo politico-affaristico possono trovare vantaggi non indifferenti partecipando alla circolazione di quella ricchezza indubbiamente prodotta dall'economia più o meno sommersa alimentata dal sistema corruttivo. In questa situazione è chiaro che la corruzione sistemica finisce per essere oggettivamente "protetta" da una convergenza di interessi e poteri forti. Ne consegue che l'azione giudiziaria di contrasto alla corruzione sistemica presuppone in primo luogo una magistratura, specialmente inquirente, assolutamente indipendente da quei poteri. Ma, in secondo luogo, è chiaro che il fronte di lotta alla corruzione può diventare quello su cui si manifestano i maggiori contrasti e la più acuta conflittualità tra la magistratura e gli altri poteri, specialmente politici. Insomma, la repressione giudiziaria della corruzione sistemica può comportare il rischio di una reazione del potere politico contro la magistratura, diretta ad emarginarla, isolarla e finanche a screditarla. Ne deriva, per contro, che l'efficacia dell'azione giudiziaria contro la corruzione presuppone delle condizioni socio-politiche generali in cui la magistratura possa contare su una sorta di diffuso sostegno e consenso popolare: l'unica condizione che può scoraggiare la classe politica timorosa di negative ripercussioni elettorali. La conseguenza ultima di tutto ciò è che l'azione di contrasto giudiziario nei confronti della corruzione sistemica può diventare l'occasione di uno scontro politico-sociale di vasto raggio nel quale però finisce per essere coinvolta — suo malgrado o meno — anche la magistratura.

5. LA STRUTTURA DELLE FATTISPECIE E L'ATTO FUNZIONALE

Dal punto di vista della **struttura delle fattispecie criminosi**, la corruzione presenta una notevole varietà di soluzioni nei vari ordinamenti e nel corso del tempo. Tuttavia, si può anche osservare che la struttura delle fattispecie ruota pur sempre intorno a due assi portanti, che sono l'*atto* di esercizio funzionale del pubblico funzionario e il *pactum sceleris* tra quest'ultimo e il privato. Le variazioni strutturali riscontrabili, pur essendo molte e di varia

consistenza, esprimono tutte il diverso “peso” rispettivo che il legislatore attribuisce ora all'atto funzionale ora all'accordo nella fondazione del disvalore del reato.

In una *prima* prospettiva teleologica il legislatore concentra il disvalore del reato nell'atto di esercizio funzionale. La corruzione trova il suo fondamento nella preoccupazione che l'inquinamento proveniente dal vantaggio privato possa nuocere alla correttezza dell'esercizio funzionale e dunque alla fine agli interessi pubblici dell'amministrazione. In questa prospettiva la corruzione è molto vicina ai delitti di infedeltà, con le sole differenze che nell'infedeltà l'inquinamento dell'esercizio dei poteri non proviene dall'opera di un soggetto esterno ma è “autonomo”; e che l'infedeltà ha un carattere eminentemente patrimoniale mentre nella corruzione il pregiudizio ha un carattere più latamente “funzionale”. In ogni caso, in questa prospettiva le relazioni tra corruzione pubblica e corruzione privata sono molto strette. Anzi, è addirittura possibile constatare un'area comune in cui corruzione pubblica e corruzione privata si avvicinano soprattutto a seguito delle trasformazioni criminologiche subite dalla corruzione pubblica. Dopo la trasformazione della corruzione pubblica in senso politico-affaristico (anche a seguito dell'enorme incidenza dell'azione politico-amministrativa su importanti interessi economico-produttivi) la corruzione può comportare l'alterazione delle condizioni generali della corretta concorrenza tra le imprese. E lo stesso tipo di pregiudizio finale alla concorrenza del mercato viene prodotto – come è chiaro – dalla corruzione privata.

Riassumendo: quando il disvalore della corruzione tende a concentrarsi sull'atto e sulle sue conseguenze pregiudizievoli, corruzione pubblica e corruzione privata si avvicinano. E questo avvicinamento può concernere sia il pregiudizio “interno” che l'ente subisce (con la differenza che per l'ente privato si tratterà di un pregiudizio essenzialmente economico mentre per l'ente pubblico si tratterà di un pregiudizio anche di tipo funzionale); sia il pregiudizio “esterno” che si produce nelle condizioni di concorrenza del mercato (realizzandosi così una forte virata del disvalore della corruzione in termini economici, seppure macroeconomici).

Solamente in teoria la prospettiva incentrata sul disvalore dell'atto e dei suoi effetti pregiudizievoli può approdare alle sue conseguenze estreme. In effetti, se la struttura della corruzione dovesse essere *rigorosamente* coerente con il ruolo fondante assunto dall'atto, ne conseguirebbe quanto segue. In primo luogo, la realizzazione del reato si avrebbe solo con l'effettivo compimento dell'atto. In secondo luogo, sarebbe rilevante solo l'atto contrario ai doveri di ufficio (corruzione cosiddetta “propria” in Italia). In terzo luogo,

sarebbe abbastanza discutibile la incriminazione dell'ipotesi corruttiva in cui l'accordo e il vantaggio sono successivi al compimento dell'atto (corruzione cosiddetta "sussequente" in Italia). Nessun ordinamento perviene a queste conseguenze estreme, proprio perché così facendo si perderebbe il disvalore dell'altro asse portante della corruzione rappresentato dal *pactum sceleris*. Al contrario, la struttura delle fattispecie di corruzione è il risultato di un equilibrio in cui debbono trovarsi entrambi gli assi portanti. Un equilibrio che certamente può essere diverso nelle diverse legislazioni e nel tempo, ma che molto difficilmente può arrivare a trascurare completamente il significato di uno di quei due assi portanti.

In ogni caso, il ruolo svolto dall'atto funzionale –quale (probabile) risultato dell'inquinamento– fa sentire la sua influenza in particolare su un aspetto decisivo della fisionomia strutturale delle fattispecie corruttive. Infatti, nella prospettiva che valorizza il disvalore recato alla fattispecie dall'atto funzionale, è chiaro che non si potrà fare a meno di esigere il riferimento ad un atto *individuato e determinato* quale oggetto dell'accordo corruttivo. Come vedremo tra poco, la tendenza attualmente prevalente è invece nel senso di ampliare i confini della corruzione fino a comprendere anche l'accordo che abbia ad oggetto un generico ed indistinto esercizio funzionale da parte del pubblico funzionario. Inoltre, alla prospettiva che valorizza l'atto e le sue conseguenze, anche patrimoniali ed economiche, è coerente una strategia sanzionatoria che guardi ai risultati economici conseguiti dai soggetti dell'accordo corruttivo. Poiché è verosimile che, oltre al vantaggio conseguito dal pubblico funzionario, al danno "interno" od "esterno" all'ente (v. sopra) corrisponda solitamente il vantaggio patrimoniale del soggetto privato corruttore, è ragionevole ed efficace un'estensione della confisca che arrivi a comprendere anche quello.

6. LA STRUTTURA DELLE FATTISPECIE E IL *PACTUM SCALERIS*

Nella *seconda* prospettiva teleologica è il *pactum sceleris* che costituisce il baricentro delle fattispecie di corruzione. Il disvalore del reato s'incentra sull'indebito accostamento tra esercizio funzionale pubblico e vantaggio privato, piuttosto che sulla disfunzione recata dall'esercizio funzionale inquinato. Non c'è dubbio che in questa prospettiva si verifica una sorta di rarefazione del contenuto di disvalore del reato. L'offesa si sposta dal buon andamento, imparzialità e legalità dell'azione amministrativa alla lealtà e fedeltà del funzionario pubblico fino ad arrivare a mettere in gioco la generale fiducia che i cittadini devono nutrire nei confronti dei pubblici funzionari. Conseguentemente, il reale contenuto offensivo non risiede più nello spe-

cifico danno funzionale od economico recato all'ente o ai terzi interessati all'atto, ma si sposta su un interesse di tipo sociale e diffuso rispetto al quale il singolo episodio corruttivo rappresenta un'offesa di tipo seriale: è infatti la moltiplicazione e reiterazione degli episodi corruttivi che è capace di scuotere la fiducia dei cittadini. E' facile comprendere che questa prospettiva teleologica della corruzione è particolarmente coerente con le caratteristiche della corruzione sistemica. Inoltre, sembra di poter constatare una analogia apparentemente sorprendente tra questo modo di intendere la corruzione e la corruzione economicamente considerata quale strumento di alterazione delle condizioni di concorrenza del mercato. In effetti, sia l'uno che l'altra finiscono per attribuire alla corruzione un contenuto offensivo di un bene giuridico diffuso – rispettivamente sociale ed economico, ma in ogni caso tale che si concretizza non tanto nel singolo episodio quanto piuttosto nella serialità della ripetizione.

Questa prospettiva conduce a conseguenze particolarmente radicali per quanto riguarda la struttura delle fattispecie. Se infatti è determinante l'indebito "contatto" tra pubblico e privato che si realizza nel *pactum*, finisce per essere trascurabile la distinzione tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, ma anche tra corruzione per atto contrario o per atto conforme ai doveri di ufficio. Eventuali differenziazioni di pena realizzate attraverso il sistema delle circostanze non mettono in discussione la sostanziale unità della fattispecie. Si tratterebbe indubbiamente di conseguenze estreme ed estranee alla tradizione legislativa formatasi fin qui. Tuttavia, è significativo che in Italia sia stato recentemente presentato un progetto di legge (per la verità rimasto tale) che riformava tutta la complessa materia della corruzione prevedendo appunto un'unica fattispecie indifferenziata e una circostanza attenuante indeterminata per i casi di minore gravità.

Ma la conseguenza praticamente più rilevante di questa impostazione è un'altra. Essa riguarda il concetto di atto che costituisce l'oggetto dell'accordo corruttivo. Come abbiamo già notato, allorché l'elemento del *pactum sceleris* assume un ruolo prevalente rispetto a quello dell'atto funzionale, viene meno l'esigenza che quest'ultimo sia individuato e determinato. La prestazione del pubblico funzionario oggetto dell'accordo può ben consistere in un generico impegno ad un esercizio funzionale indeterminato (promesso o compiuto). E la prevalente tendenza legislativa di questi ultimi anni va proprio in questo senso. Questo è il risultato forse più significativo della riforma dei §§ 331 e 333 StGB tedesco. In questo senso è pure orientato il codice penale spagnolo. E oggi la rinuncia all'atto specifico ed individuato è stata consacrata dalla riforma adottata con legge 6 novembre 2012, n. 190, di cui meglio diremo in seguito.

Non c'è dubbio, dunque, che questa prospettiva teleologica comporta una notevole dilatazione delle fattispecie di corruzione ed è dunque funzionale ad un rafforzamento della repressione, come è imposto sia dalle trasformazioni criminologiche del fenomeno sia dalle convenzioni internazionali in materia. In particolare lo spostamento del baricentro di disvalore dall'atto al *pactum* può giustificare una significativa anticipazione della soglia di punibilità ai comportamenti prodromici all'accordo. Istigazione alla corruzione da parte del privato e sollecitazione da parte del pubblico funzionario ben possono diventare fattispecie autonome indipendentemente dalla loro idoneità alla stipulazione dell'accordo.

Di grande interesse è il ruolo che il privato viene ad assumere in questa prospettiva. Allorché il disvalore del reato sia incentrato sull'atto funzionale, è evidente che soggetto "protagonista" del reato è il pubblico funzionario. Quando invece il baricentro sta nell'accordo corruttivo, è chiaro che i due soggetti assumono un ruolo tendenzialmente paritario. E l'aspetto più notevole è che la parità dei ruoli potrà avere conseguenze non solo sulla misura della pena prevista per il privato, ma anche sui limiti della sua responsabilità. L'idea della parità di ruoli sembra ispirare il sistema tedesco.

In Italia, il privato non era considerato responsabile quando fosse stato "indotto" alla dazione da parte del pubblico funzionario. Difficilissima era però nella pratica applicativa la distinzione fra l'accordo al quale il privato avesse aderito "spontaneamente" (corruzione) e l'accordo che egli avesse "subito" a seguito delle pressioni del funzionario (concussione, in cui il privato è vittima).

