



***NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A  
LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE LOS ABUSOS  
EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando D.  
RICARDO ÁNGEL BASÍLICO  
para la colación del Grado de Doctor en Derecho  
por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del  
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

# ÍNDICE

<b>Introducción</b>	9
---------------------	---

## **CAPÍTULO I** ***CORRUPCIÓN, GLOBALIZACIÓN Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA***

<b>I. La corrupción en el contexto de la globalización</b>	13
<b>II. Corrupción y criminalidad organizada</b>	21
<b>III. Perspectiva filosófico-ideológica de la corrupción</b>	26
A) Platón	26
B) Aristóteles	31
C) Maquiavelo	35
D) Hobbes	36
E) Locke	43
F) Montesquieu	46
G) Rousseau	51
<b>IV. Criminología y corrupción</b>	55

## **CAPÍTULO II** ***INCIDENCIA DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN LOS DERECHOS HUMANOS***

<b>I. Corrupción y Administración Pública</b>	65
A) Delimitaciones conceptuales de la corrupción administrativa	65
B) Características y elementos que conforman la corrupción administrativa	68
C) Actos y sistemas de corrupción administrativa	71
D) Clasificación de los actos de corrupción	73
1. <i>Corrupción nacional y transnacional</i>	74
2. <i>Corrupción unipersonal o plurisubjetiva</i>	77
3. <i>Corrupción de acuerdo a su percepción social</i>	77
4. <i>Actos de corrupción parcial y total</i>	78
5. <i>Corrupción aislada y corrupción sistémica</i>	80
6. <i>Corrupción descendente o ascendente</i>	80
7. <i>Los actos de corrupción y su tipificación penal</i>	83
<b>II. Incidencia de la corrupción en el Estado de Derecho</b>	84
A) Posturas revisionistas	84
B) Consecuencias derivadas de la corrupción	87
1. <i>Efectos políticos</i>	88
a) <i>Desnaturalización del Estado democrático</i>	88
b) <i>Privatización de la ley</i>	90
2. <i>Efectos relacionados con la seguridad jurídica</i>	92
3. <i>Efectos sociales</i>	95

a) <i>Incentivos negativos</i>	95
b) <i>Daños generados en torno a la confianza recíproca de los ciudadanos</i>	96
c) <i>La corrupción como sistema de protección del delito</i>	99
d) <i>Generación de riesgos</i>	102
e) <i>La corrupción como afectación al principio de igualdad social</i>	103
f) <i>Daños producidos en torno al sistema económico</i>	105
C) <i>Corrupción y derechos humanos</i>	109
1. <i>Participación de la sociedad civil. Observatorios</i>	110
2. <i>Defensor del Pueblo</i>	112

### **CAPÍTULO III**

#### **FUNCIONARIO PÚBLICO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

<b>I. Breve reseña histórica</b>	119
<b>II. Relación entre autoridad y funcionario público</b>	121
A) <i>Concepto de autoridad</i>	121
B) <i>Concepto de funcionario público</i>	124
1. <i>Características normativas del funcionario público</i>	134
2. <i>Funcionario público en el Derecho penal</i>	139
3. <i>Evolución histórico-legislativa española</i>	143
a) <i>Código Penal de 1822</i>	143
b) <i>Código Penal de 1848</i>	146
c) <i>Código Penal de 1870</i>	147
d) <i>Código Penal de 1928</i>	148
f) <i>Código Penal de 1932</i>	148
g) <i>Código Penal de 1944</i>	149
h) <i>Código Penal de 1973</i>	149
i) <i>Código Penal de 1995</i>	150
<b>III. Administración Pública</b>	155
A) <i>Concepto</i>	155
B) <i>Bien jurídico común a todos los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo</i>	159
1. <i>Violación al deber, como lesión del bien jurídico protegido</i>	168
2. <i>Configuración italiana de los delitos contra la Administración pública</i>	172

### **CAPÍTULO IV**

#### **TIPO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

<b>I. Consideraciones generales sobre los “Delitos contra la Administración Pública” en el Código Penal español</b>	175
<b>II. Figura típica del art. 439 del CP español</b>	184
A) <i>Bien jurídico protegido</i>	186
B) <i>Comportamiento típico</i>	188
C) <i>Sujetos</i>	195
D) <i>Aspectos subjetivos del tipo</i>	198

E)	Consumación y tentativa	199
F)	Autoría y participación en los delitos de negociaciones incompatibles	202
G)	Autores de negociaciones incompatibles por equiparación	207
<b>III.</b>	Actividades prohibidas a autoridades y funcionarios	211
<b>IV.</b>	Abuso en el ejercicio de la función pública. Uso de secreto o información privilegiada con ánimo de lucro	215
<b>V.</b>	Solicitud de favor sexual por el funcionario	221
<b>VI.</b>	Concurso de delitos	227
<b>VII.</b>	<b>Legislación latinoamericana especialmente relacionada</b>	228
A)	Referencia a algunos sistemas legislativos próximos	228
1.	<i>Colombia</i>	228
2.	<i>Perú</i>	229
3.	<i>Chile</i>	230
4.	<i>Brasil</i>	233
5.	<i>Uruguay</i>	234
6.	<i>Costa Rica</i>	235
7.	<i>Bolivia</i>	236
8.	<i>El Salvador</i>	236
9.	<i>Guatemala</i>	237
B)	La incriminación típica en el ordenamiento penal de la Argentina	238
1.	<i>Configuración legal de las negociaciones incompatibles</i>	238
2.	<i>Antecedentes legislativos</i>	
a)	<i>Proyecto Tejedor (1867)</i>	240
b)	<i>Proyecto Villegas-Ugarriza-García (1881)</i>	242
c)	<i>Código Penal de 1886</i>	243
d)	<i>Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo (1891)</i>	243
e)	<i>Proyecto Segovia (1895)</i>	245
f)	<i>Ley de Reformas 4189</i>	245
g)	<i>Proyecto de 1906</i>	245
h)	<i>Proyecto de 1917</i>	246
i)	<i>Código Penal de 1922</i>	246
j)	<i>Proyecto Coll-Gómez (1937)</i>	247
k)	<i>Proyecto Peco (1941)</i>	247
l)	<i>Proyecto De Benedetti (1951)</i>	248
m)	<i>Proyecto Levene-Maldonado-Laplaza (1953)</i>	248
n)	<i>Proyecto Soler (1960)</i>	249
o)	<i>Ley, 16.644 (1964)</i>	249
p)	<i>Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio (1979)</i>	250
q)	<i>Ley 25.188 (1999)</i>	250
r)	<i>Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código penal de la Nación (2006)</i>	252
s)	<i>Proyecto 1331-D-2009</i>	253
3.	<i>Bien jurídico protegido</i>	257
4.	<i>Elementos objetivos del tipo</i>	265
5.	<i>Elementos típicos subjetivos</i>	274
6.	<i>Autoría</i>	275

7. Consumación y tentativa	277
8. Autores de negociaciones incompatibles por equiparación	277

**CAPÍTULO V**  
**EL TIPO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS**  
**A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**  
**EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y ARGENTINA**

<b>I. Referencia a la jurisprudencia española</b>	283
A) Acción típica	283
B) Bien jurídico	284
C) Características de las figura típica	285
D) Elementos objetivos y subjetivos del tipo	288
E) Aspectos constitucionales de la figura	289
F) Autoría y participación criminal	291
G) Imputación objetiva	292
H) Consumación y tentativa	292
<b>II. Referencia a la jurisprudencia argentina</b>	293
A) Acciones típicas	293
B) Prescripción de la acción	294
C) Bien jurídico protegido	295
D) Caracterización de la figura típica	296
E) Configuración del delito de negociaciones incompatibles con la función	298
F) Índole del delito	300
G) Concurso de delitos	301
H) Específicas características del autor	303
I) Yuxtaposición de intereses	303
J) Consumación	311
K) Autoría y participación criminal	320

**CAPÍTULO VI**  
**TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**  
**DE FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO**

<b>I. Antecedentes</b>	331
<b>II. Delimitación legal</b>	334
<b>III. ¿Qué enriquecimiento es relevante?</b>	336
<b>IV. Tipo delictivo</b>	339
A) Bien jurídico protegido	339
1. <i>Introducción</i>	339
2. <i>Desarrollo de las diferentes posturas</i>	340
a) <i>Protección de bienes jurídicos</i>	340
b) <i>Protección de valores éticos sociales</i>	343
c) <i>Estabilización de expectativas normativas</i>	344
d) <i>Posición de Zaffaroni</i>	346
B) Sujetos del delito	353

	C) Especialidad típica y cualificación de intervención delictiva	354
V.	<b>¿Por qué es un delito subsidiario?</b>	354
	A) Relación con otras figuras delictivas que implican corrupción	355
	B) Cohecho pasivo	356
	C) Cohecho activo	357
	Tráfico de influencias	358
	D) Soborno transnacional	359
	E) La admisión y el ofrecimiento simple de dádivas	359
	F) Peculado	360
	G) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas	361
	H) Exacciones ilegales y concusión	362
VI.	<b>La figura de enriquecimiento en la Argentina</b>	363
	A) Función pública y deberes especiales	363
	B) Antecedentes históricos	367
	C) Problemática en torno a la constitucionalidad de la figura	370
	1. <i>Posturas que sostienen la inconstitucionalidad del delito</i>	371
	1) <i>Aspectos adjetivos de la Inconstitucionalidad de la figura. Reglas de exclusión de la prueba ilícita</i>	374
	2) <i>Concepto de sanciones procesales</i>	375
	3) <i>Sistema de sanciones procesales</i>	376
	4) <i>Causas de las sanciones procesales penales</i>	377
	5) <i>La inadmisibilidad</i>	379
	6) <i>La nulidad</i>	380
	a) <i>Nulidades genéricas y específicas</i>	382
	b) <i>Las llamadas nulidades virtuales</i>	383
	c) <i>Nulidades absolutas y relativas</i>	384
	d) <i>Nulidades totales y parciales</i>	388
	e) <i>Efectos de la declaración de nulidad</i>	388
	8) <i>Relación entre las sanciones procesales y las prohibiciones de valoración probatoria</i>	390
	2. <i>Posturas que avalan la constitucionalidad de la figura</i>	392
	D) Bien jurídico protegido	400
	E) ¿Delito de comisión o de acción?	403
	1. <i>Omisión de justificar el enriquecimiento</i>	403
	2. <i>Delito de acción</i>	405
	F) Acción típica	408
	G) Sujeto activo	412
	H) El enriquecimiento	412
	I) El debido requerimiento	413
	J) Autoridad competente para efectuar el requerimiento	414
	K) Contenido y naturaleza del debido requerimiento	417
	L) El contenido de la prueba	419
	M) Participación criminal. La persona interpuesta	420
	N) Tipo subjetivo	421
	Ñ) Consumación y tentativa	422
	O) Cláusula ética de la Constitución Nacional argentina	423
	P) Convenciones internacionales contra la corrupción	424

**CAPÍTULO VII**  
**TIPO DE UTILIZACIÓN POR FUNCIONARIO DE INFORMACIÓN**  
**Y DATOS DE CARÁCTER RESERVADO**

<b>I.</b>	<b>La figura legal</b>	429
<b>II.</b>	<b>Bien jurídico protegido</b>	430
<b>III.</b>	<b>Sujetos</b>	432
<b>IV.</b>	<b>Elementos objetivos del tipo</b>	434
<b>V.</b>	<b>Elementos subjetivos del tipo</b>	439
<b>VI.</b>	<b>Consumación y tentativa</b>	441

**CAPÍTULO VIII**  
**TIPO DE OMISIÓN MALICIOSA POR EL FUNCIONARIO**  
**DE PRESENTAR LA DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL**  
**EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

<b>I.</b>	<b>Falsedad u omisión maliciosa en la inserción de datos en la declaración jurada como delito de corrupción</b>	443
<b>II.</b>	<b>Bien jurídico protegido</b>	444
<b>III.</b>	<b>Acción típica</b>	445
<b>IV.</b>	<b>Sujetos</b>	449
<b>V.</b>	<b>Elementos subjetivos del tipo</b>	450
<b>VI.</b>	<b>Consumación y tentativa</b>	452

**CAPÍTULO IX**  
**PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES PARA ABORDAR**  
**LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN**

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	455
<b>II.</b>	<b>Sistema programático para el control de la corrupción</b>	459
	A) Control de los actos públicos	460
	1. <i>Controles internos</i>	461
	1) <i>Oficina Anticorrupción</i>	461
	2) <i>Fiscalía de Investigaciones Administrativas</i>	461
	3) <i>Auditoría General de la Nación</i>	462
	4) <i>Sindicatura General de la Nación</i>	463
	5) <i>Consejo de la Magistratura</i>	463
	6) <i>Ministerio Público</i>	464
	2. <i>Controles externos</i>	465
	B) Declaraciones juradas	469
	C) Conflictos de intereses	470
	D) Información	472
	E) Salario, estabilidad e incentivos	475
	F) Profesionalización de los funcionarios públicos	478
	G) Reestructuración de la función pública	480
	H) Códigos de comportamientos éticos	481
	I) Sanciones	486
	J) La tipificación del enriquecimiento ilícito como medida anticorrupción	488
	K) Sistema de “doble vía”	490

<b>III. Estrategias destinadas al control de la corrupción</b>	492
A) Pactos de integridad	493
B) La educación como elemento preventivo de actos irregulares	496
C) Educación cívica y moral	501
D) Generación de conciencia	505
<b>IV. Medidas integrales de control e investigación de la corrupción</b>	508
<b>CONCLUSIONES</b>	514
<b><i>BIBLIOGRAFÍA</i></b>	523



## *INTRODUCCIÓN*

La corrupción administrativa es un concepto que se refiere a las relaciones ilícitas existentes entre el sector público y el privado debido al intercambio de favores entre funcionarios y particulares. Ésta va de la mano de otro concepto que es fundamental para su existencia: el poder.

En sentido general, la corrupción implica la utilización del poder que se detenta en forma desviada. Es decir, un funcionario o autoridad que tiene facultad de decisión, la utiliza para su provecho. Así pues, el accionar corrupto tiene su génesis en la violación de un deber, implica la vulneración activa o pasiva de las reglas que regulan el cargo del funcionario o la función que desempeñan<sup>1</sup>, pero necesita de dos intervinientes: el corruptor y el corrupto, es decir, uno con fuerza para corromper y otro sobre quien recae dicha fuerza.

Si ampliamos el espectro y giramos la mirada hacia el sector privado, éste no es ajeno al fenómeno de la corrupción, pudiendo definirse la misma en dicho ámbito, siguiendo a MÉNDEZ RODRÍGUEZ, quien al respecto cita a HUBER, como “la forma más rápida y eficaz de alcanzar un objetivo económico, político o personal a través de regalos o la distribución de otro tipo de ventajas”<sup>2</sup>.

Como se ha destacado, hay dos tipos de corrupción: la directa y la institucionalizada. La primera es aquella que se refiere a comportamientos concretos e individuales; los objetos, los autores, las víctimas y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Sin embargo, cuando nos referimos a la corrupción institucionalizada se desprecian las normas que regulan las relaciones sociales; este menosprecio puede crecer hasta que dichas normas sean sólo una mera formalidad ya que los actos de corrupción se erigen y

---

1 MALEM SENA, Jorge, “La Corrupción Política”, *Rev. Jueces para la Democracia*, Nº 37, Madrid, marzo 2000, pág. 27. Cuando se refiere a los actos de corrupción política, considera que son “aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del cumplimiento de una función de carácter político con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera que sea su naturaleza”.

2 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, en coordinación conjunta con ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M<sup>a</sup>. Rosario, *El Derecho penal ante la globalización*, Editorial Cóllex, Madrid, 2002, pág. 132.

despliegan de manera habitual, produciendo un escenario donde la corrupción se convierte en sistema<sup>3</sup>.

No es un fenómeno nuevo, es más, se podría decir que es tan antiguo como la humanidad misma; tampoco es exclusivo de un país determinado o régimen político en especial. Infortunadamente puede sostenerse sin hesitación que en la mayor parte de las sociedades occidentales la corrupción pública representa el mayor problema de los últimos quince años, lo que ha generado graves consecuencias sociales, económicas y políticas para los Estados que la padecen, a tal punto que ha provocado una profunda crisis en el sistema democrático.

Consideramos que en la interrelación entre lo público y lo privado se debería favorecer el papel regularizador del Estado amparando la protección del interés público o general. Pero lo cierto es que algunos grupos de presión pretenden condicionar la gestión pública, haciendo uso de las relaciones de poder con funcionarios que detentan ciertas facultades discrecionales. Estos comportamientos de los particulares no sólo admiten represión, sino medidas administrativas que obstaculicen la injerencia del sector privado en la gestión pública, para proteger el principio de objetividad que debe regir la actuación de la Administración Pública.

Con una visión integral, puede decirse entonces que la corrupción administrativa es “toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes a la función pública debido a consideraciones privadas tales como las familiares, de clan o de amistad, con objeto de obtener beneficios personales –en dinero o en posición social–”; o que es “cualquier violación del interés público para obtener ventajas especiales”; o “toda conducta ilícita utilizada por individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia”<sup>4</sup>.

Se puede observar que en todas las definiciones hay una marcada degradación de los valores humanos esenciales, una vulneración de la ética en la función pública y en el ejercicio de la misma por parte de quienes deben cumplir un rol dentro del aparato estatal.

---

3 HURTADO POZO, José, “Interpretación y aplicación de la Ley penal del art. 400 del Código penal de Perú. El delito llamado de tráfico de influencias”, en *Anuario de Derecho Penal*, Instituto de la Universidad de Friburgo, Friburgo, 2005.