In seguito alla nota vicenda cosiddetta di "Mani pulite" (1992-95) si è manifestata in Italia una tendenza verso una più completa parificazione del privato al pubblico funzionario. Si prospettava, infatti, l'idea che il privato avrebbe dovuto essere responsabile per il *pactum sceleris* stipulato col pubblico funzionario, anche quando il comportamento di quest'ultimo fosse stato attivo e determinante per arrivare all'accordo, con il solo limite della vera e propria coercizione alla dazione mediante violenza o minaccia, che egli avesse subito dal pubblico funzionario. L'unico modo per il privato di esonerarsi dalla responsabilità per l'accordo comunque stipulato era visto nella denuncia all'autorità giudiziaria. Un simile sistema di disciplina risente sicuramente del carattere sistemico assunto dalla corruzione in Italia. Da un lato, la estensione della responsabilità del privato riflette quella più generale e tacita intesa tra amministratori pubblici e imprenditori privati che fonda la loro appartenenza ad un sistema comune, che non può funzionare senza una delle due parti. Peraltro, siffatta disciplina finirebbe per trascurare quelle realtà, forse sempre più rare

ma non impossibili, in cui il privato imprenditore si trova ad essere partecipe suo malgrado del sistema e quindi in definitiva vittima dell'intransigenza corruttiva dell'amministrazione. Dall'altro lato, è chiaro lo scopo processuale di agevolare l'accertamento probatorio: al rafforzamento repressivo nei confronti del privato è infatti simmetrica l'offerta dell'impunità per la delazione. Indubbiamente, da un punto di vista etico, si nasconde dietro questa disciplina una sorta di strumentalizzazione del privato e della sua responsabilità a fini processuali. Ma, da un punto di vista criminologico, l'implicita duplice premessa di tutto ciò è l'impossibilità di rompere il sistema corruttivo se non operando dall'interno e la consapevolezza che comunque la parte più forte e dunque più responsabile del sistema rimane pur sempre quella pubblica.

Queste idee rimasero allora inattuata e solo in piccola parte sono state riprese dalla recente riforma del 2012.

7. LE PRESSIONI DELL'EUROPA E LA RIFORMA ITALIANA DEL 2012

Come già anticipato, il 6 novembre 2012 è stata emanata la legge n. 190, recante "*Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" e diretta al **rafforzamento degli strumenti preventivi e repressivi di contrasto alla corruzione**. Nata su prevalente impulso "esterno" proveniente dalle istituzioni internazionali e dai loro atti convenzionali, la legge si è indubbiamente caricata di un significato molto "interno": essa si è inserita in quell'opera di vero e proprio risanamento della Repubblica dopo che per anni la classe politica non era riuscita a reagire adeguatamente alla corruzione. La politica, *bongré malgré*, l'ha in un certo senso subita nella consapevolezza che non si potesse più procrastinare di dare un segnale ad un'opinione pubblica sconcertata dal quadro emergente dalla varie inchieste in atto.

Le istituzioni internazionali premevano soprattutto per una maggiore efficacia repressiva nei confronti del privato corruttore. Nel fuoco delle critiche vi era in particolare il delitto di "concussione" che faceva salvo il privato in quanto quest'ultimo fosse stato *costretto o indotto* dal pubblico funzionario alla dazione indebita. Veniva soprattutto criticata la duttilità di questa disposizione, capace di mettere sostanzialmente nelle mani del pubblico ministero la scelta processualmente strategica di perseguire o no il privato a seconda della sua propensione a collaborare. Qui la risposta del legislatore è stata evidente anche se sofferta: non ci si è sentiti di abbandonare completamente la nostra tradizione giuridica espungendo la concussione dai delitti contro la pubblica amministrazione, ma si è provveduto a separare concussione *costrittiva* e concussione *induttiva*, facendo scivolare verso la corruzione

l'ipotesi semplicemente "induttiva", che costituiva per l'appunto la fattispecie guardata con sospetto dall'Europa. Forse non è azzardato segnalare che, su questo punto, si scontano nodi problematici quasi di sistema. Ed invero, seppure le raccomandazioni europee non escludessero la necessità di rivedere la formulazione della fattispecie, esse avevano ben presente che il problema nasceva dalla prassi applicativa. D'altro lato, il legislatore, pur avendo imboccato la via estrema della revisione strutturale della fattispecie, non ne ha potuto evitare una forte ambiguità di contenuto di disvalore e soprattutto un esito finale che non assicura assolutamente l'obiettivo della riduzione della eccessiva discrezionalità conferita al pubblico ministero e al giudice nella qualificazione giuridica del fatto. Il difficile discrimine tra concussione costrittiva e concussione induttiva (oggi induzione indebita *ex art. 319 quater*) rimane tale, e se prima la diversa qualificazione era relativamente indifferente oggi diventa determinante per le sorti proprio di quel privato corruttore cui le istituzioni europee dedicano la loro attenzione.

Inoltre, l'Europa ci richiamava perché fossero colmate alcune importanti lacune: il traffico di influenze illecite e la corruzione tra privati. La risposta è stata qui puntuale, anche se segnata da una certa (peraltro comprensibile) timidezza.

Nel complesso, la legge 190/2012 riscosse, soprattutto subito dopo la sua emanazione, un generale apprezzamento. Il Primo Presidente della Corte di cassazione, nella solenne cerimonia di apertura dell'anno giudiziario in corso, ebbe ad osservare quanto segue: «In un Paese ricco di annunci e carente di realizzazioni, dobbiamo constatare che la legge promessa è stata approvata ed è entrata in vigore. Quali che siano le valutazioni sulle nuove fattispecie penali, nessuno può negare che questa riforma interrompe finalmente un troppo lungo periodo di inerzia e di indifferenza legislativa, che ha finito per alimentare il fenomeno corruttivo». Successivamente però si sono moltiplicati i giudizi negativi e i rimproveri non solo da parte dei più intransigenti che lamentano un'eccessiva timidezza della riforma, ma anche da parte di chi s'impegna in puntuali analisi del testo per mettere in luce i numerosi nodi interpretativi o le vere e proprie aporie di un testo apparentemente non privo di un suo (abbastanza raro) decoro di formulazione.

Certo, rimane il fatto che la legge ha i suoi meriti e i suoi limiti, anche consistenti.

8. I CARATTERI GENERALI DELLA RIFORMA

Quanto ai meriti della legge 190/2012, ci limitiamo a segnalarne due in particolare, relativi a talune scelte di fondo del legislatore. Il primo riguarda

l'adozione finalmente di una strategia *integrata*, secondo la quale prevenzione amministrativa e repressione penale vengono sinergicamente accostate. In effetti, la legge prevede molti strumenti di prevenzione amministrativa, diretti a incidere sulle cause e sulle occasioni che possono facilitare l'insorgenza di comportamenti corruttivi: piani di trasparenza, controlli, codici di comportamento, responsabilità disciplinari. Forse era possibile fare di più e meglio; forse c'è una certa timidezza della legge su questo piano, ma tuttavia il passo è stato fatto. Può essere migliorato, ma soprattutto potrà costituire un seme capace di invertire la molto criticata tendenza all'uso tanto facile quanto inutile della minaccia penale.

Sul piano poi strettamente penalistico, va annoverato a merito della legge quello di aver colmato delle vere e proprie lacune di tutela, talune segnalate anche dai documenti internazionali in materia. Così, ad esempio, per quanto riguarda la nuova fattispecie del traffico di influenze e della corruzione per la funzione generica, invece che per l'atto. Certo si tratta di disposizioni incriminatrici tutt'altro che immuni da problemi interpretativi anche seri, ma indubbiamente orientate ad adeguare il vecchio assetto codicistico alle nuove realtà criminologiche. Forse l'efficacia di queste fattispecie, e specie della corruzione per la funzione, non sarà straordinaria posto che la giurisprudenza aveva già provveduto in larga parte in via interpretativa. Ma la riforma varrà quantomeno a por fine ad una situazione giurisprudenziale 'suppletiva' francamente ai limiti della stretta legalità.

I limiti della legge riguardano principalmente le difficoltà interpretative poste dalle nuove fattispecie e alcune sue conseguenze sugli assetti di tutela.

Quanto alle questioni interpretative ed applicative, ci limitiamo qui a segnalare che la notevole proliferazione delle fattispecie produrrà non insignificanti problemi di corretta qualificazione del fatto e di concorso di norme.

Quanto alle ricadute sull'assetto e sugli equilibri della tutela, non mancano elementi di novità se non proprio di discontinuità col passato. Già da tempo è in atto un processo di sbilanciamento del nucleo offensivo della corruzione dall'*atto d'ufficio* al *pactum sceleris*. Ne è prova inconfutabile prima la giurisprudenza sulla corruzione per la funzione, oggi la sua consacrazione legislativa nell'art. 318, in cui sono un po' impropriamente accostate due fattispecie dal contenuto di valore e dalle caratteristiche criminologiche molto eterogenei, quali sono la corruzione per un singolo atto conforme ai doveri d'ufficio e la corruzione per la generica funzione. Sebbene nella corruzione per la funzione sia molto evidente un disvalore consistente nella particolare spregevolezza ed indegnità del comportamento di asservimento del pubbli-

co agente, tuttavia è ancora possibile scorgervi un'offesa – anticipata – ai beni finali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione. In effetti, il pericolo per i beni finali è certamente assai meno intenso nella corruzione per la generica funzione che non in quella per lo specifico atto, data l'evidente indeterminatezza dell'impegno del pubblico ufficiale. Ma è anche vero che il pericolo, seppure meno intenso, è più vasto potendo lasciar presagire un programma di una pluralità di atti, a priori non determinabili, lesivi dei beni dell'amministrazione pubblica.

Ma l'innovazione più vistosa, in termini sempre di assetto ed equilibri della tutela, si ha proposito della fattispecie di "induzione indebita": qui si punisce il *pactum sceleris* a cui si sia pervenuti a seguito di "induzione", cioè di pressione, esercitata dal pubblico agente sul privato. In apparenza, nessuna rivoluzione. Certo, ora a differenza di prima, si sanziona anche il privato. Ma ciò sembrerebbe solo trascinare la fattispecie verso l'area della corruzione, riconducendo più naturalmente alla corruzione tutte quelle ipotesi di *pactum* in cui i margini di trattativa per il privato sono più angusti. Ma forse le cose non sono così semplici.

La condotta del reato, dalla parte del soggetto pubblico, è rimasta quella dell'abuso dei poteri o della qualità; così come, di conseguenza, il *metus* è rimasto il criterio sostanziale differenziale tra la nuova fattispecie e le altre di corruzione: insomma, il privato continua ad essere soggetto passivo dell'abuso, come inequivocabilmente fa pensare la condotta di *induzione* mediante abuso. Il fatto che il privato sia ciononostante chiamato a rispondere dell'intesa raggiunta può essere spiegato solo in ragione del fatto che, proprio da quella posizione di soggezione, nasce per lui un obbligo giuridico di *resistenza*, la cui violazione è penalmente sanzionata.

Dunque, il contenuto di disvalore del nuovo reato – ripetiamo dalla parte privata – si presenta piuttosto lontano da quello tipico della corruzione: esso sembra piuttosto consistere nella violazione di un obbligo in certo senso "artificiale" perché posto dall'ordinamento quale strumento per una generica finalità di prevenzione generale del costume prevaricatorio ed approfittatore proprio di molti pubblici agenti. E' in sostanza una strumentalizzazione del privato per creare una zona avanzata di terra bruciata nei confronti del malcostume dei pubblici agenti. Al di là dei profili strettamente tecnici della fattispecie, il nuovo reato di induzione indebita intende esprimere un messaggio socioculturale secondo il quale compete prima di tutto al cittadino respingere gli attacchi del pubblico agente, poiché la sua integrità è la migliore garanzia per l'integrità anche dei pubblici agenti; e, in fondo, è interesse generale di tutti sradicare il fenomeno corruttivo.

Se questo è il messaggio e la funzione affidati alla nuova fattispecie, si può porre un interrogativo di fondo dinanzi alla nuova disciplina. In verità, proprio sul piano del significato socioculturale della fattispecie, ci si potrebbe chiedere se è proprio compito della legge penale quello di prefiggersi obiettivi –in sé pienamente legittimi– di trasformazione dell’abito culturale della popolazione, soprattutto quando ciò avviene facendone pagare il prezzo a chi, forse *culturalmente* corresponsabile del fenomeno generale, è tuttavia nel caso concreto pur sempre il soggetto debole: e la multiforme varietà del reale non esclude affatto che si possa talvolta trattare di soggetti deboli non solo nello specifico della vicenda criminosa e del rapporto col pubblico agente, ma anche deboli per strato sociale di appartenenza o per sfortunate condizioni di vita (come ad es., il piccolo e sprovveduto artigiano dinanzi alla famelica ingordigia dell’amministratore pubblico, oppure il paziente prostrato dalla malattia dinanzi alla disinvoltura del sanitario). Toccherà alla saggezza della giurisprudenza cercare gli adattamenti opportuni per non consumare ingiustizie sostanziali: ancora una volta il bandolo torna nelle mani della magistratura che lo troverà esaltando la perdurante indeterminatezza del confine, reso però più drammatico, tra induzione abusiva e corruzione.

9. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La recente legge italiana di riforma dei reati di corruzione si spresta a qualche considerazione di carattere generale, per concludere. Già abbiamo osservato come la legge sia foriera di una certa proliferazione di fattispecie. Si tratta di una tendenza ormai costante nella legislazione italiana ed europea, soprattutto quando le riforme e le nuove leggi nascono sotto le pressioni che ci provengono dalle istituzioni internazionali, le quali in effetti sono sempre alla affannosa rincorsa delle nuove e svariate forme di criminalità. Insomma, una tecnica in definitiva casistica, alla quale non si sottrae nemmeno la nuova legge sulla corruzione nonostante il suo linguaggio decisamente più sorvegliato e asciutto.

Questo dato, solo apparentemente estrinseco, è all’origine di talune significative conseguenze. Si tratta non solo delle crescenti difficoltà di qualificazione giuridica del fatto e degli ineludibili problemi di concorso di norme, con tutto quello che ciò comporta in termini di accresciuta discrezionalità giudiziale. Si tratta anche e soprattutto del fatto che, moltiplicandosi le fattispecie, il sistema complessivo finisce per essere la risultante di una stratificazione nel tempo sotto la quale vengono a coesistere più modelli di tutela. Da quello originario incentrato sull’atto d’ufficio a quello più recente incentrato sul patto corruttivo e sulla funzione, a quello fortemente rarefatto incentrato sul

semplice accostamento tra privato e pubblico senza un reale disvalore ravvisabile nel mercimonio. Tutto questo è assolutamente naturale e comprensibile, essendo dovuto congiuntamente alle trasformazioni criminologiche del fenomeno e all'accresciuta consapevolezza della gravità dello stesso.

Tuttavia, sorge un'impressione che potrebbe essere sconcertante per il giurista. In una realtà fatta di un intrico tale di posizioni pubbliche e private, di diffusi e ramificati conflitti d'interessi, di situazioni in cui spesso si è corrotti e corruttori insieme, in cui il traffico economico è disciplinato da comitati d'affari in cui privati e pubblici funzionari siedono accanto, ebbene in una realtà siffatta il caleidoscopio delle nuove norme –con la loro sofisticata rete di distinzioni e suddivisioni e i loro sottili problemi interpretativi– diventa un gioco quasi risibile. Da un lato, infatti, la realtà è tale per cui c'è spesso spazio per ciascuna e per tutte quelle fattispecie in un rincorrersi di rimandi senza fine; dall'altro, l'essenziale è colpire comunque questa proteiforme realtà, essendo quello della esatta qualificazione giuridica un problema tutto sommato se non proprio secondario però rilevante a fini prevalentemente processuali e probatori.

FONDOS NEGROS Y LA CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS EN ITALIA*

Vincenzo Militello
Università degli studi di Palermo
Italia

SUMARIO:

I. La corrupción en los asuntos privados como criminalidad moderna de la empresa y su legislación penal relevante. 2. Fondos negros y falsas comunicaciones sociales (art. 2621 e 2622 Código Civil). 3. Fondos negros y tutela penal del patrimonio social a través de la norma general de la apropiación indebida (art. 646 C.P.). 4. Fondos negros y tutela penal de los activos de la empresa (patrimonio social) a través de la represión de las formas corporativas de infidelidad. (art. 2634-2635 CC.). 4.1 *Contexto internacional y límites para la implementación interna.* 4.2 *La infidelidad como resultado de dar o prometer.* 4.3 *La nueva figura de la corrupción entre privados.*

1. LA CORRUPCIÓN EN LOS ASUNTOS PRIVADOS COMO CRIMINALIDAD MODERNA DE LA EMPRESA Y SU LEGISLACIÓN PENAL RELEVANTE.

Que a través de fondos no contabilizados en balance se creen sumas explotables por administradores desleales en operaciones ilícitas, dirigidas

* Traducción a cargo de Jhuliana Claudia Atahuamán Paucar y revisado por el autor del artículo.

a favorecer indebidamente la respectiva empresa societaria de referencia, es un dato criminológicamente importante en un creciente número de países occidentales, y entre estos Italia no puede ciertamente decirse entre los últimos⁽¹⁾. No es fácil determinar qué partes de tales masas de capitales ocultos podrían estar destinados a formas de corrupción privada; es decir, de un intercambio prometido entre una utilidad indebida y una actividad de otro individuo no provisto de función pública. Incierta es la cuantificación de la cuota –verdaderamente consistente– de las totales reservas ocultas destinadas a condicionar a funcionarios públicos. Ni puede descuidarse la menor atención colectiva frente a las prácticas de corrupción limitadas a la esfera de los asuntos privados, que además asumen formas no siempre de fácil distinción de los instrumentos comunes en el mundo de la competencia económica⁽²⁾.

Las diversas manifestaciones de la corrupción y su proliferación, indiferente al carácter público o privado del respectivo terreno de injerto han sido ejemplificados en Italia en recientes casos, en los cuales, los fondos a disposición de los partidos políticos eran utilizados arbitrariamente por los respectivos “tesoreros”: la magnitud cuantitativa y la aberración cualitativa de los relativos gastos han descornado el velo sobre el fenómeno más general y han

(1) Significativa aparece la referencia a Italia entre los países de mayor relevancia del fenómeno, según conclusiones de una investigación sobre trece sistemas nacionales en el tema de corrupción entre privados: cfr. HEINE, *Comparative Analysis*, en: Heine/Huber/Rose (eds.), *Private commercial Bribery*, Freiburg i.Br-Paris, 2003, p.609. La aparición del fenómeno está comprobada por los casos filtrados por la jurisprudencia: cfr. por ejemplo, Trib. Roma, 3.12.1987 (inédita) y App. Roma, 23.6.1988, in *Foro it.*, 1989, II, c. 420 ss., con nota MILITELLO, *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*. Desarrollado por algunos v. *infra* par. 3 y también MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli, 2006, p. 43 s. V. después también Cass. 21.01.1998, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 1998, p. 301 s., con nota di PEDRAZZI. En el notorio caso alemán *Siemens* están involucrados, entre otros, representantes de una empresa italiana: cfr. RÖNNAU, *Einrichtung "schwarzer" (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untrue?*, in *FS-Tiedemann*, Köln-München, 2008, p. 713 s.

(2) Sobre la ambigüedad de muchas conductas atribuible a la “criminalidad de cuello blanco”, y en particular de aquella que está referida como “la quintaescencia” de la categoría – la corrupción, también en el ámbito comercial privado– cfr. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi*. Mentir y robar entre el derecho y la moral (2006), ed. it. a cargo de Basile, Milano, 2008, specie p. 28 s. A su vez, la falta de percepción de la “crítica moral” de esta clase de comportamientos facilita el deslucimiento respecto al trabajo de las entidades de control (incisivamente, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 63 s.).

hecho madurar una difundida conciencia pública del nivel insoportablemente alto alcanzado por la difusión en Italia de la corrupción⁽³⁾.

La exigencia de recuperar el *estándar* de legalidad en la vida colectiva italiana ha dado impulso al lento *iter* de un proyecto de reforma anticorrupción, que al fin ha desembocado en la ley 6.11.2012 n.º 190 (en G.U. 13.11.2012) "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illecito amministrativo*"⁽⁴⁾. En la reforma de la materia según una dual e integrada estrategia de prevención administrativa

⁽³⁾ La percepción de la corrupción es una cuestión que ha asumido una importancia particular para el progresivo empeoramiento de Italia en el respectivo índice publicado anualmente por la ONG *Transparency International*. En distintos niveles han sido señalados los límites de tales indicadores, fuertemente influenciada por la relación – siempre problemática – entre medios de comunicación y criminalidad (emblemático, por ejemplo, la *Relazione al Parlamento 2010* de la *Autorità nazionale anticorruzione* tomado del Ministerio de función pública in www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/Anticorruzione.pdf, p. 77 s.; cfr. también FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale, PS 1- addenda La recente riforma dei reati contro la P.A.*, Bologna, 2013, p. 7, en el contexto de un informe general en mérito al *déficit* de conocimiento empírico sobre el fenómeno). Reprochar a *Transparency International* por interpretar a nivel global el papel "gestor atípico de la moral" (por ejemplo en: SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, ed. it. Milano, 2004, p. 34 s.) Sin embargo, no puede descuidarse la concordancia con otras señales de alarma sobre la difusión del fenómeno, ejemplificados en los casos recordados por abusos de financiamiento de partidos (significativo el asombro con el cual ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, en *Diritto penale contemporaneo* (25.3.2013), p. 6, reclama por la actitud simplista ante la gravedad del fenómeno por parte de la Autoridad nacional anticorrupción con la citada *Relazione 2010*). De otra parte, la alternativa de referirse a los datos oficiales como la estadística judicial o incluso solo de la policía (como hace, por ejemplo, la anterior *Relazione* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, p. 93 s.) presenta riesgos metodológicos no menores incluso solo en cuanto a la valoración de los ámbitos efectivos del fenómeno, en cuanto descuida del todo el número oscuro de los delitos en cuestión. Ni una ciencia penal discursiva y no autorizada (para estos modelos cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano 2004, p. 309 s.) puede borrar la representación social de los fenómenos criminales de los factores de penalización. Al menos sin perder la propia relación con el principio político-criminal de la seguridad de la vida social (por ejemplo en: SÁNCHEZ OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, Madrid 2012, p. 96 s.).

⁽⁴⁾ La influencia de los casos periodísticos que han acompañado la fase final de la reforma y el objetivo de ésta de dejar un mensaje al país sobre la intolerancia de las tasas de corrupción alcanzados son de inmediato puestos en evidencia: cfr. respectivamente PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda* e DOLCINI/VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *DPCRT*, 1/2012, p. 227 e 232. Cfr. también ALESSANDRI, *op.cit.* (nt. 3), p. 10-12, quien considera "lo clamoroso de los hechos de corrupción...en el tiempo más cercano" el "impulso decisivo" de la reforma, y pone en evidencia también una "explosión, en estos últimos tiempos, de una renovada percepción" del problema (p. 3), al tiempo que advirtió los riesgos del uso simbólico del derecho penal en cuestión desconectado de conocimientos empíricos (p. 7).

y de represión penal, la nueva ley va más allá de su referencia al título de la corrupción en la administración pública que interesa también al sector privado. Particularmente, se modifica en más puntos también la norma que había sido introducida hace diez años para punir fenómenos atribuibles en general al campo de la corrupción entre privados, aunque oculta bajo un título un poco esquivo ("infidelidad que deriva de dación o promesa" de fuentes privadas) y sobretodo caracterizada por un alcance limitado, en cuanto importa sólo a sujetos particulares en el ámbito societario⁽⁵⁾.

La práctica oculta de la corrupción privada intercepta entonces desde ya hace un tiempo el alcance de varios delitos en el ordenamiento italiano: desde aquellos tradicionalmente presentes y de alcance general (apropiación indebida y estafa, pero también revelaciones de secretos científicos o industriales), hasta todas las incriminaciones que se dirigen a sujetos cualificados, por ejemplo en el sector de los delitos tributarios (en temas de declaraciones falsas y de falsa facturación: art. 2 y 3, 8 decreto legislativo n. 74 del 2000) y también de los delitos societarios, los que en la reforma del decreto legislativo n.º 61 han sido o renovados (contabilidad falsa) o introducidos especialmente (como la recordada infidelidad que deriva de dar o promesa, por último modificada y ahora expresamente denominada "corrupción entre privados").