4 RICO, José M., *ob. cit.*, págs. 678/679.

El Derecho penal es la fórmula que permite afrontar el tratamiento jurídico de los comportamientos criminales y así combatir la corrupción que tan ampliamente ha proliferado en la sociedad contemporánea. No obstante, para conceptuar una acabada definición y abordaje de la corrupción pública, no podemos contemplar únicamente sus aspectos jurídico-penales, sino que también debemos tener en cuenta las perspectivas morales, sociológicas, políticas, administrativas, económicas y éticas<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> RICO, José María, (Universidad de Montreal), “La corrupción pública y su control en América latina”, Revista *Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 4, Madrid, 1994.



## ***CAPÍTULO I***

# **CORRUPCIÓN, GLOBALIZACIÓN Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

### **I.- La corrupción en el contexto de la globalización**

De acuerdo al marco en el cual se desarrolle el acto o el sistema de corrupción podemos distinguir entre la corrupción desplegada a nivel nacional, es decir, aquella constituida por actos irregulares acaecidos en el ámbito gubernamental de un Estado en particular; y los actos de corrupción que involucran a elementos pertenecientes, al menos, a dos países.

Para que dichas conductas puedan relacionarse con el concepto de corrupción administrativa transnacional es imprescindible que en las mismas intervenga algún sujeto representativo del Estado, o que de alguna forma se encuentre afectado el normal funcionamiento de la Administración pública de alguno de los Estados intervinientes, aun cuando la relación irregular se trabee con una empresa privada u organización no gubernamental de otro país.

En lo referente al significado del término corrupción, los medios de comunicación actuales y la sociología, tienden a identificarla con operaciones movilizadas por un afán de obtención de un beneficio económico ya sea directo o indirecto. Desde la perspectiva jurídica la visión ha de ser más amplia, incluyendo

toda la actuación que altere gravemente los fines y la vigencia del sistema de garantías que “legitiman y delimitan las funciones de la administración”<sup>6</sup>.

El mundo en el que habitamos se encuentra atravesado por múltiples tecnologías comunicativas; éstas han ampliado las posibilidades de conocimiento e información de la población que tiene acceso a ellas, pero también han brindado mayores opciones para la comisión de delitos a quienes conforman redes sofisticadas instauradas a tal fin. Dichas redes no poseen una base única ni una bandera nacional, sino que por el contrario, están tan globalizadas como las transacciones financieras.

En un contexto internacional altamente globalizado en el que personas, empresas, instituciones nacionales e internacionales o Estados interactúan con creciente asiduidad y velocidad, y en el marco de relaciones cada vez más asimétricas, se generan condiciones extraordinarias para el desarrollo de comportamientos irregulares.

La corrupción transnacional adquiere relevante significación en la actualidad, y ello así por cuanto, tal como se ha señalado, en las últimas décadas se ha producido un desarrollo extraordinario del comercio internacional, donde la conquista de los mercados correspondientes a los diferentes países se ha transformado en un imperativo económico de máxima prioridad; exhibiéndose, en ese sentido, una clara tendencia hacia la globalización de las relaciones ínter estadales<sup>7</sup>.

Diversas son las razones que han favorecido el aumento de los intercambios mercantiles internacionales: el perfeccionamiento de los medios destinados al transporte de mercaderías, evidenciándose además una notable disminución de sus costos; el importante nivel de excelencia de los sistemas financieros, lo cual ha facilitado los modos y la seguridad de los pagos referidos a dichas transacciones; el desarrollo de los medios de comunicación que ha favorecido el conocimiento de culturas diferentes y la adopción de pautas de conductas internacionales respecto del consumo y comercialización de determinados bienes y productos; finalmente la generación de alianzas empresariales en diversos sectores que ha derivado en la

---

6 ASÚA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración pública*, Edita Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, págs. 17 y sig.

7 *Ibidem*, pp. 173 y ss.

creación de asociaciones privadas de gran poder económico y financiero, posibilitando de esa manera su operatividad en los diferentes países<sup>8</sup>.

Es dable de destacar que el derecho, así como la sociedad tienden a la globalización, en este sentido BERNAL DEL CASTILLO ha expresado que “la globalización de la delincuencia, cuyas manifestaciones se pueden concretar en la transformación de las formas tradicionales delictivas y en la aparición de nuevos delitos que superan el límite de los Estados. Frente a esa problemática, se plantea la necesidad de la cooperación internacional en los diversos ámbitos que abarcan el Derecho Penal<sup>9</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que el incremento de esta actividad mercantil se ha visto acompañado por la generación y desarrollo de distintos actos y sistemas de corrupción, relacionados fundamentalmente con aquellas conductas irregulares que conectan a dirigentes empresariales y determinados funcionarios públicos con el objetivo de alcanzar una reducción de los riesgos políticos que pudieran amenazar las inversiones realizadas, o simplemente a fin de facilitar o acelerar ciertos pasos burocráticos que permitirían obtener o garantizar la realización de una determinada operación mercantil. La corrupción se adopta entonces como un instrumento eficaz en el marco general de la competencia mercantil<sup>10</sup>.

Dicho fenómeno a nivel transnacional también ha crecido en forma evidente asociada a la financiación de la política, al tráfico de armas y estupefacientes, a la construcción de obras públicas o a determinadas actividades relacionadas con el blanqueo de activos, constituyendo relaciones cotidianas que enlazan a los diferentes Estados y empresas internacionales.

Teniendo en consideración nuestro objetivo, relacionado básicamente con el conocimiento de la estructura y funcionamiento de los diferentes esquemas de corrupción, es importante destacar algunas de las circunstancias que favorecen la generación de conductas de corrupción transnacional. Por lo cual se ha especificado que existe una mayor tendencia a la concreción de pactos irregulares cuando (a) la dimensión de la transacción alcanza niveles significativos, (b) los pagos por ella se

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho Penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 15 y sig.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

realizan en el corto plazo y (c) la tecnología de los bienes involucrados o de la operación en su conjunto es elevada. Ello así por cuanto a mayor volumen de negocio, mayor será la cantidad destinada al pago corrupto, elevándose por ende el incentivo de corrupción. Por otra parte, si el pago del negocio se efectúa en el corto plazo, también se percibirá en lo inmediato la cuota corrupta y, en consecuencia, quienes participan tendrán una mayor certeza en cuanto a la percepción del pago acordado. Finalmente, cuanto más sofisticado sea un producto, más difícil será establecer su precio justo y, por lo tanto, resultará más sencillo disimular, en el costo total, el plus referido a la alícuota corrupta<sup>11</sup>.

A fin de advertir la importancia que cabe asignarle a la denominada corrupción internacional, debe tenerse en cuenta que, en el ordenamiento argentino, el artículo 258 *bis* del Código Penal prevé el delito de soborno transnacional, el cual dispone: “Será reprimido de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”<sup>12</sup>.

Dicha figura ha sido introducida por la ley 25.188 de “Ética en el ejercicio de la función pública”, y modificada por la ley 25.825; a su vez, debe tenerse en cuenta que el delito referido presenta como antecedente inmediato el artículo 8 de la “Convención Interamericana contra la Corrupción”; que además dicha figura también se encuentra prevista en el artículo 16 de la “Convención de las Naciones

---

11 Aunque sólo puede ser utilizado a modo de ejemplo, a partir de los elementos referidos, se ha establecido un orden en cuanto a las actividades mercantiles que presentan una mayor tendencia o incentivo para la corrupción: (a) transacciones que tienen por objeto material militar (aviones, barcos, suministros bélicos y material de telecomunicaciones); (b) transferencias de los bienes de capital incluidos en proyectos públicos de relevancia; (c) importantes contratos de ingeniería civil, como la construcción de autopistas, túneles puertos, hospitales, universidades, etcétera; (d) operaciones relacionadas con el suministro a granel como el petróleo o gas; (e) comisiones percibidas por aquellos profesionales a quienes se ha otorgado la confección de informes técnicos, de asesoramiento, de control o de auditoría (Cfr. George MOODY-STUART, *La gran corrupción*, versión castellana: M. Margenat Casagualda, Madrid, Siddharta Mehta Ediciones, 1994, pp. 16/17; citado por MALEM SENA, ob. cit. pp. 175/176).

12 Texto según ley 25.825, B.O. del 11/12/2003.



Unidas contra la Corrupción”; y en el artículo 1 de la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”<sup>13</sup>. Todo ello exhibe la preocupación que a nivel legislativo existe por sancionar los actos de corrupción administrativa que afecten el normal desarrollo de las transacciones internacionales.

El extraordinario incremento que refleja el desarrollo del comercio internacional permite inferir, lógicamente, un previsible aumento de aquellas oportunidades en las cuales se puedan verificar maniobras irregulares, circunstancia que ha impulsado la búsqueda y puesta en práctica de herramientas eficaces dirigidas a su prevención y control.

Sin embargo, existen determinados autores que discrepan con aquella premisa que establece que la corrupción acarrea sólo consecuencias negativas. Enrolados en las denominadas “tesis revisionistas” entienden que dicho fenómeno se encuentra relacionado en forma directa con el proceso de modernización de los países, advirtiendo que son diversos los sujetos sociales que resultan beneficiados a partir del establecimiento de los sistemas de corrupción, los cuales juegan un papel dinamizador en la sociedad en general y en la burocracia en particular. Es preciso señalar que dichas posturas no conforman una teoría homogénea, siendo que en realidad se limitan a señalar la correlación que parecería existir entre la corrupción y la modernización de un Estado<sup>14</sup>.