Más allá de considerar a la incriminación en su dimensión estática, que mira así a la respectiva capacidad de tipificar adecuadamente las conductas merecedoras de pena, una evaluación del completo sistema de contraste no debe descuidar también la visión dinámica, en cuanto a la relativa eficacia está también condicionada por el factor tiempo de aplicación de la norma. Los respectivos efectos de prevención general afectan el dato que la reforma en el 2005 sobre la prescripción – para superar la lentitud de la justicia penal italiana muchas veces censurada en sede europea – ha acortado los tiempos también los procesos referidos, determinándose así la terminación anticipada en no pocos casos y transformándolos en otras tantas señales como un mero girar al vacío la máquina judicial. Aunque se trata de un perfil

(5) Limitación evidenciada como principal elemento distintivo en cuanto a las indicaciones supranacionales para la imputación de la corrupción entre privados y por lo tanto en el foco del objetivo, a pesar de la reforma del 2012, para superar tales anomalías: cfr. DOLCINI/VIGANÒ, *op.cit.* (nt. 4), p. 232 s.; ANDREAZZA/PISTORELLI, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione)*, in *Dir. pen. cont.* (20 novembre 2012), p. 15 s.; SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 cc.*, p. 3-4, 7 (datt. 2013).

también detectado a nivel internacional⁽⁶⁾, eso no ha sido objeto de un replanteamiento total en la reforma de la ley n.º 190 del 2012, cuyas modificaciones a las imputaciones individuales tienen un impacto diferenciado en sus respectivos términos prescriptorios. Pero la reforma no ha afectado el condicionamiento negativo de la actual disciplina de la prescripción sobre la capacidad del sistema de justicia en Italia, de contrastar adecuadamente el fenómeno de la corrupción⁽⁷⁾.

La relevancia penal en Italia de los fondos negros como fenómeno conexo a las formas de corrupción privada es entonces representable no como un binario unitario que conduce a una sola meta de calificación de los hechos, sino como un caleidoscopio que compone figuras de delitos diferentes, cada uno de los cuales ha seguido recorridos distintos, aunque no exentos de influencias mutuas⁽⁸⁾. A continuación, se presentarán sólo los principales perfiles, seleccionados a fin de evidenciar la insuficiencia del cuadro tradicional que ha llevado desde el principio la inserción de una norma *ad hoc* al respecto y por lo tanto a su reciente reforma, en modo de evaluar los reales progresos en la tutela y los límites todavía actuales de eficacia.

2. FONDOS NEGROS Y FALSAS COMUNICACIONES SOCIALES (ART. 2621 E 2622 CC.)

El primero de los delitos relacionados a la creación de fondos negros se refiere a la falsedad en las comunicaciones de la sociedad por acciones, que

⁽⁶⁾ Las "grandes debilidades" del actual sistema de la prescripción en Italia han sido por ejemplo señaladas en el 2010 por una investigación de *Transparency international* (*Timed out: Statutes of Limitations and Prosecuting Corruption in EU Countries*, in http://www.transparency.ee/cm/files/statutes_of_limitation_web.pdf, p. 41 s.). También después la reforma anticorrupción de la ley 190/2012 – si bien evaluada en general como un "paso útil" tanto por las nuevas imputaciones como por la parte sobre la prevención y la transparencia – la OCSE ha reiterado la importancia de modificar el régimen de la prescripción en los casos de corrupción para no incentivar comportamientos dilatorios en la materia (OECD, *Economic Surveys: Italy 2013*, p. 36-38, 117 s. en www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/oecd-economic-surveys-italy-2013_eco_surveys-ita-2013-en).

⁽⁷⁾ Llama la atención el perfil de prescripción en relación a la reforma anticorrupción, PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, en *Cass. Pen.* 2012 (suppl. al n. 11), p. 15 s.; una mención también en ALESSANDRI, *op.cit.* (nt. 3), p. 13. Previamente. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in *Corruzione pubblica*, Palazzo (cur.), Firenze 2011, 28.

⁽⁸⁾ Sobre la pluralidad de formas que caracteriza el fenómeno cfr. già IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 3561 s.

sanciona la creación en sí de reservas no contabilizadas en el balance, independientemente del uso posterior de los recursos ocultos. El mismo recurso a tales incriminaciones en la operación *Mani Pulite* (Manos limpias) ya había señalado al final del siglo pasado la exigencia de evitarse aplicaciones excesivas o en caso de violaciones solo formales⁽⁹⁾. Con la reforma de los delitos societarios (Decreto Legislativo 61/2002) la no inscripción en el balance de fondos sociales va reportada a dos incriminaciones, distintas respecto al grado de ofensa al bien jurídico: la primera y menos grave contravención (art. 2621 c.c.), para los casos en los cuales los sujetos particulares enumerados en la norma alteran la elaboración de los documentos contables (en especial, el balance), independientemente de cada consecuencia posterior; la segunda, un delito más grave, cuando aquella conducta había causado también un daño patrimonial a la sociedad, a los socios o a los acreedores (art. 2622 c.c.).

Con el intento –en sí compatible– de obtener un mayor respeto del principio de determinación y una no formal individualización del bien tutelado, la reforma sin embargo, ha sobrecargado la descripción del hecho prohibido, pero acabando por reducir la efectiva operatividad de la tutela penal del tema tratado⁽¹⁰⁾. En general, para la contravención, es necesario que la conducta de alterar documentos contables no solo sea idónea para engañar a terceros, pero se necesita un doble dolo: el primero referido a las alteraciones y uno posterior a obtener de ésta un provecho ilícito. De otro lado, han sido introducidos tres umbrales importantes mínimos de la conducta ilícita, por los cuales los fondos no contabilizados importan penalmente para las normas examinadas solo cuando superen tales niveles. Incluso en el más grave caso de verificación de un daño patrimonial, como consecuencia de la conducta de alteración de documentos, el delito es perseguible a denuncia de parte (a excepción de las empresas cotizadas). Ni las modificaciones debidas a una posterior reforma –ley n.º 262 del 2005: un ilícito administrativo para las situaciones debajo del umbral (art. 2621 co.5, 2622 co.9), una pena más grave cuando las conductas realizadas en relación a sociedades cotizadas en la bolsa han causado un grave daño a los ahorristas (art. 2622 co.4)– han afectado perfiles de las dos incriminaciones en grado de incrementar la eficacia aplicativa de ellas⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Por ejemplo, de tales situaciones se origina la investigación de A. PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Milano 1999, p. XXI s.

⁽¹⁰⁾ El juicio es difundido: por ejemplo, recientemente por ALESSANDRI, *op.cit.* (nt.2), p. 274, 281, 307 s.; A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, Milano 2012, p. 126.

⁽¹¹⁾ Indicador significativo de tal progresivo vacío sobre las normas de falsa contabilidad está en el respectivo impacto jurisprudencial, donde de instrumento de “moda” en la operación

La posible relevancia de los fondos negros a los fines de los actos jurídicos de falsas comunicaciones sociales es, por lo demás, clara, en el caso que aquí más interesa, en las cuales las reservas ocultas disponibles sirvan para favorecer a la sociedad en sus actividades utilizándolas como precio de corrupción, en ámbitos tanto públicos como privados. En efecto, el pago de una suma de dinero al decisor (público o particular) de un negocio puede significar un costo (y por lo tanto un pasivo) para la actividad económica de la sociedad beneficiada. La falta de indicación en el balance de tales costos puede entonces integrar la conducta prevista por la contravención de falsa comunicaciones sociales (art. 2621). Pero los déficits de implementación detectados anteriormente no cambiarán, debido a la brevedad de los términos de prescripción: la contravención se extingue después de cuatro años de la consumación. Menos fácil de lo anterior, es que el uso de reservas no contabilizadas con fines de corrupción pueda integrar el delito más grave al que se refiere el art. 2622. Para ese fin sería necesario demostrar que para el éxito de la operación, incluso contraria a reglas internas de la sociedad, que ésta haya sufrido un daño patrimonial: lo cual, además, es difícil de verificar, en cuanto las operaciones de este estilo son para obtener ventajas para quien las opera; por lo demás, el relativo costo viene absorbido por la política de la empresa que, a su vez, por lo general tiene por objetivo obtener una utilidad.

3. FONDOS NEGROS Y TUTELA PENAL DEL PATRIMONIO SOCIAL A TRAVÉS DE LA NORMA GENERAL DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA (ART. 646 C.P.)

Además del perfil ya examinado de los fondos negros, que podría decirse “estático” en cuanto pone en evidencia ya cualquier alteración de la información societaria, existe también una dimensión “dinámica” que considera su uso para posteriores aprovechamientos, en sentido extenso, corruptor de otros sujetos particulares. A propósito, se considera la apropiación indebida (art. 646 c.p.) como delito común de la tutela del patrimonio, aun cuando la empresa provea los fondos utilizados para ventaja de los demás. La inadecuación de la norma en el contraste del fenómeno es, sin embargo, ahora ya definida por el recorrido seguido por la jurisprudencia italiana, que luego

de Mani Pulite se ha transformado por último en una rama seca (respectivamente, COLOMBO, *La “moda” dell’accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, en *Riv. soc.*, 1996, p. 713; SEMINARA, *Il diritto penale giurisprudenziale dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, en *Jus* 2011, p. 73).

de algunas variaciones ha llegado al final a una conclusión sustancialmente negativa.

Una primera decisión al final de los años ochenta del siglo pasado había negado la apropiación penalmente relevante en las conductas de quienes destinan sumas de dinero para operaciones (financiamiento ilegal a partidos políticos) que recaían en beneficios, aunque sean indirectos para la empresa, como por ejemplo cuando favorecen a la empresa del mismo grupo⁽¹²⁾.

En cambio el administrador, que ha destinado sumas de dinero no contabilizadas en el balance con fines como el de financiar a periodistas o, incluso una vez más, a partidos políticos, ha sido condenado por apropiación indebida, ya que los bienes sociales han sido usados para actividades ajenas al objeto social. Esto según una concepción particular de la relación entre las dos conductas de sustracción y aquella de apropiación, en base a la cual para configurar el delito basta que el sujeto que emplea el bien de otro se comporte *uti dominus*; es decir, como si fuese el propietario. Situación que se verifica no solo cuando el bien viene anexado al patrimonio propio, sino cuando esté dirigido a propósitos incompatibles con el respeto de la propiedad del titular, como en el caso de un uso arbitrario con fines ajenos al objeto social que conlleven la pérdida del bien mismo⁽¹³⁾.

Ya de aquí emergen los estrechos márgenes en la aplicación de la apropiación indebida respecto a los casos en los cuales los fondos negros son usados para pagar formas de corrupción privada; el servicio que viene ilícitamente remunerado a terceros por el administrador de la sociedad es aquí usualmente la conclusión de un negocio que cae en la actividad de la sociedad misma y no es una iniciativa ajena a su objeto social. Indebidas son más bien las modalidades por las cuales la realización de tal objeto social son perseguidas: incluso cuando del negocio se consiga un beneficio para la sociedad, éste se obtiene alterando las condiciones normales del mercado, pero se sale así del ámbito de tutela del patrimonio de la sociedad. La Casación, ya desde finales del siglo pasado, por eso ha obstruido el camino

⁽¹²⁾ Cass. 23.6.1989, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 266 ss., con nota MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*; en *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1989, p. 1123 s., con nota CALDERONE, *Il ruolo della Cassazione e la supplenza giudiziaria (a proposito di utilizzazione di fondi non contabilizzati per finalità extrasocietarie)*.

⁽¹³⁾ Cass., 4.4.1997, en *Riv.it.dir.proc.pen.* 1997, p. 1435 s. con nota PEDRAZZI, *Sui limiti dell'appropriazione*; en *Foro it.* 1998, II, 542 s. con nota VISCONTI, *Fondi extrabilancio, distrazione appropriativa e tutela giurisprudenziale della fiducia*. En ese sentido también BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, en *Dir.pen.proc.* 2001, p. 1145.

a la posibilidad de considerar distracciones significativas de acuerdo con el delito de apropiación indebida las conductas de financiamiento ilegal a los partidos políticos y periodistas. Al mismo tiempo, además se ha afirmado la necesaria ajenidad del objeto social de las donaciones de los fondos sociales no remunerados, como en el caso de los pagos en las cuentas no formalmente atribuibles a la empresa⁽¹⁴⁾.

4. FONDOS NEGROS Y TUTELA PENAL DE LOS ACTIVOS DE LA EMPRESA (PATRIMONIO SOCIAL) A TRAVÉS DE LA REPRESIÓN DE LAS FORMAS CORPORATIVAS DE INFIDELIDAD. (ART. 2634-2635 CC.)

La incapacidad de la apropiación ilícita para contrarrestar los fenómenos de abuso en la gestión de la empresa y de alterar las condiciones del mercado está en el marco en que se inserta la intervención sobre el tema contenido en la reforma de los delitos societarios del 2002: la ya recordada mayor selectividad adoptada en el tema de informaciones societarias encuentra un contrapeso en una más incisiva represión de las formas de infidelidad en la gestión social. Una especie de vaso comunicante une en efecto ambos sectores: solo una disciplina “cuesta arriba” para contrarrestar los abusos en la gestión social puede evitar que se descarguen “cuesta abajo” —en el momento en que sea necesaria la rendición de cuentas sobre la actividad social— todas las tensiones de la delicada relación entre legalidad y empresa.

A pesar de las preocupaciones avanzadas en relación a una intervención penal al respecto, de los cuales se teme que se reduzcan a aplacar a instancias de moralización a la vida económica⁽¹⁵⁾, también el ordenamiento italiano ha incluido una norma que reprime algunas formas de corrupción entre privados, por otra parte en términos simples en cuanto al alcance de la incriminación marcado por fuentes supranacionales desde finales del siglo pasado. Se trata, entonces, de un sector ejemplar para verificar si se está frente a mucho derecho penal o a demasiado poco.

4.1. Contexto internacional y límites para la implementación interna.

La incriminación de las formas particulares de corrupción entre privados representada por los acuerdos destinados a intercambiar utilidades indebidas en el contexto societario se encuadra en un fuerte interés internacional

⁽¹⁴⁾ Cass. 21.01.1998(cit.nt.1).

⁽¹⁵⁾ Cfr. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2007, p. 805 s.

por un más eficaz contraste en todo los campos de los fenómenos de corrupción capaces de armonizar las condiciones de los mercados entre varios ordenamientos⁽¹⁶⁾. La gestación de la reforma societaria del 2002 había ocurrido cuando ya la Unión Europea había adoptado una primera iniciativa para armonizar el tema de la corrupción en el sector privado⁽¹⁷⁾, para comprometer a los estados miembros a introducir especiales incriminaciones en sus respectivos sistemas penales. Este primer estándar europeo de incriminación hace referencia por una parte al intercambio, aunque solo prometido, entre una ventaja indebida por un trabajador particular cualquiera y la adopción de un hecho que constituya cualquier “violación de una obligación legal o de normas profesionales o de instrucciones profesionales en el ámbito de las relaciones de trabajo privado” (Art. 1, definiciones).

Los intereses que la norma europea consideraba meritorios de tutela penal en los distintos estados miembros no son necesariamente de naturaleza privada y de titularidad individual para la persona física o persona jurídica privada, para la cual el sujeto activo trabaja, pero puede ser externo a él y de naturaleza corporativa. En particular, las conductas que requieren de sanción son aquellas que pueden o alterar la competencia o incluso producir daños económicos a terceros mediante una incorrecta adjudicación o una incorrecta ejecución de contrato⁽¹⁸⁾.

Una proyección externa del bien tutelado respecto al tema de relación de intercambio entre dos sujetos privados, que viene confirmado en la sucesivas Decisiones Marco del Consejo Europeo 2003/568/GAI del 22.7.2003. Además de vincular también penas de cárcel con un máximo de uno a tres

⁽¹⁶⁾ Intereses evidenciados en algunas investigaciones comparadas sobre el tema: cfr. Eser/Überhofen/Huber (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg, 1997 (en especial p. 761 s. por la síntesis del tema sobre la corrupción entre privados); Heine/Huber/Rose (eds.), *Private commercial Bribery* (cit. nt. 1, specie p. 608 s.); Acquaroli/Foffani (cur.), *La corruzione tra privati*. Esperiencias de comparación y de perspectivas de reforma, Milano 2003. Por iniciativas supranacionales desarrolladas desde hace más de dos décadas por una estrategia global contra la corrupción, CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, p. 70 s.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 28 s., 463 s., 513 s.

⁽¹⁷⁾ Acción conjunta, del 22 de diciembre de 1988, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado, en GUCE L357 del 31.12.1998.

⁽¹⁸⁾ El art. 2 párrafo 2 y el art. 3 párrafo 2 de la citada acción conjunta proporcionan, respectivamente, para la corrupción pasiva y para la activa, que las conductas que se han de penalizar como ilícitos penales en los estados miembros sean aquellas que, “impliquen o puedan implicar distorsiones en la competencia como mínimo en el ámbito del mercado común y produzcan o puedan producir daños económicos a terceros a través de una incorrecta adjudicación o una incorrecta ejecución de un contrato”.

años, el nuevo instrumento para armonizar prevé que las conductas a las que se atribuye relevancia penal sean solo aquellas adoptadas dentro del ámbito de la actividad profesional, aunque estén relacionadas con entidades sin ánimo de lucro. Además, dependerá de los estados miembro la elección de limitar a aquellos que puedan hacer distorsiones a la competencia en cuanto a la adquisición de los bienes o servicios (art.2 párrafo 3).

A las indicaciones de la Unión Europea se adicionaban también las posteriores normas internacionales intervinientes en el tema y que prevén una punibilidad a la corrupción privada en términos bastante amplios, como el intercambio entre una ventaja indebida y la promesa de un hecho en violación de los propios deberes, que intervengan en el ámbito de actividades económicas financieras o comerciales entre personas que dirijan una entidad en el sector privado o por un sujeto que trabaje para ella: la *Criminal Law Convention on Corruption* del Consejo de Europa en Estrasburgo de 1999 (art.7 y 8); y la Convención ONU contra la corrupción de Mérida del 2003 (art. 21 pero también el art. 22).

El legislador italiano se ha movido en términos reducidos en el espacio ampliamente rastreado por las normas internacionales, limitando hasta ahora solo al sector de las sociedades comerciales la relevancia penal de las conductas de corrupción privada con el recordado artículo 2635 c.c. Como mejor se ilustrará (*infra* párrafo 4.2.), además de las especificaciones de los sujetos activos, con referencia solo a algunas figuras que signifiquen cargas particulares para la empresa, viene ya un modelo adoptado de intervención más selectivo respecto a aquello prefigurado en el ámbito europeo. En particular, el bien tutelado no es más externo y colectivo, pero –al menos ordinariamente– interno y privado. Se trata del patrimonio de la empresa: se necesita el daño como consecuencia de los actos realizados por los administradores (y figuras equivalentes) que en violación de sus respectivos deberes hayan aceptado la promesa de una ventaja⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Sobre los dos modelos de tutela (referente a la relación entre el sujeto y la entidad de la cual depende o entodo caso externo a ellos), puede referirse a MILITELLO, *Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario*, en *La corruzione tra privati*, cit. (nt. 15), p. 363 s.; cfr. también CERQUA, *La corruzione tra privati*, en *La riforma dei reati societari*, Piergallini (cur.), Milano, 2004, p. 134; ZAMBUSI, *Infedeltà a seguito di dazione o di promessa di utilità (art.2635 c.c.): alcuni spunti problematici*, en *Ind. pen.* 2005, p. 1042 s.; SPENA, *op.cit.* (nt. 15), p. 815 s.; CINGARI, *op.cit.* (nt.15), p. 166 s.; por último, con referencia a una diversidad criminológica de los sujetos de la corrupción, BARTOLI, *Corruzione tra privati*, en *La legge anticorruzione. Prevenção y represión de la corrupción*, B.G. Mattarella/Pellisero (cur.), Torino 2013, p. 435 s. por un modelo dual, también se caracteriza en términos diferentes a aquellos indicados en el texto, cfr. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*,

La particular cautela del legislador italiano en el tema encuentra un claro índice revelador en el retraso general para adecuar el ordenamiento interno a las normas supranacionales; la Decisiones Marco del Consejo Europeo 2003/568/GAI del 22.7.2003 no ha sido de hecho implementadas por el gobierno italiano, que no ha actuado la delegación conferida con la ley número 25.2.2008 n. 34, cuyo artículo 29 preveía la inserción entre los delitos comunes del Código penal de la corrupción entre privados en los mismos amplios términos de la decisión marco ya recordada⁽²⁰⁾. La Convención ONU de Mérida, también firmada por Italia inmediatamente después de su adopción en el 2003, había sido ratificada solo con la ley del 3.8.2009 número 116, dando además cumplimiento limitado sólo para las disposiciones obligatorias: entre ellos no estaba la sanción a la corrupción entre privados, posibilidad sólo prevista por el artículo 21 de la Convención y no reproducida por el texto de la Ley de la adecuación interna⁽²¹⁾. Finalmente, la *Criminal Law Convention on Corruption* del Consejo de Europa de 1999 ha sido ratificada solo con la ley 28 de junio del 2012, número 110, cuando ya el trámite de la reforma en el tema de anticorrupción había sufrido la aceleración que resultaría decisiva para su aprobación.

4.2. La infidelidad como resultado de dar o prometer.

La redacción del artículo 2635 c.c., debida la ya otra vez llamada reforma societaria del 2002, imputaba “a los administradores, los directores generales, los alcaldes, los liquidadores y los responsables de las revisiones, quienes, como resultado de las donaciones o de las promesas de utilidad, realizan u omiten actos en violación de las obligaciones inherentes a su labor, ocasionando daños a la empresa”. La pena prevista era la “pena privativa de la libertad hasta tres años”, de conformidad con el segundo párrafo aplicable también “a quien da o promete utilidad”, en el párrafo final se preveía finalmente la persecución penal a la víctima.

Milano, 1997 p. 582 s. Un modelo tripartito de punición a nivel internacional es propuesto por SEMINARA, intervención en la mesa redonda *Quale modello di intervento penale*, en *La corruzione tra privati*, cit. (nt. 15), p. 272 s.

(20) En ese sentido, en la fase de los actos preparatorios, SPENA, op. cit. (nt. 15), p. 807 s.; y luego también BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009, 403; PERRONE, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata: in attesa dell'attuazione della l. 25 febbraio 2008, n. 34*, in *Cass.pen.* 2009, 769 s. No puede entonces decirse que se haya superado el juicio de incumplimiento formulado por nuestro país en el informe de la Comisión ante el Consejo del 2007 sobre la actuación del Cuadro Marco del 2003 en materia.

(21) Cfr. KILDANI, *La legge italiana di ratifica della Convenzione di Merida contro la corruzione* (l. 3.8.2009 n. 116), en *Leg.pen.*, 2010, 131 s.

El punto más problemático, detectado rápidamente, es quizás la conexión instaurada entre la realización efectiva de un daño al patrimonio de la empresa como consecuencia de la conducta y sobre la denuncia del hecho. Ya que se ha elegido no centrar el delito en las lesiones de intereses ajenos a la empresa, sino también no sancionar ya el simple peligro en relación al patrimonio de ella, el requisito de la efectiva lesión de este último no debería dejar márgenes de evaluación para la oportunidad de perseguir el hecho de quienes aceptan incluso solo la promesa de utilidad indebida por cumplir actos contrarios a los respectivos deberes del oficio⁽²²⁾. La posibilidad de ejercer o no la demanda coincide en cambio con una construcción del delito en términos de amenaza para el patrimonio social; aquí está la necesidad del *dominus* (y también los órganos de la empresa o incluso de un solo socio)⁽²³⁾ para evaluar si en la práctica el intercambio indebido entre la utilidad y el hecho de su empleado desleal constituye un peligro real para los propios intereses; y así poner en duda la existencia de la infracción penalmente relevante⁽²⁴⁾.