Así pues, en este ámbito doctrinal se entiende a la corrupción como un elemento de reforma económica o burocrática, sobre todo en los llamados procesos de transformación, donde generalmente se evidencia una grave disfunción entre las normas jurídicas —o las reglas sociales— y las necesidades de la práctica social innovadora. Las conductas corruptas aparecerían así como un remedio al burocratismo excesivo que impide el desarrollo económico, o como modo de quebrar aquellas prácticas “clientelares” sobre las cuales se ha estructurado un anquilosado régimen estatal que se pretende modificar.

---

13 Suscripta en París y aprobada por la *ley 25.319, B.O.* del 18/10/2000.

14 Ver MALEM SEÑA: ob. cit., pp. 15, 30 y 61; y HUNTINGTON, Samuel, P.: *El orden político en las sociedades en cambio*, versión castellana: Florean MAZIA, Buenos Aires, Edit. Paidós, 1990.

Por otra parte, se aduce que en un contexto social dominado por un sistema jurídico calificado e identificado como frágil, la existencia de canales de corrupción puede implicar tal vez la única manera de obtener –fundamentalmente respecto de las empresas multinacionales– cierto grado de estabilidad y garantías mínimas en las relaciones que mantienen con el gobierno, permitiendo de esa manera el desarrollo de las diferentes operaciones mercantiles. En este sentido la corrupción contribuiría también a que un sistema caótico o arbitrario pudiera funcionar bajo ciertas reglas, otorgando la posibilidad de efectuar determinadas predicciones sobre futuros comportamientos.

Asimismo se destaca la posibilidad que otorgaría a distintos sectores sociales a fin de que estos puedan ejercer una influencia decisiva sobre los efectos de ciertas piezas legislativas inadecuadas o inconvenientes, por supuesto, siempre partiendo de aquella premisa que sostiene que dichas normas han sido sancionadas bajo los criterios burocráticos e intransigentes de un régimen estatal que resulta imperioso actualizar. En definitiva, la corrupción operaría como un mecanismo sustituto ante la falta de un canal institucionalizado que hiciera valer los intereses de los diferentes sectores económicos<sup>15</sup>.

En este contexto, se afirma que determinados actos de corrupción permitirían superar los inconvenientes ocasionados por un entramado legal e institucional sobreabundante y confuso, el cual, además, se caracteriza generalmente por otorgar amplios poderes discrecionales a los funcionarios. Dicha situación parecería verificarse en algunos países de Latinoamérica, donde luego de haber obtenido su independencia, construyeron unidades estatales bajo deficientes sistemas de control, con una Administración pública elaborada sin criterios profesionales y basada directamente en las distintas relaciones tribales y familiares correspondiente a los propios agentes. En consecuencia, al momento de implementar aquellas medidas económicas relevantes en torno al desarrollo de dichos países, las mismas fueron realizadas sin la preparación técnica adecuada, y recurriendo a un uso excesivo de las regulaciones, todo lo cual generó determinadas condiciones que permitieron el desarrollo de relaciones comerciales basadas en vínculos monopólicos. Todo ello, sumado a la discrecionalidad de los gobernantes, determinó que aquellos actores que

---

15 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 30/31.

deseaban operar en el terreno económico-empresarial se encontraran frente a una situación de enorme incertidumbre e ineficiencia<sup>16</sup>.

Esta situación transformó a la Administración Pública de dichas naciones en centros incontrolados e irresponsables de poder, donde los distintos funcionarios ejercían la tarea pública en procura de sus propios intereses, los cuales eran finalmente obtenidos a través de la institucionalización de esquemas sistemáticos de corrupción. Por lo tanto, ello implicaba que quienes se encontraban necesitados de trámites administrativos contaran con la posibilidad de recurrir a diferentes canales irregulares a través de los cuales lograban superar los inconvenientes burocráticos que podían presentarse.

En ese sentido la corrupción derivó en un mecanismo que otorgó seguridad y certeza relativa a las acciones de los agentes privados que interactuaban con el Estado, permitiendo eludir los complejos trámites burocráticos originados en una inescrutable legislación. En definitiva, se presentaba –según este particular enfoque– como el único medio de obtener determinado nivel de estabilidad y garantías mínimas entre los particulares y el gobierno a fin de desarrollar las operaciones deseadas.

Si bien hicimos referencia a situaciones genéricas, también se han efectuado análisis particulares que resultan esclarecedores a la hora de interpretar los llamados “efectos positivos” de la corrupción. En tal sentido podemos señalar que una de las metodologías irregulares más extendidas se encuentra constituida por los llamados “pagos activadores” –conocidos también como “pagos de engrase”–, los cuales son utilizados por los particulares en aquellas oportunidades en que la Administración pública exige el cumplimiento de una serie de trámites para alcanzar determinados objetivos. Dado que los procedimientos administrativos consumen tiempo y esfuerzo –tanto para la Administración Pública como para el administrado– se utilizarían dichos desembolsos para agilizar los trámites, no por vía normativa, sino por vía de los hechos. En concreto se le solicita al funcionario que cumpla con su deber, pero que lo haga con celeridad, haciendo ahorrar esfuerzos al administrado, a cambio de ello éste le recompensa con un monto dinerario de carácter activador o dinamizador.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 62/63.

Uno de los supuestos típicos donde suelen advertirse los “pagos de engrase” es, por ejemplo, en la Administración de Aduanas, donde al arribar a puerto material perecedero –el cual exige un rápido despacho– impulsa a diversos empresarios a tomar la decisión de efectuar pagos especiales a determinados funcionarios, con el objetivo de salvar obstáculos administrativos, evitar posibles daños en la demora y, en definitiva, no perder la mercadería involucrada.

En estos casos se afirma que dicho procedimiento cumple una función positiva para todas las partes involucradas: los funcionarios aumentan sus ingresos, los administrados alcanzan sus objetivos con rapidez y simplicidad, y el Estado aumenta su eficiencia. Por otra parte se alega que este sistema se desarrolla sin que se vulnere el principio de igualdad ya que el costo del servicio sería similar para todos los administrados<sup>17</sup>.

Es evidente que la eficacia asignada a dichos pagos activadores –al favorecer la rapidez de las transacciones entre particulares y el Estado– es sólo aparente. Se ha advertido que una Administración acostumbrada a recibir cantidades indebidas con el objeto de acelerar la tramitación de determinados expedientes puede asumir como estrategia generalizada la demora *ex profeso* de cualquier procedimiento con el fin de generar la necesidad de esos pagos. Los mismos se convierten entonces en un claro incentivo para la realización de aquellas conductas que precisamente se pretendían evitar, conformándose en un factor estimulante de acciones irregulares.

No debe perderse de vista que las demoras burocráticas son una de las mayores causas de corrupción, y que a menudo, la tardanza resulta deliberadamente planificada con el objetivo de obtener alguna contraprestación ilícita. Además este tipo de pagos incentivaría la arbitrariedad en torno a la búsqueda de soluciones a los distintos problemas administrativos, ya que recibirían trato preferencial solamente aquellos asuntos por los cuales se ha efectuado el correspondiente pago o desembolso irregular<sup>18</sup>.

---

17 *Ibidem*, pp. 63/65.

18 *Ibidem*, pp. 67/68. Otra de las circunstancias particulares en donde los autores revisionistas identifican determinados beneficios acarreados por los actos de corrupción, se relaciona con aquellos elementos que permiten la integración social en el marco de la comunidad. Así se aduce por ejemplo, que la adquisición corrupta de un cargo podría facilitar a los miembros de una determinada minoría ejercer su influencia en la esfera política o en la burocracia, incluso participar en actividades estatales o simplemente negociar con el Estado; funciones todas ellas que no serían posibles de desarrollar en sus respectivos contextos

## II.- Corrupción y criminalidad organizada

Cuando en un Estado se institucionalizan determinadas relaciones basadas en un sistema de corrupción administrativa, se genera un contexto adecuado para que en el mismo se establezcan y desarrollen diversas inversiones constituidas por capitales identificados como especuladores, generándose, como un efecto natural, la expulsión de aquellos capitales genuinos dispuestos a invertir a largo plazo, base económica sobre la cual reposa el crecimiento y el desarrollo sustentable de toda nación.

Es evidente que la configuración de un sistema económico corrupto resulta atractivo para el despliegue de conductas irregulares e incluso tipificadas penalmente tales como el blanqueo de activos, el contrabando, la evasión impositiva, y en general todas aquellas acciones, identificadas bajo el concepto de criminalidad organizada, que sólo pueden prosperar en el ámbito de lo subrepticio y del ocultamiento, siendo lógico entonces que al mismo tiempo dichas condiciones desalienten al capital acostumbrado a desenvolverse sobre la base de la profesionalidad e idoneidad.