Se ha derivado además la pérdida de una coherente relación con otra norma en el tema de infidelidad patrimonial de la empresa, que sólo requiere un daño a ella, además de la persona agraviada (art. 2634 c.c.)⁽²⁵⁾. Al menos para los actos realizados por los sujetos activos previstos en ambas normas (administradores, directores generales y liquidadores) una solución racional en cambio habría requerido construir las relaciones entre ambas de modo que en los casos en los cuales el acto ilícito ponga en peligro el patrimonio de la empresa, se aplique la incriminación de la *mala gestión* anticipada (precisamente la infidelidad por la corrupción), y cuando en la misma situación se verifique que ocurre un daño, debería prevalecer más bien la otra norma de la infidelidad patrimonial⁽²⁶⁾.

(22) Dudas sobre la efectiva existencia de razones deflacionarias en apoyo de la persecución por denuncia del acto son expresadas por último en ALESSANDRI, *op. cit.* (nt. 3), p. 3 s.

(23) Sobre la cuestión de qué organismos, en estos casos, son legitimados para denunciar ha sido por otra parte una evolución jurisprudencial: si de hecho está reconocida solo la asamblea plantea riesgos de lesionar los derechos de las minorías (v. ALDOVRANDI, *Commento agli artt. 2634 cc. e 2635 cc.*, en Lanzì/Cadoppi (cur.), *I reati societari*, Padova, p. 206 e nt.77).

(24) Cfr. Ya en SEMINARA, *Gli interessi tutelati nel reato di corruzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, p. 988; FOFFANI, *op.cit.* (nt. 19), p. 581 s.

(25) En el mismo sentido BENUSSI, *op. cit.* (nt. 19), p. 404 s.

(26) En Italia los auspicios para incriminar la infidelidad patrimonial, fijada al verificarse un daño, por lo menos desde los años 70, estuvieron acompañados del pedido de tutelar de manera más amplia los intereses para una correcta gestión de los intereses de los demás, agregando a la primera un delito de aceptación o promesa de utilidad indebida destinada al cumplimiento de un acto contrario a los intereses de la sociedad. La propuesta ha sido

Pero no es así: haber requerido la verificación del daño patrimonial de la empresa ha alterado el equilibrio en las relaciones entre las normas, con consecuencias irrazonables: o aplicar la incriminación menos grave respecto a los casos más reprochables⁽²⁷⁾ o excluir en la práctica la infidelidad como consecuencia de dar o prometer, a favor de la norma referido al artículo 2634. Y es este último el camino que parece haber prevalecido, porque la infidelidad patrimonial es la única de las dos normas, por la cual si encuentran algunas –aunque no sean numerosas, pero significativas– aplicaciones jurisprudenciales⁽²⁸⁾. La consecuencia es que el derecho viviente marca una distancia mayor en comparación a las expectativas internacionales de un adecuado contraste penal de la corrupción entre privados confiada a la norma del artículo 2635 c.c.⁽²⁹⁾

4.3. La nueva figura de la corrupción entre privados⁽³⁰⁾.

La exigencia de reformar el delito de infidelidad ex artículo 2635 –más que de la declarada voluntad de aplicar las indicaciones supranacionales

avanzada por MARINUCCI/M.ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1971, p. 707 s.

- (27) El acto contrario a los deberes del oficio, adoptado en un conflicto de intereses y con la finalidad de obtener una ventaja, podía ser punido con una pena mínima (ex art. 2635 c.c.) si es fruto de un acuerdo entre el sujeto activo y un tercero e incluso si el enriquecimiento ilícito no hubiese permanecido dentro la finalidad no realizada, pero como si se hubiese realizado.
- (28) Por ejemplo, en el tema de presentación de la denuncia: solo por parte de la asamblea de la empresa (Cass., 07.05.2003) o también de parte del socio minoritario (Cass., 16.06.2006 n. 37033, y por último Cass., 13.05.2011 n. 28437). O incluso para distinguir el alcance de la norma (y de su causa de exclusión de responsabilidad referido al 3º párrafo) sobre la aplicación del art. 646 cp. Y sobre la quiebra (Cass., 05.06.2003, in Cass. pen. 2004, p.457 e ivi 2005, p. 1359 nota GIOVANARDI).
- (29) La importancia de la falta de convicciones sobre la base de la norma es expresada en GRECO [Eval III Rep (2011) 7E], *Evaluation Report on Italy 2012*, par. 109, que luego recomienda – superando la referida reserva sobre el punto en el anterior informe del 2009 ([Eval I/II Rep (2008) 2E.] *Evaluation Report on Italy*, par. 25) – una criminalización de la corrupción entre privados en términos más amplios de la formulación debido al art. 2635 c.c. (par. 110).
- (30) “Salvo que el hecho constituya un delito más grave, los administradores, los directores generales, los gerentes responsables en la redacción de los documentos contables societarios, los alcaldes y los liquidadores, que, a consecuencia de dar o prometer dinero u otra utilidad, para sí o para otro, hacen u omiten actos, en violación de las obligaciones inherentes a su labor o de las obligaciones de fidelidad, causando daño a la empresa, son punibles con la pena privativa de la libertad de uno a tres años. Se aplica la pena privativa de la libertad hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por quien está sujeto a la dirección o a la vigilancia de uno de los sujetos indicados en el primer párrafo.

para introducir una incriminación general de corrupción entre privados⁽³¹⁾, los cuales hasta hoy permanecen parcialmente como no realizadas— está justificada por las insuficiencias en su diseño primario hasta aquí señalado. La nueva formulación constituye un progreso bajo muchos aspectos, aunque si el compromiso logrado en el largo trámite preparatorio en el Parlamento resuelve solo parcialmente el asunto de fondo, que se ha evidenciado en mérito de una estructura de la lesión anclada al daño, pero subordinada a una denuncia de parte de sujeto titular del patrimonio.

No exento de sombras está en primer lugar el cambio de titulación, ahora expresamente denominada “corrupción entre privados”. Desaparece así la referencia a la infidelidad (al menos en el título), que en la reforma de los delitos societarios acercaban al delito de la infidelidad del patrimonio, para distinguir las dos incriminaciones sólo en relación con la especificación de la fuente: en los trabajos preparatorios más claramente indicado como infidelidad por corrupción y luego aprobada con la fórmula menos eficaz de infidelidad como resultado de dar o prometer.

Por otra parte, la nueva titulación, se perfila más eficazmente el terreno interior criminológico que intenta impedir, termina por ser demasiado amplia y en el fondo imprecisa en cuanto a su función de orientar el contenido normativo⁽³²⁾: ella parece regular cada forma de corrupción entre privados; aunque el contenido de la norma esté todavía referida al tema de los delitos societarios, como en la anterior formulación de la norma regulada por el Código civil. No se trata entonces de una figura general de corrupción entre privados, prevista por la ya mencionada ley delegada en el 2008, dirigida a aplicar la Decisión Marco Europea del 2003, consideraba introducir un nuevo delito común en la parte especial del Código penal.

Quien da o promete dinero u otra utilidad a las personas indicadas en el primer y en el segundo párrafo es sancionado con las penas allí previstas.

Las penas previstas en los párrafos precedentes son duplicadas si se tratan de empresas con cotizaciones en mercados italianos reglamentados o de otros estados de la Unión Europea o ampliamente distribuida entre la población de conformidad con el artículo 116 del texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, referido al decreto legislativo del 24 de febrero 1998, n. 58, y las siguientes modificaciones.

Si procede a pedido de la persona ofendida, salvo que el hecho sea una distorsión en la competencia de adquisición de bienes o servicios”.

⁽³¹⁾ La referencia a las obligaciones internacionales como estímulo para “una revisión de la implantación de disciplina en el asunto” con especial referencia a la corrupción entre privados ha sido expresado por el Ministro, *pro tempore*: SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, en *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 7.

⁽³²⁾ Atribuye un valor político-criminal a la nueva agenda BARTOLI, *op.cit.* (nt. 19), p. 441.

Además, la nueva titulación descuida del todo la violación de los deberes internos que debe caracterizar la conducta, expresamente especificada incluso ahora equiparada a obligaciones generales de fidelidad, a las cuales se volverá.

Importante es ciertamente la cláusula de subsidiariedad inicial, que en caso de concurso de esta incriminación con otras normas penales atribuye prevalencia a los delitos más graves. Aunque el rango de su operatividad existan ya evaluaciones diferentes, aparece un efecto no despreciable de ella: a consecuencia de una modificación de las sanciones, la prevalencia no podrá operar más a favor de la infidelidad patrimonial referido al artículo 2634, como antes podía suceder. La inserción del mínimo de un año de la corrupción entre privados hace en sí ciertamente que en los casos de concurso aparente entre el artículo 2634 (que mantiene el mínimo original de seis meses) y el nuevo 2635 sea que éste último el que prevalezca⁽³³⁾.

La voluntad de señalar en el plano sancionatorio el mayor desvalor de la nueva corrupción entre privados queda evidenciada posteriormente por la confirmación de la forma agravada, con aumento del doble de las penas mínimas y máximas, para los casos en que la empresa en juego sea cotizada en la bolsa y en los mercados públicos (nuevo párrafo 4). Se trata de una primera luz para considerar también intereses externos a la empresa y a su capital. Una posterior e importante innovación elimina finalmente una irracional brecha del original aparato sancionatorio. La referencia es aquí a la inserción de la corrupción entre privados, en la forma activa (dar o prometer la utilidad a otra persona entre aquellos expresamente señalados en el primer párrafo del art. 2635), entre los delitos de los que puede derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el sentido del sistema italiano referido al decreto legislativo 231 del 2001.

La exclusión originaria para ambos delitos de infidelidad societaria no se justificaba con el argumento, si bien difundido, según el cual, presuponiendo la verificación de un daño para la empresa, tales conductas no pueden ser cumplidas "en interés de la sociedad" y entonces no cumplen con uno de los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del ente colectivo. Eso no servía y no sirve de hecho en los casos de "infidelidad por corrupción": se piense en la empresa que para lograr su propio interés, a través del propio administrador ha dado o prometido una utilidad al administrador desleal de una empresa de la competencia⁽³⁴⁾. Con el expreso reconocimien-

⁽³³⁾ Cfr. SPENA, *op.cit.* (nt. 5), p. 7-8, 16 (datt.); BARTOLI, *op.cit.* (nt. 19), p. 448 s.

⁽³⁴⁾ Distingue oportunamente las dos hipótesis de la corrupción pasiva de aquella activa para verificar el argumento del interés como obstáculo a la configuración de la responsabilidad por el delito de la sociedad involucrada CERQUA, *op.cit.* (nt. 19), p. 138.

to de tales situaciones en el artículo 25 *ter* decreto legislativo 231 del 2001 ahora operado por las leyes anticorrupción (art.1 co. 77 que introduce al párrafo 1 el nuevo s-bis para los casos referidos al párrafo 3 del art. 2635, para los cuales se prevé la sanción pecuniaria da 200 a 400 días multa) se ha así superado la ilegítima desigualdad del tratamiento hasta ahora existente con el caso referido a la misma acción de dar o prometer utilidad sea operada por una persona física, expresamente considerada punible por el anterior art. 2635 párrafo 2 c.c.⁽³⁵⁾

También la lista de los sujetos activos ha sufrido retoques, aumentando a la lista que ya había sido privada de la figura controvertida de las responsabilidades de las revisiones⁽³⁶⁾, aquella de los dirigentes responsables de la redacción de los documentos contables societarios. La elección aditiva aparece oportuna a la luz del nexo sustancial entre prácticas corruptas y tutela penal de la información societaria, con la ya considerada norma del art. 2621 c.p.

Luego está la extensión –trabajada por un nuevo segundo párrafo, aunque con una pena disminuida– a los cuadros intermedios de la empresa: vale decir, quienes están sujetos a la dirección o a la vigilancia de uno de los sujetos indicados en el primer párrafo. Se construye así una duplicidad de posiciones de responsabilidad que reproduce aquella ya principalmente individualizada en el sistema de responsabilidad por el delito de las personas jurídicas del decreto legislativo 231 del 2001: aquí se distingue entre posiciones de los directores o administradores y de los subordinados. Una señal posterior del expansivo rol de modelo que tal normativa ha asumido ahora en nuestro ordenamiento, pero también un acercamiento a la duplicidad de posiciones activas (de quienes efectúan “funciones directivas o

⁽³⁵⁾ Concordaron sobre la total falta de “plausibilidad político-criminal” de la (ahora superada) falta de inclusión de la corrupción activa ex art. 2635 co.2 entre los delitos societarios por los cuales la sociedad puede ser llamada a responder PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, en *I nuovi reati societari: diritto e processo*, GIARDA/SEMINARA (cur.), Padova, 2002, p. 112 s. Sobre la innovación al respecto, en sentido favorable, cfr. MELCHIONDA, *Art. 2635 c.c. (Corruzione tra privati)*, en *Giur. it.*, 2012, p. 2701; BARTOLI, *op.cit. (nt. 19)*, p. 443.

⁽³⁶⁾ Críticamente sobre tal originaria inclusión por ejemplo ya en FOFFANI, *Le infedeltà*, en ALESSANDRI (cur.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 370. V. pure MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 239; ZAMBUSI, *op.cit. (nt. 19)*, p. 1052 s. Para los siguientes asuntos regulatorios, que han llevado a eliminar la referencia a los responsables de la revisión del art. 2635 (art. 37 d.lgs. n.39 del 2010), en favor de dos imputaciones *ad hoc*, cfr. MELCHIONDA, *op.cit. (nt. 35)*, p. 2700; BARTOLI, *op.cit. (nt. 19)*, p. 449, detecta una laguna de protección en relación a los responsables de la revisión.

ejecutivas de cualquier tipo) a que hace referencia al art. 2 de la Decisión Marco Europea⁽³⁷⁾.

La descripción de la conducta ha sido especificada en vista a una mejor precisión de la norma. En particular, se ha expresamente previsto que la utilidad puede consistir también en el dinero y que éste puede ser dado o prometido como ventaja tanto por las figuras de los sujetos activos, como de otros. Ambas adiciones no implican la extensión del delito a aspectos que anteriormente no eran punibles, ciertamente en el caso de referirse al dinero, que es la utilidad por antonomasia, sino en cuanto a la posible referencia a terceros con el precio del hecho⁽³⁸⁾; falta de hecho en la estructura del delito cada referencia a conceptos como la apropiación del dinero o utilidad, que en cambio ha obstaculizado la aplicación del delito de apropiación indebida a casos de conductas a favor de terceros.

Más innovativa resulta por el contrario la tercera adición a la conducta: respecto al hecho de adoptar, objeto de intercambio ilícito, se iguala a la violación de las obligaciones inherentes al despacho (o mejor, a los despachos comprometidos) también a aquellas obligaciones de fidelidad. Aquí queda un legado de la naturaleza original con el delito de infidelidad patrimonial, más allá del abandono nominal en la ya recordada nueva titulación del artículo. Ésta referencia a la fidelidad de varios sujetos activos en cuanto a la empresa parece entonces excesivamente genérico para el contexto de una norma penal, porque son demasiados los comportamientos que pueden aparecer desleales en el contexto de la vida de los negocios: ciertamente una cosa es afirmar que el delito necesita un intercambio indebido entre un hecho y una utilidad que ve como protagonistas a sujetos de la norma, para definir tal comportamiento como infidelidad de corrupción entre privados; otra cosa es en cambio buscar obligaciones de fidelidad posterior en cuanto a los obligados por el cargo, cuyo origen parece ser solo de ética en los negocios con los consiguientes riesgos de indeterminación⁽³⁹⁾.

Permanece intacto en cambio el requisito del necesario daño a la empresa, que representa el anclaje de un bien tutelado referido todavía al pa-

⁽³⁷⁾ MELCHIONDA, *op.cit.* (nt. 35), p. 2700. El aspecto parece bastante descuidado por ALESSANDRI, *op.cit.* (nt. 3), p. 20 quien resta importancia a la modificación, señalando el carácter criminológicamente marginal de tales figuras intermedias y la pequeñez de la pena.

⁽³⁸⁾ Cfr. En sentido análogo BARTOLO, *op.cit.* (nt. 19), p. 441.

⁽³⁹⁾ Después de un análisis para reastrear posibles contenidos de la obligación de fidelidad en la normativa civil, SPENA, *op.cit.* (nt. 5), p. 17-20. Concluye, sin embargo, en el sentido de valor simbólico de la cláusula en cuanto a un desplazamiento del eje de protección de los intereses internos y externos de la empresa.

trimonial social. Del mismo modo no ha sido modificada la procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada, con la consecuencia que la extraña conexión entre estos dos aspectos, ya detectados por la versión originaria, se reproduce fundamentalmente con la nueva norma. Sin embargo, se debe señalar que en la versión final de los actos preparatorios ha sido introducida una condición al régimen de procedibilidad de denuncia, que ahora no es requerida si “del hecho deriva una distorsión en la adquisición de bienes o servicios”. De tal modo, se ha tendido un compromiso entre dos modelos de imputación al respecto: en caso de daño solo al patrimonio de la empresa, y esta última evalúa la oportunidad de reprimir la lesión por interés internos; en cambio cuando el hecho se haya provocado por una lesión a los intereses externos de la sociedad representados por la libre competencia; alterando las condiciones de la competencia en cuanto a la adquisición de bienes o servicios⁽⁴⁰⁾, el hecho asume un valor público, que no puede depender de la valoración de la empresa a mérito del daño ocurrido.

Esta solución para conciliar los dos modelos principales de imputación, además de interesante, contiene sin embargo una insuperable contradicción: una vez insertada la óptica de la lesión a la libertad de competencia –haciéndola mucho más significativa que prevalezca sobre la valoración de punición del hecho por parte de la empresa que ha sufrido el daño– deviene poco convincente negar una análoga tutela del mismo interés público, cuando su lesión no pasa de un contexto de injuria contextual del patrimonio de la empresa a que pertenece el sujeto activo del intercambio corrupto. Que es lo que se comprueba en los casos –verdaderamente no pocos– en los cuales la corrupción entre privados se desarrolla en modo de asegurar una ventaja recíproca a las respectivas sociedades para las que trabajan los sujetos del intercambio corrupto.

Completamente descuidado aparece al final el problema de la corrupción entre privados con dimensiones internacionales, verdaderamente de creciente importancia práctica. En Alemania por el contrario la punibilidad de la corrupción en el tráfico comercial viene expresamente referida incluso a conductas de dimensión internacional y que puede lesionar la competencia extranjera (Par. 299 Abs. 3 StGB). Para calificar tales acciones en Italia se debe pues hacer referencia a la norma general sobre la validez de la ley penal en el espacio (art. 4, 6-10 c.p.). El delito de corrupción entre privados será entonces aplicable a cualquiera (italiano o extranjero) que haya reali-

⁽⁴⁰⁾ Lo que significa que la distorsión de la competencia significativa debe entenderse no en un sentido macro-económico, sino en relación de una concreta adquisición de bienes y servicios, cfr. SPENA, *op.cit.* (nt. 5), p. 21 (datt.).

zado en Italia incluso una parte de la conducta ilícita. Si en cambio ésta es realizada en el extranjero, se debe distinguir las posiciones del ciudadano y del extranjero: en ambos casos es necesaria la petición del Ministerio de Justicia o la denuncia del sujeto pasivo; el extranjero es también punible solo si y cuando se encuentra sobre el territorio de Estado (art. 9 párrafo 2 art. 10 párrafo 1 c.p.).

ÍNDICE GENERAL

Presentación..... 5

§1.
CUESTIONES GENERALES

• **BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ:** Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas..... 11

I. Introducción 11

II. Consideraciones generales sobre los delitos contra la Administración pública 12

 1. La Administración pública como bien jurídico protegido 12

 2. Modalidades de injusto 23

III. Novedades que presenta el Código Penal con respecto a la protección de la función pública 30

• **JOSUÉ PARIONA PASTRANA:** El bien jurídico como piedra angular de la función protectora del Derecho penal. Apuntes de un Juez Penal 63

I. 63

II. 65

III. 68

**§2.
AUTOR, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

• LUIS MIGUEL REYNA ALFARO: El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales	73
I. El concepto penal de funcionario público.	73
a. El título habilitante.....	77
a.1. La Ley.....	78
a.2. La Elección.....	78
a.3. El nombramiento o delegación de autoridad competente.....	79
b. El ejercicio de función pública.....	81
II. Los alcances del artículo 425º del Código penal.	82
III. Cuestiones controvertidas desde la teoría y la praxis	87
a. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario "de hecho".	87
b. ¿Existe un concepto anticipado de funcionario público?	89
c. La distinción entre "funcionario público" y "servidor público".	91
• RAÚL PARIONA ARANA: La teoría de los delitos de infracción de deber: Fundamentos y consecuencias	95
I. Preliminares.....	95
II. El problema.....	96
III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del Derecho Penal.....	98
IV. Los delitos de infracción de deber. Concepción personal	101
1. La infracción del deber especial como criterio de la autoría.....	101
2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial..	103
V. La consolidación de un nuevo concepto de autor	108
1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber	109
2. La irrelevancia de la forma de comisión.....	110
3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber.	110
4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial)	113
VI. Consideraciones finales.....	114

•	M^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN: Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública	115
I.	Introducción	116
II.	Los delitos contra la Administración pública como delitos especiales ..	118
	1. Delitos comunes y delitos especiales	118
	2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración pública ...	120
	3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración pública	127
III.	Sujetos activos que no ostentan el status formal de funcionario público o autoridad	136
	1. Supuestos de autoría de un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas expresamente tipificados	136
	2. Supuestos de autoría de un particular expresamente tipificados ..	139
	3. Supuestos de participación expresamente tipificados	140
IV.	El partícipe <i>extraneus</i> en los delitos contra la administración pública cometidos por un <i>intraneus</i>	144
	1. La diferenciación en el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios	144
	2. La atenuación de la pena del partícipe <i>extraneus</i> en un delito especial	151
•	EDGARDO ALBERTO DONNA: Estado de Derecho y corrupción	155
I.	El problema de la corrupción en el Estado de Derecho	155
	1. Análisis general	155
	2. El núcleo de la corrupción	158
II.	La Administración pública	160
III.	El autor en los delitos contra la Administración pública y los delitos de deber ..	162
	1. Análisis general	162
	2. Los delitos de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública	166
	3. Los delitos de infracción de deber y la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188)	168
•	GUSTAVO EDUARDO ABOSO: Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la Administración pública en el Código Penal argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor	171

I. Introducción	172
II. Concepto normativo de funcionario público	179
III. Delitos especiales propios: dominio del hecho vs. infracción de deber.....	180
IV. Contenido y alcance del bien jurídico "Administración pública"	196
1. La adecuación social.....	202
2. Aspectos esenciales del bien jurídico tutelado: la pluriofensividad .	202
V. El aspecto económico: el patrimonio público	206
1. El delito de malversación de caudales públicos	207
2. Los delitos doloso e imprudente de peculado.....	207
3. El retardo funcional	208
VI. La obediencia interna a la administración	209
1. Desobediencia en el ámbito militar	209
VII. La usurpación de la función pública	211
1. Usurpación arbitraria de la función pública por parte de funcionario público	211
VIII. La violación de los deberes funcionales.....	212
1. Abuso de autoridad	212
2. Incumplimiento de los deberes funcionales	214
IX. La objetividad en el ejercicio funcional	216
1. El delito de cohecho pasivo	217
2. El cohecho impropio.....	217
3. Negociaciones incompatibles con la función pública	220
4. Exacciones ilegales	222
5. Concusión	229
6. Utilización de información privilegiada	230
7. Enriquecimiento ilícito de funcionario público	231
8. Omisión dolosa de declaración jurada	233
9. El prevaricato judicial	233
10. Dictado de prisión preventiva ilegal	239
X. Conclusiones.....	241
Bibliografía consultada.....	242