La estructuración y posterior desarrollo de los esquemas de corrupción afecta directamente la inversión en la economía de todo Estado y, en consecuencia, se transforma en una práctica negativa respecto de la evolución del mismo, no sólo en el plano económico, sino también político y social. Cabe concluir entonces que a largo plazo los altos índices de corrupción terminan degradando las posibilidades de crecimiento económico.

---

dado el peso numérico de sus miembros. De ese modo, la corrupción contribuiría al desarrollo de las instituciones participativas básicas, confiando en que una vez alcanzado cierto nivel de madurez institucional, debería evidenciarse una disminución en el nivel de prácticas corruptas. Por ejemplo, con motivo de la modernización de algunos países africanos, los ciudadanos pertenecientes a las clases más elevadas a nivel económico adquieren bancas en el Senado, y de ese modo se convierten en participantes del sistema político en lugar de ser opositores de él, circunstancia que habría podido verificarse si les hubiera sido negada esta oportunidad de corromper el sistema. De igual modo, las masas hace poco emancipadas o los inmigrantes recién llegados utilizan el poder de su voto para comprar cargos y favores al aparato político local. En consecuencia, para aquellos ciudadanos pertenecientes a grupos minoritarios, la corrupción puede constituirse en un instrumento capaz de posibilitar el desarrollo económico, la participación y la cohesión social (cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 65/66). A fin de profundizar la temática referida a los aspectos positivos de la corrupción: ver análisis funcionalista desarrollado por VIRGOLINI, Julio E. S.: *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, pp. 250/254.

Así pues se ha demostrado que aquellos países que lograron disminuir los niveles de corrupción, experimentaron una elevación en los índices de inversión y de desarrollo *per capita*, aclarándose que ello no significa que países con alto nivel de corrupción gubernamental no reciban inversión extranjera, sino que la corrupción es tan sólo una de las variables que los inversores toman en consideración y, por lo tanto, un país con amplios márgenes de corrupción puede ser atractivo por su rentabilidad en virtud de otras variables. En concreto, significa que permaneciendo todos los factores restantes en niveles similares, los inversores honestos preferirán indudablemente un país con bajo índice de corrupción para llevar a cabo sus negocios<sup>19</sup>.

Ahora bien, si dirigimos nuestra mirada a cuestiones económicas particulares, es dable advertir que en aquellos supuestos en que los actos desviados se relacionan con las actividades mercantiles que necesariamente debe desarrollar el Estado, se producen efectos económicos negativos notables, tales como el aumento de los costos y precios de los bienes y servicios<sup>20</sup>, la imposición de barreras comerciales, la eliminación de la competencia, la evasión impositiva<sup>21</sup> y la disminución de la inversión, entre otros; circunstancia que conduce a la desaceleración del crecimiento,

---

19 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 177/181.

20 Las prácticas corruptas presentan un fuerte impacto sobre el costo y los precios de los bienes y servicios, aumentando en forma considerable dichos valores. Se puede advertir supuestos en donde luego de determinadas acciones tendentes a la disminución de los niveles de corrupción, dichos costos disminuyen de manera notoria. Acerca de ejemplos concretos, ver MALEM SEÑA, ob. cit., p. 179.

21 Un caso paradigmático que refleja las pérdidas y daños económicos que este fenómeno es capaz de producir a las rentas públicas es el supuesto de la corrupción que se genera en el ámbito de la aduana. Una de sus principales causas se origina en el intento por evitar demoras en el despacho. El costo de las demoras puede ser muy alto, especialmente para artículos perecederos o para mercancías vitales a proyectos con plazos de tiempo definidos. A raíz de los contactos repetidos que se verifican entre los comerciantes a gran escala y los funcionarios de aduanas de mediano rango, se producen conductas relacionadas al pago de dinero para acelerar operaciones, a la extorsión y a tarifas tributarias fraudulentas. Ello a su vez deriva en maniobras en las cuales pueden subvalorarse las exportaciones, clasificarlas en categorías tributarias más bajas o directamente “pasarlas por alto”. En consecuencia, los ingresos perdidos por el gobierno pueden alcanzar el 50% de la recaudación que legalmente debería percibir. Pero además otros efectos nocivos pueden derivarse a partir de los actos mencionados, y ello así por cuanto dichas conductas se relacionan en determinadas circunstancias con el contrabando de artículos nocivos a la sociedad, tales como sustancias estupefacientes y armamento (cfr. KLITGAARD, ob. cit., p. 165). Por otra parte, subraya ROSE ACKERMAN (ob. cit., p. 27) que la corrupción constituye un fenómeno que indudablemente produce como efecto un aumento en los índices de pobreza. En este sentido se refiere a estudios que demuestran que en los países en desarrollo la corrupción permite a los ciudadanos con mayores recursos evitar el pago de determinados impuestos o al menos evadir un porcentaje de los mismos, situación que conlleva a que los sujetos menos pudientes contribuyan en un porcentaje mayor que las personas que se encuentran en una capa social más elevada (cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., p. 214).

provocando que las inversiones se dirijan hacia fines diferentes de aquellos relacionados con el interés general<sup>22</sup>.

En torno a la relación que existe entre la corrupción y la inversión pública, se ha observado que a partir de decisiones irregulares los gobiernos suelen comprometerse en proyectos extraordinarios (faraónicos) con fondos privados o de organismos de ayuda al desarrollo, los cuales dan origen a importantes cuotas de pagos indebidos en lugar de dedicar esos mismos recursos a tareas productivas. La compra de armamento sofisticado aunque innecesario, por ejemplo, puede llegar a ser un negocio más rentable para una cúpula de gobierno corrupta que dedicar esos fondos a sectores más necesitados o productivos. En referencia a este tema en particular, resulta esencial entender que el estudio y análisis de la relación costo-beneficio que debería llevarse a cabo en el marco de todo proyecto de inversión, deja de ser la base y guía rectora para un adecuado criterio de selección.

Es evidente que cuanto mayor sea el precio a pagar, más alta será la comisión indebida a cobrar por parte de los implicados. Por esta razón, entre otras, la inversión pública tiende a aumentar en los países que registran altos índices de corrupción, pero dicha inversión se produce de manera improductiva o respecto de proyectos que generalmente no son concretados, abonando un precio mayor del que corresponde, por todo ello el capital productivo adquiere un tono especulativo y el desarrollo económico y social enfrenta obstáculos que condenan directamente su evolución.

Una de las reglas generales imperante en un Estado corrupto será aquella que establezca que las acciones gubernamentales no se decidan en función de lo que resulta conveniente para la sociedad —es decir, para el bien común— sino de acuerdo al interés privado de los funcionarios corruptos. En tal sentido, por ejemplo, cuando se concede una licitación pública sin evaluar lo que resulte conveniente para el bien común o general, y en lugar de ello se atiende al interés particular de ciertos agentes (*v.gr.*, a partir de un acto de cohecho, donde no se selecciona a la empresa que otorga mejores servicios, sino a la que ofrece mayores sobornos), puede advertirse que el ciudadano sufre diferentes perjuicios. Uno es el dinero que en lugar de alimentar las arcas públicas se desvía hacia el patrimonio del funcionario involucrado en dicho acto ilegítimo. Puede identificarse un segundo elemento corrosivo, y es que la

---

22 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 15 y 213.

ciudadanía sufrirá durante un tiempo indeterminado las consecuencias de la decisión errónea que se adoptó, por ejemplo, un servicio público deficiente o no tan eficiente como el que se podría haber obtenido con un procedimiento adecuado. Como corolario de ello, si este tipo de actos se convierten en habituales, el Estado deja de orientar la economía y en su reemplazo aparecen la ineficiencia y el dispendio, entre otros elementos característicos del acto de corrupción estatal<sup>23</sup>.

Respecto al comercio internacional, la corrupción impone diferentes obstáculos a su desarrollo. Ello así por cuanto los sobornos suelen otorgarse con el objetivo de establecer determinadas relaciones monopólicas; por esa razón los pagos indebidos –corruptos– tienen por objeto la exclusión del mercado de ciertas empresas competidoras. Exigir la exclusividad a través del pago de sobornos es algo habitual en el comercio transnacional, al originarse dichas relaciones monopólicas se impide la diversificación de la oferta y la demanda, circunstancia que posibilita la alteración de los precios y en definitiva provoca que el ciclo económico se modifique de manera artificial. Todo ello produce que el consumidor final, es decir, el ciudadano, padezca los aspectos más perjudiciales de la operación corrupta.

Pero además, este tipo de corrupción ocurre generalmente junto a la realización de otros actos ilegales típicos, como el contrabando. La combinación conformada por los elementos contrabando-corrupción conlleva la producción de indudables efectos nocivos a nivel económico como la fijación artificial de precios, el surgimiento y ampliación de mercados ilegales, escasez o sobreabundancia de bienes de primera necesidad, etc. Asimismo, dicha situación se agrava cuando los responsables de maniobras de contrabando originan *estructuras paralelas* a las estatales con el apoyo de funcionarios corruptos, verificándose una situación en la cual los implicados se apropian literalmente de los mecanismos del Estado en beneficio propio. Ello produce una notable disminución en la recaudación de recursos en concepto de tasas e impuestos.

En palabras que atienden a la realidad italiana, pero que indudablemente pueden ser referidas a diversos países en donde se despliegan profundos y prolongados procesos de corrupción, FERRAJOLI señala que “... a la vista de las

---

23 Con relación a este tema resultan por demás significativos los supuestos relatados por el Presidente de Transparencia Internacional, Peter EIGEN en su obra *Las redes de la corrupción*, ob. cit., pp. 31 y ss.



dimensiones alcanzadas por la corrupción y las colusiones del poder político (...), nuestro Estado es en realidad un doble Estado, detrás de cuya fachada legal y representativa había crecido un infame Estado clandestino, dotado de sus propios códigos y atributos, organizado en centros de poder ocultos, destinados a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas. Así, pues, un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de Derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”<sup>24</sup>.

En la actualidad, toda tarea dirigida al control de la corrupción deberá atender a las nuevas herramientas destinadas al análisis y combate de la criminalidad organizada, entre otras: agente encubierto, colaborador judicial, sistema de entrega vigilada, protección de testigos e imputados, denuncia con identidad reservada, recompensas, arrepentido, decomiso, recupero de activos, regulación del secreto bancario, etc.<sup>25</sup>

Sin duda, resulta axiomático señalar que el Estado cuenta con diversos organismos que se encuentran formalmente dispuestos para llevar a cabo una eficiente tarea de control respecto de la transparencia que necesariamente debe regir el manejo de los fondos públicos. Sin embargo, el desafío continúa presente. El mismo consiste, como siempre, en lograr que dichas instituciones funcionen correctamente. Ello implica una tarea multidisciplinaria, y parte de esa labor es la que intentamos describir en el presente estudio.

---

24 FERRAJOLI, Luigi, *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (comp.), *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 16, citado por VIRGOLINI, ob. cit., p. 257.

25 Cfr. ORSI, Omar Gabriel: *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Ed. Editores del Puerto, Bs. As., 2007, págs. 51 y sig.

### **III.- Perspectiva filosófico-ideológica de la corrupción**

Cabe observar que la corrupción administrativa, es decir, el aprovechamiento del cargo para obtener beneficios personales en perjuicio del bien común, es una cuestión que acompaña al hombre desde sus primeras organizaciones político-sociales y, por supuesto, una problemática de permanente actualidad.

En el presente acápite nos referiremos a aquellas observaciones y reflexiones más significativas que fueran vertidas por pensadores ilustres de la historia universal, tal el caso de PLATÓN, ARISTÓTELES, MAQUIAVELO, HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU para descubrir el origen, desenvolvimiento y prevención de la corrupción administrativa desde tiempos antiguos hasta la época del Iluminismo. Después nos centraremos en el análisis de los trabajos elaborados por criminalistas del siglo XX, con especial mención de SUTHERLAND y su aportación sobre delitos de “cuello blanco”.

Nuestra decisión de incluir a dichos filósofos proviene de la relevante coincidencia con los autores modernos respecto a las conductas disvaliosas y elementos comunes como ser la impunidad, el ocultamiento, la ambición de poder desmedida, la codicia y la avaricia; y la gran importancia que le otorgan a la tarea educativa dirigida a la incorporación de hábitos virtuosos desde los primeros años, ya que todos ellos consideran que constituye el camino adecuado para prevenir las conductas delictivas, entre las cuales se encuentran aquellas que configuran actos de corrupción en la administración de los bienes e intereses públicos.

**A) Platón (428 - 347a. C.)**

En su obra *Las Leyes*, PLATÓN realiza observaciones que se encuentran relacionadas en forma directa con aquel fenómeno identificado actualmente como corrupción administrativa. Así, afirma: “*Todo el que distraiga los caudales públicos, sea en mucha o en poca cantidad, debe ser castigado con una misma pena, porque la poca cantidad prueba en el que la distrae, no menos codicia, y sí menos poder...*”<sup>26</sup>. Dicha afirmación nos confirma la importancia que el ateniense asignaba al cuidado y preservación del patrimonio público; y la necesidad de castigar aquellos actos desviados que son desplegados por las personas que detentan el poder. Teniendo en consideración que la educación virtuosa que el Estado brindaba a sus habitantes conformaba en aquel momento el basamento sobre el cual edificaba PLATÓN su organización cívica, proponía la pena capital para “*...todo ciudadano convencido de haber robado a su patria por medios ocultos o violentos, después de haber recibido una educación como la que le hemos dado nosotros, será considerado un enfermo sin esperanza de salvación, y por esta razón se le condenará a muerte...*”<sup>27</sup>.

A criterio de PLATÓN, los cargos públicos debían ser ocupados por personas virtuosas, de allí que al referirse a los “*censores*”, quienes poseían la función de controlar y pedir cuentas a los magistrados, demostrara su preocupación por hallar personas dignas y capaces de controlar a los funcionarios públicos ya que del éxito de esta empresa depende para el Académico en gran parte el progreso y bienestar del Estado. Es por ello que sostiene que “*...si los que obligan a los magistrados a dar cuenta de su conducta son mejores que ellos, y si en su censura se conducen con una equidad irrepreensible, todo el Estado es, a la par que su territorio, dichoso y floreciente*”<sup>28</sup>. En cuanto al ejercicio de su función, afirma: “*Juzgarán a los magistrados, cuando cesen en sus cargos, ya uno a uno, ya a todos juntos, fijando en la plaza pública edictos en que esté marcada la pena o multa a que cada uno de ellos haya sido condenado por la sentencia de los censores.*”<sup>29</sup>. Es

---

26 PLATÓN, *Las Leyes. Epinomis. El Político*, Libro XII, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 247.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

significativo destacar que la publicidad que PLATÓN propugna en relación a las condenas de los magistrados, guarda cierta analogía con aquellas medidas estimuladas en la actualidad acerca de la publicación de las sanciones y causas en trámite relacionadas con funcionarios públicos<sup>30</sup>.

Otra de las instituciones más significativas establecidas por PLATÓN, en sus *Leyes*, se refiere a la creación de un Consejo de Magistrados encargado de la inspección de las leyes, el cual será compuesto, en primer lugar, por aquellos “...sacerdotes que hayan sido considerados como los más virtuosos del Estado; luego, de los diez guardadores de las leyes más ancianos, y por último del que dirija actualmente la enseñanza de la juventud y de los que le hayan precedido en este cargo. Ninguno de ellos irá solo al consejo, sino acompañado de un joven que tenga entre treinta y cuarenta años, que él mismo habrá escogido”<sup>31</sup>. Vemos nuevamente el hincapié que dicho filósofo efectúa con relación a la necesidad de que las personas más virtuosas e idóneas sean las que ocupen cargos públicos del Estado.

Cabe señalar que el referido Consejo poseía la función de preservar y mejorar la legislación establecida, teniendo a su cargo el cumplimiento de tareas moralizadoras y pedagógicas a través del juzgamiento y emisión de dictámenes y pareceres con relación a dichas cuestiones. Teniendo en consideración el ideal platónico respecto al hombre de Estado –funcionario público–, resulta entendible que los miembros de dicho organismo se encontraran obligados a estudiar y profundizar la ciencia de la virtud, dividida en las cuatro partes que la componen: fortaleza, templanza, justicia y prudencia<sup>32</sup>.

Resulta significativo destacar que el Consejo se encargaba no sólo de justipreciar las acciones del gobierno, sino también de promover, reformar y señalar los medios para *instruir a los hombres de Estado*, es decir, que en concreto se trataba de una institución destinada a la formación política de los mejores<sup>33</sup>. La educación de los funcionarios públicos constituía, por lo tanto, la herramienta adecuada para evitar la corrupción.

---

30 Por ejemplo, vía internet, cfr. EIGEN, ob. cit., pp. 103/109 y 230.

31 *Ibidem*, p. 255.

32 *Ibidem*, p. 11: Preámbulo a *Las Leyes* escrito por Francisco LARROYO.

33 *Ibidem*.

En el Libro I de la *República* –a partir de los diálogos efectuados entre SÓCRATES y TRASÍMACO–, Platón establece el ideal que debe perseguir el funcionario público, señalando que “...*todo hombre que ejerce el gobierno, como gobierno, y cualquiera que sea el carácter de su autoridad, no examina y ordena lo conveniente para sí mismo, sino lo conveniente para el gobernado y sometido a su poder, y con este fin le procura cuanto le es conveniente y ventajoso...*”<sup>34</sup>.

PLATÓN se introduce directamente en el análisis de aquellas razones y circunstancias que actúan como caldo de cultivo de la comisión de conductas corruptas. Así señala que un Estado bien organizado debe encontrarse a cargo de un gobernante que sea verdaderamente rico pero “...*no en oro, por cierto, sino en lo que debe ser rico el hombre feliz, es decir en virtud y sabiduría. Pero esto es imposible si llegan a la función pública hombres (...) ávidos de riquezas personales, persuadidos de que habrán de adquirirlas cuando asuman el gobierno, porque entonces se disputarán la autoridad, y esa lucha doméstica e intestina acabará por perderlos junto con la ciudad misma*”<sup>35</sup>. Vemos también como incorpora dicho filósofo la ambición como fundamento de los actos de corrupción administrativa.