**§3.
PARTE ESPECIAL**

• FIDEL ROJAS VARGAS: El abuso de autoridad: Aspectos legales y jurisprudenciales.....	257
I. Introducción	257
II. Características generales	258
III. Aspectos específicos del tipo penal de abuso de autoridad: artículo 376 CP.....	261
• JORGE HUGO ÁLVAREZ: El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad.....	269
I. Abuso de autoridad por acto arbitrario determinado	270
1. Breves consideraciones generales que caracterizan al tipo	270
2. Breve historia de la evolución legislativa del tipo penal para comprender su desarrollo actual.....	275
3. De algunas imprecisiones del tipo penal que describe los supuestos prohibidos.....	278
4. De la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión.....	281
5. De las características esenciales del tipo penal: abuso de autoridad	287
6. De situaciones probables que puedan presentarse en la aplicación del tipo	290
7. Del concepto de acto arbitrario	292
8. Del bien jurídico tutelado.....	295
9. Del sujeto activo	296
10. Del sujeto pasivo.....	300
11. Del supuesto agravado por las circunstancias especiales.....	301
12. De la pena	303
II. Abuso de autoridad condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios en general.....	304
1. De algunas generalidades propias del injusto	304
2. Del verbo rector y los supuestos típicos del injusto	308
3. De la naturaleza jurídica del tipo	310
4. La complicidad en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal para la entrega de bienes y servicios	312

5. Sobre la cuestión de la coautoría en el delito de abuso de autoridad por condicionamiento ilegal.....	314
6. Sobre la instigación en el injusto pena.....	316
7. Del bien jurídico tutelado.....	318
8. Del sujeto activo.....	319
9. Sujeto pasivo.....	319
10. De la pena contemplada en la norma penal	320
11. Del injusto en la jurisprudencia nacional.....	320
III. Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función ..	320
1. Antecedentes legislativos del tipo	320
2. Características y descripción del tipo.....	323
3. De los conceptos de omitir, rehusar o retardar.	329
4. De la autoría, coautoría e instigación y la complicidad.	331
5. Del bien jurídico tutelado.....	333
6. Del sujeto activo.....	333
7. Del sujeto pasivo.....	334
8. De la pena.....	334
9. El injusto en la legislación comparada.	334
• RAMIRO SALINAS SICCHA: El delito de peculado en la Legislación, Jurisprudencia y Doctrina peruana	335
I. Cuestión previa.....	335
II. Tipo penal	337
III. Tipicidad objetiva	338
1. Modalidades del delito de peculado doloso	338
2. Perjuicio patrimonial.....	342
3. Destinatarios de la apropiación o usar.....	345
4. Relación funcional.....	346
5. Relación funcional de hecho	348
6. Caudales o efectos	351
7. Percibir, administrar y custodiar.....	352
8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado?	354
9. Bien jurídico protegido	360
10. Sujeto activo-autoría	362

11. Sujeto pasivo.....	368
IV. Tipicidad subjetiva	369
V. Antijuridicidad	370
VI. Culpabilidad	371
VII. <i>Iter criminis</i>	371
1. Tentativa	371
2. Consumación	372
VIII. Agravante del peculado doloso por el valor del objeto del delito.....	373
IX. Agravante del peculado doloso por la finalidad del objeto del delito ...	374
X. Peculado culposo	375
• JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ: La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387º, cuarto párrafo, del Código penal.....	379
1. Consideraciones generales.	379
2. Bien jurídico tutelado	382
3. Modelos de tratamiento jurídico de la “culpa” o “imprudencia” según la intervención o no de personas en un evento delictivo.....	382
4. Tipicidad objetiva.	383
4.1. Descripción legal.....	383
4.2. Sujeto activo	383
4.3. Sujeto pasivo.....	384
4.4. Conducta típica.	384
4.5. Ley N° 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley N° 29758 de fecha 21 de Julio del 2011.	400
4.6. Tipicidad subjetiva.....	402
4.7. Grados de desarrollo del delito.	402
4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.	403
• Luis ROCA DE AGAPITO: El delito de peculado en España y en Perú.....	405
I. Introducción.	405
II. La regulación del peculado en España y Perú.	408
III. El bien jurídico protegido.	409
IV. Sujeto activo	415

1. El concepto de funcionario público y el llamado "funcionario de hecho".	416
2. Extensión de la autoría a otros sujetos no funcionarios.....	418
V. Diferencias entre las legislaciones española y peruana relativas a la malversación.....	422
1. Incriminación de la imprudencia y exigencia de ánimo de lucro.	422
2. Objeto material: Caudales o efectos públicos.....	423
3. Incriminación de conductas sin perjuicio económico.	426
4. Incriminación de las conductas de uso.	426
5. Modalidades de comisión por omisión.	428
6. Tipos agravados.....	432
7. Penalidad.	434
• CARLOS MIR PUIG: Sobre la reforma de los delitos de malversación en el anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal de 2013	435
I. Consideraciones generales.	435
II. El nuevo artículo 432 en la Reforma.	445
A. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido.	445
B. Sujeto activo.....	447
C. Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público.	448
D. Conductas típicas de la malversación propia.....	449
E. Tipos agravados.....	460
III. El artículo 433.....	460
IV. El artículo 433 bis.	463
V. El artículo 434.....	463
VI. Artículo 435.....	466
VII. Conclusiones.	470
• ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político criminales.....	475
I. Conceptos preliminares	475
II. El bien jurídico tutelado en el marco de los delitos de Cohecho	476
III. El delito de Cohecho pasivo específico	486
1. Sujeto activo.....	488
2. Modalidad típica	490

IV. Distinción del tipo penal del artículo 395º del CP con el delito de Tráfico de Influencias.....	492
V. El tipo subjetivo del injusto en los delitos de Cohecho.....	495
VI. Definiciones conclusivas.....	496
• TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS Enriquecimiento ilícito y lavado de activos. Criterios político criminales, subsidiariedad, delito previo y concursos.....	497
I. Criterios político-criminales en la configuración de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.....	497
II. La supuesta subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito.....	504
III. El delito previo en el delito de lavado de activos.....	516
IV. Concurso de delitos y de normas penales entre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.....	528
• ISIDORO BLANCO CORDERO: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea: Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués.....	533
I. Introducción.....	534
II. El delito de enriquecimiento ilícito en las normas internacionales.....	538
1. A nivel global: La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	538
2. A nivel regional.....	539
3. Unión Europea.....	541
III. Derecho comparado.....	542
IV. Delito de enriquecimiento ilícito y vulneración de los derechos humanos: La Sentencia del Tribunal Constitucional portugués (acórdão N.º 179/2012).....	545
1. Inexistencia de un bien jurídico protegido claramente identificado.....	545
2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	547
V. Sobre la legitimidad del delito de enriquecimiento ilícito.....	547
1. Bienes jurídicos protegidos por los delitos de los que proceden los ingresos no justificados.....	548
2. Bien jurídico protegido: La transparencia de las fuentes de ingresos.....	553
3. El enriquecimiento ilícito como delito de omisión.....	556
VI. Necesidad de la intervención penal para hacer frente al enriquecimiento ilícito de funcionarios: delito fiscal, enriquecimiento ilícito y comiso.....	557

VII. Algunas conclusiones	560
• ANTONIO GUERDA RIEZU: Estaría de acuerdo con lo que dice el Tribunal Supremo.....	563
I. Introducción: en torno al autor de este artículo, a los personajes sobre los que versa y a la resolución objeto de comentario	564
1. El autor de este artículo	564
2. Baltasar Garzón Real.....	565
3. El Tribunal Supremo y los tres procesos contra Baltasar Garzón..	567
II. Estoy de acuerdo con la sentencia que condena a Baltasar Garzón en la necesidad de respetar la confidencialidad entre interno y abogado defensor	578
III. En lo que no estoy de acuerdo con la STS 79/2012, de 9 de febrero: imposibilidad de predecir la condena al juez Garzón	580
1. ¿Se trata de una conducta consistente en "dictar" (una resolución judicial)?	581
2. ¿Estamos ante una "resolución judicial"?	582
3. ¿Cabe calificar las resoluciones de Garzón de "injustas"?	586
4. La inhabilitación para obtener el cargo de ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial	596
IV. Conclusión parcial: los problemas de tipicidad de la conducta considerada delictiva así como de la pena, dan lugar a la vulneración del principio de legalidad penal	597
V. Vulneración del principio de igualdad	598
VI. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	601
VII. Vulneración del derecho a la segunda instancia	602
VIII. Algunos datos de sociología judicial.....	602
IX. Conclusión	603
• CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO: Prevaricaciones urbanísticas y medioambientales en la normativa penal española: Un antes (CP de 1995) y un después (LO 5/2010) en su regulación	605
I. Antecedentes legislativos de la prevaricación urbanística en el CP español de 1995	605
1. Modalidades de conducta y sanciones previstas por el antiguo art. 320 CP 1995	610
2. Valoraciones críticas	618

II. Reflexiones sobre la nueva regulación de la prevaricación urbanística del art. 320 cp español tras la reforma de la lo 5/2010	621
III. Estudio comparativo entre la antigua normativa del CP de 1995 y la hoy vigente a raíz de la reforma de 2010 en materia de prevaricación medioambiental (art. 319).....	627
IV. Bibliografía común a ambas figuras delictivas.....	629

§4. POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA, PROCESAL, Y CORRUPCIÓN PRIVADA

• JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI: La corrupción ante el Derecho y la Justicia	637
I. Algunas consideraciones criminológicas	637
II. Un concepto en expansión	641
1. ¿Soborno o algo más?	641
2. De la corrupción pública o administrativa, a la corrupción en el sector privado.....	642
3. La corrupción en otros ámbitos específicos.....	643
4. Hacia una figura común de corrupción	643
III. Corrupción y Derecho Penal.....	644
1. Iniciativas internacionales	644
2. Derecho español: Últimas reformas.....	646
IV. La corrupción ante la Justicia	648
V. Por un enfoque integral	650
1. Los tres niveles de interpretación criminológica: delito / delincuente / delincuencia.....	650
2. Una verdadera política criminal –y no sólo penal- contra la corrupción	650
3. Importancia creciente de la autorregulación	651
4. Responsabilidad penal-responsabilidad política	652
VI. Resumen:.....	652
• MIRENTXU CORCOY BIDASOLO: Problemas político-criminales y procesales en la persecución de los delitos de corrupción	653
I. Introducción	653
II. Perspectiva sociológica de la corrupción.....	656

III. Corrupción pública y política criminal	657
IV. Victimología y corrupción.....	660
V. Corrupción entre particulares	662
VI. Tráfico de influencias.....	668
VII. Técnica legislativa y problemas concursales.....	669
VIII. Problemas de persecución	671
IX. Conclusión	674
• FRANCESCO PALAZZO: Profili criminologici e disciplina legislativa della corruzione in italia.....	675
1. Introduzione	675
2. Le trasformazioni criminologiche della corruzione.....	676
3. Le cause della corruzione.....	678
4. Le conseguenze della corruzione	679
5. La struttura delle fattispecie e l'atto funzionale	681
6. La struttura delle fattispecie e il pactum sceleris	683
7. Le pressioni dell'Europa e la riforma italiana del 2012	686
8. I caratteri generali della riforma	687
9. Considerazioni conclusive	690
• VINCENZO MILITELLO: Fondos negros y la corrupción entre privados en Italia	693
1. La corrupción en los asuntos privados como criminalidad moderna de la empresa y su legislación penal relevante.	693
2. Fondos negros y falsas comunicaciones sociales (art. 2621 e 2622 CC.)	697
3. Fondos negros y tutela penal del patrimonio social a través de la norma general de la apropiación indebida (art. 646 C.P.).....	699
4. Fondos negros y tutela penal de los activos de la empresa (patrimonio social) a través de la represión de las formas corporativas de infidelidad. (art. 2634-2635 CC.).....	701
4.1. Contexto internacional y límites para la implementación interna. ...	701
4.2. La infidelidad como resultado de dar o prometer.	704
4.3. La nueva figura de la corrupción entre privados.	706

Este libro se terminó de imprimir en el mes de noviembre
del año 2013, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)