Asimismo en la *República*, PLATÓN subraya la excelencia que deben reunir los gobernantes en el ejercicio de sus cargos, fundándose la misma en aquellos lineamientos referidos a la educación, virtud e idoneidad de los funcionarios; todo lo cual constituirá el camino adecuado para evitar y prevenir el desarrollo de conductas corruptas.

También es importante destacar el tratamiento efectuado por el ateniense en torno a la *ambición* como una de las pasiones más importantes del hombre, y cómo puede transmitirse la misma entre los ciudadanos, en una destacada descripción del denominado “*aprendizaje sociocultural*”.

Asimismo, respecto de aquellas circunstancias relacionadas con la *impunidad* y el *ocultamiento* de las conductas desviadas, factores que asumen un rol destacado en cuanto a la generación de incentivos para la producción de conductas antisociales. “... *el hombre se torna injusto desde el momento en que cree poder*

---

34 PLATÓN, *República*, Libro I, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2004, p. 144.

35 *Ibidem*, Libro VII, pp. 449 y 450.

*serlo sin peligro (...). De igual modo sucede que el hombre injusto, si quiere serlo hasta la perfección, dirige sus empresas injustas con tanta habilidad que logra evitar que lo descubran, y aquel que se deja sorprender debe ser considerado como persona que no conoce su oficio, puesto que la mayor perfección en la injusticia es la de parecer justo sin serlo”<sup>36</sup>.*

Resulta significativo observar que PLATÓN —en palabras de ADIMANTO—, expresa que aun aquellas personas que reconocen la conveniencia de la conducta social frente a la desviada, tienen por costumbre emitir su elogio respecto de aquellos que han logrado evitar el castigo de su conducta, es decir, el elogio de la impunidad: *“Afirman que la injusticia es más ventajosa que la justicia y están dispuestos a considerar dichosos y a honrar en público y en privado a los malos que por sus riquezas o por cualquier otra razón son poderosos, en tanto que menosprecian y desdeñan a los buenos que son débiles y pobres, aunque reconozcan que son mejores que los otros”<sup>37</sup>*. Se advierte de esta manera la forma en que se quiebra la cohesión grupal ante la ausencia de correlación entre la conducta ejemplificada socialmente y la aprobada desde la niñez y cómo esta situación genera el campo más propicio para el aprendizaje criminal<sup>38</sup>.

En consecuencia, destaca la relevancia que asumen las estructuras sociales como filtro de los aprendizajes que se incorporaran en el futuro<sup>39</sup>, debiendo señalarse que ya PLATÓN afirmaba la necesidad de *“...someter desde el comienzo los juegos de nuestros niños a una disciplina más rigurosa, porque si no se establece regla alguna para sus juegos tampoco habrá normas para los niños, y éstos no podrán llegar a ser hombres honrados y sumisos a las leyes(...) este amor a las leyes seguirá en todas las circunstancias de la vida...”<sup>40</sup>*.

Todo ello nos demuestra una vez más la relevancia que adquiere el aprendizaje de imitación y el de observación desde los primeros años de edad<sup>41</sup>, como un elemento esencial en cuanto a la formación de personas honestas y virtuosas.

---

36 PLATÓN, *República*, ob. cit., Libro II, pp. 174, 175 y 176.

37 PLATÓN, *República*, ob. cit., Libro II, p. 181.

38 TIEGHI, ob. cit., p. 44.

39 *Ibidem*, p. 52.

40 PLATÓN, *República*, ob. cit., Libro IV, p. 289.

41 TIEGHI, Osvaldo, *Tratado de Criminología*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989, págs. 52 y sig.

**B)      *Aristóteles* (384 - 322a. C.)**

Para ARISTÓTELES, el Estado constituye la asociación más importante, la cual presenta como objetivo la búsqueda del *bien general*. Así afirma: “*Todo Estado es una asociación, y sólo en vista de algún bien las asociaciones se forman, puesto que lo único que a los hombres mueve es la esperanza de algo que les parece bueno. Todas las asociaciones tienden sin duda a un bien determinado, y el más importante de todos los bienes debe ser objeto de la más importante asociación, la que comprende a todas las demás y puede llamarse asociación política, ciudad, o más propiamente, Estado*”<sup>42</sup>.

Sin duda, es relevante el análisis que efectúa en cuanto a la *codicia de honores y riquezas* como pasiones motivadoras de conductas desviadas; por ello al criticar el sistema de Fáleas de Calcedonia en el Capítulo IV del Libro Segundo de *La Política*, señala que si bien dicha organización había establecido la igualdad de fortuna y educación como base del Estado, dicha uniformidad no será suficiente para evitar pasiones como la ambición y la codicia, refiriendo que “*...en verdad no lleva solamente a los hombres al crimen la carencia de lo necesario, que pretende apaciguar Fáleas con la igualdad de los bienes, sino también la necesidad de extender sus deseos y aumentar sus placeres. Si estos deseos son desordenados, los hombres recurrirán al crimen para sofocarlos*”<sup>43</sup>. Es evidente que dichas motivaciones fundamentan gran parte de las conductas antisociales, entre las cuales reconocemos, por supuesto, aquellas subsumidas bajo el concepto de corrupción administrativa.

Ahora bien, cuando dicho filósofo se pregunta por el remedio de estos males, refiere a la educación como fenómeno tendente a la incorporación de hábitos virtuosos desde los primeros años de vida. “*Que la ambición se cura con la*

---

42 ARISTÓTELES, *La Política*, Libro I, Capítulo I, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2003, pág. 11.

43 *Ibidem*, Libro Segundo, Capítulo IV, págs. 46 y 47.

*templanza. En cuanto al verdadero placer, el hombre que quiera encontrarle en sí mismo, búsquele en el seno de la sabiduría y no tendrá que recurrir a medios extraños*<sup>44</sup>. Debe tenerse en cuenta que, para ARISTÓTELES, “*es insaciable la codicia humana (...) La naturaleza de esta pasión no reconoce límites y la mayoría de los hombres vive sólo para satisfacerla*”<sup>45</sup>. Afirmando luego que “*los mayores crímenes nacen de la sed de honores y riquezas*”<sup>46</sup>.

En el Capítulo IV del Libro Segundo ingresa en el examen de la Constitución de Lacedemonia, donde critica la formación de uno de los órganos más importantes del gobierno como eran los éforos, por su tendencia a la comisión de actos corruptos y desviados de la ley: “*Defectuosa es también la institución de los éforos. Aunque estos magistrados están investidos de los cargos más importantes (...) sucede con frecuencia que, viéndose elevados, hombres (sin educación virtuosa), a esta eminente magistratura, la inteligencia les hace asequibles a todas las seducciones. Se les ha reprochado con frecuencia su venalidad (...). La corrupción de algunos ha contribuido no poco a la ruina de su país*”<sup>47</sup>. Entendemos entonces que para dicho filósofo la preparación y educación eran condición ineludible para el acceso a los cargos públicos, todo lo cual garantizaba de alguna manera, mayores posibilidades de un comportamiento honesto y, en consecuencia, no corrupto.

De la misma manera sostiene que aquellas personas que ocupan cargos públicos deben reunir la doble condición de idoneidad y honestidad, resultando la adecuada educación de los mismos el camino que conduce a la formación ética y profesional de los funcionarios, todo lo cual constituirá la manera más eficaz de prevenir los actos desviados en el marco de la administración de las cuestiones públicas. Por ello señala el filósofo aquí aludido que lo importante en la elección de los agentes públicos “*...está en saber quién podrá reunir la doble virtud de buen ciudadano y de hombre honrado... porque la habilidad es tan necesaria al hombre de Estado como la virtud*”<sup>48</sup>.

Dicho autor identifica claramente los actos de corrupción administrativa al señalar que “*...las ventajas que procuran el poder y la administración de los*

---

44 *Ibidem*, p. 47.

45 *Ibidem*, p. 48.

46 *Ibidem*, Capítulo VI, p. 57.

47 *Ibidem*, p. 55 (las voces entre paréntesis no obran en el original).

48 *Ibidem*, Libro Tercero, Capítulo II, p. 73.



*intereses generales inspiran a todos los hombres el deseo de perpetuar la propia autoridad”. Y como “consecuencia de estos principios es que todo gobierno constituido en vista del interés general es bueno y rigurosamente justo y todo gobierno constituido en interés de los gobernantes es vicioso en su origen, porque no es sino una corrupción de una organización social buena...”<sup>49</sup>.*

Con relación a nuestra temática nos interesa destacar, fundamentalmente, los sistemas constituidos por la tiranía y oligarquía, como manifestaciones gubernamentales en los cuales se generan y multiplican los actos identificados bajo el concepto de corrupción administrativa. *“Así, la tiranía es el gobierno de uno solo, que no tiene en cuenta sino su interés personal; la oligarquía es la supremacía de algunos en provecho de la clase a que pertenecen ... Ninguno de estos gobiernos tienen para nada el interés general en cuenta”<sup>50</sup>.*

En el primer capítulo del Libro Cuarto, se desarrollan los lineamientos fundamentales del sistema denominado por ARISTÓTELES como *“República perfecta”* la cual se caracteriza por erigir a la *virtud* como fin del individuo y del Estado. En este camino, dicho autor identifica aquellos vicios relacionados con la codicia y la ambición de bienes y riquezas como factores generadores de conductas desviadas, de allí que sostenga que *“Todos creen tener virtud bastante ... pero desean siempre más riquezas, más honores, más créditos, más gloria”*. Expresando luego que dichas pasiones se contraponen directamente con la virtud: *“Podríamos decir a estos hombres insaciables que... no son los bienes exteriores los que adquieren y conservan las virtudes, sino éstas las que adquieren y conservan aquéllos...”<sup>51</sup>.*

Al referirse al gobierno perfecto, señala que es precisamente *“... aquel que asegura al cuerpo social la mayor suma de bienestar”*. Para el Estagirita, el bienestar *“...es inseparable de la Virtud; así en esta República perfecta...”* los gobernadores *“... se abstendrán cuidadosamente...de toda especulación mercantil*

---

49 *Ibidem*, Capítulo IV, p. 79.

50 *Ibidem*, p. 80.

51 *Ibidem*, Libro Cuarto, Capítulo I, pp. 104/106.

...” y de todos aquellos actos contrarios a los conceptos que fundamentan la virtud<sup>52</sup>.

También se refirió ARISTÓTELES al tema del control de la gestión del funcionario público, por lo que considera que los actos de rendición de cuentas constituyen uno de los instrumentos básicos de contralor con relación a las acciones de gobierno: *“Siempre es bueno para el hombre estar sujeto a alguna responsabilidad que limite su independencia; porque la voluntad individual no enfrena suficientemente los vicios que corrompen el corazón humano”*<sup>53</sup>. En concreto, dicha actividad de contralor era otorgada a un funcionario determinado, el cual debía actuar de manera independiente; por ello señala que *“...como todos o casi todos los magistrados manejan fondos públicos, es preciso que el que recibe las cuentas de los demás esté separado totalmente de ellos. A éste se llama comúnmente corrector, examinador o liquidador”*<sup>54</sup>. Como puede advertirse, ya desde la antigüedad se ha meritado la necesidad de controlar la gestión que los funcionarios desplieguen con relación a los fondos públicos.

En el último libro de *La Política*, analiza el origen de aquellas revoluciones que pueden conducir a la disolución del Estado, entre las cuales destaca directamente las iniciadas como consecuencia de los supuestos de corrupción administrativa en que incurrían los gobernantes a causa de su ambición y avaricia: *“Si los gobernantes son insolentes y avaros, aparece la insurrección contra ellos y contra la Constitución que les da injustos privilegios. El interés (de los ciudadanos) da lugar a la insurrección cuando (los gobernantes) dilapida(n) los bienes de los particulares o la fortuna pública”*<sup>55</sup>. *“Es esencial en todo gobierno combinar la legislación de modo que los cargos públicos jamás enriquezcan a los que los desempeñan. Esto es importantísimo...la multitud...no tolera que un magistrado dilapide la fortuna pública...”*<sup>56</sup>. Sentenciando, finalmente, y con relación al fenómeno educativo, que *“El medio más eficaz de todos y el más descuidado en nuestros días es conformar la educación al principio de la Constitución. Aun cuando en las instituciones y en las leyes brille la más profunda*

---

52 *Ibidem*, Capítulo VIII, p. 119.

53 *Ibidem*, Libro Séptimo, Capítulo IV, p. 187.

54 *Ibidem*, Capítulo VII, p. 196.

55 *Ibidem*, Libro Octavo, Capítulo II, p. 201; (las voces entre paréntesis no obran en el original).

56 *Ibidem*, p. 216.

*sabiduría, todo será inútil si la educación no responde a los principios políticos (...) Educar a los hombres en el espíritu del gobierno no es enseñarles a hacer lo que agrada a un partido...sino hacerles aptos para conservar la democracia...”, y ello por supuesto, conlleva en consecuencia, evitar la realización de acciones constitutivas de corrupción administrativa<sup>57</sup>.*

### **C) Nicolás Maquiavelo (1469-1527)**

En relación directa con el fenómeno de la corrupción administrativa, MAQUIAVELO señala que en Florencia “...no había modo alguno de (efectuar) acusaciones contra la ambición de los ciudadanos poderosos”<sup>58</sup>, fundando dicha conclusión en la impunidad de la cual gozaban los poderosos y en la posibilidad de efectuar actos de corrupción estatal, como la compra de voluntades de aquellos funcionarios encargados de realizar el juicio. De allí que refiera que “...en una república no basta con acusar a un poderoso ante ocho jueces: es necesario que los jueces sean muchos, porque los pocos siempre actúan a gusto de los pocos”<sup>59</sup>.

La temática referida a la corrupción en el gobierno ocupa un lugar central en la obra de MAQUIAVELO, así al momento de analizar el efecto pernicioso de las calumnias, concluye que aquellas calumnias de corrupción dirigidas contra las personas a cargo del gobierno podrían derivar directamente en la ruina del Estado. Por ello señala que “De alguien decían que había robado los dineros de la comuna; de otro, que no había concretado una empresa por haber sido corrompido, y de algún otro que, por su ambición, había causado tales o cuales perjuicios. De ello surgía que nacieran odios por todas partes. Y entonces se producían divisiones, y de las divisiones facciones, y de las facciones la ruina”<sup>60</sup>.

MAQUIAVELO también se refiere al efecto que la corrupción de los gobernantes produce en los ciudadanos, y cómo transmite y contagia al pueblo,

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>58</sup> MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos*, Editorial Alianza, Madrid, 1987, pág. 200. Por ejemplo, Piero Soderini, quien fue gonfalon vitalicio después de la caída de Savonarola, hasta ser condenado por los Ocho de la justicia.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>60</sup> *Ibidem*, Capítulo VIII, p. 79.

destacándose en consecuencia, la importancia que asigna al efecto ejemplificativo de la conducta de los gobernantes con relación a sus súbditos.

La otra cuestión a la que MAQUIAVELO asigna destacada influencia en cuanto a la generación y profundización del fenómeno de corrupción estatal, se encuentra relacionada con la función legislativa. Así señala que como consecuencia del vicio, la ambición y la codicia que invaden el alma de los hombres, la función de proposición de leyes era ocupada por los poderosos, quienes atemorizando al pueblo con su poder, postulaban normas que en lugar de perseguir el bien común, sólo tenían como objetivo el acrecentamiento de sus facultades y bienes, todo lo cual llevó a la decadencia de la organización.

Aquel sentimiento de ambición desmedida, como así también la utilización de mecanismos que otorgan un determinado cerco de impunidad, constituyen a criterio de este autor los gérmenes ineluctables de la corrupción que afecta tanto al gobierno como a sus ciudadanos. Así, subraya que *“Aquellos ciudadanos que viven llenos de ambiciones en una república, como ya se ha dicho, buscan en primer lugar que no se los ofenda, no solamente de parte de los particulares, sino incluso de los magistrados y, para ello, buscan amistades, y las buscan por caminos aparentemente honestos, con dádivas de dinero o defendiendo a otros poderosos, y como esto parece virtuoso, engañan fácilmente a todos y, por ello, no se le encuentra remedio a sus ambiciones”*<sup>61</sup>.

Dichas acciones generan un estado de temor tanto en los particulares como en los magistrados provocando todo tipo de actos administrativos desviados. Por ello, relata el florentino al respecto lo siguiente: *“Después del año 1494, habiendo sido echados de la ciudad los príncipes de Florencia y, no habiendo ningún gobierno ordenado, sino más bien una cierta licencia ambiciosa, los asuntos públicos iban de mal en peor, y muchos hombres del partido popular, al ver la ruina de la ciudad y no encontrando otra razón de ello, acusaban a la ambición de los poderosos que alimentaban los desórdenes para poder hacer un gobierno a su gusto y quitar la libertad”*<sup>62</sup>. Evidentemente, el supuesto referido constituye un extraordinario

---

61 *Ibidem*, Capítulo XLVI, p. 165.

62 *Ibidem*, Capítulo XLVII, pp. 168 y 169.

antecedente histórico del fenómeno que luego fuera denominado como corrupción estatal o gubernamental.

Respecto a las condiciones que deben reunir aquellas personas que ejercen los cargos públicos, MAQUIAVELO aborda de manera elogiosa la experiencia de La República Veneciana “...donde solamente pueden tener algún cargo público quienes son hidalgos”. Aclarando que los hidalgos “...no tienen grandes entradas de posesiones, y sus riquezas más importantes están fundadas en las mercancías y en los bienes muebles y, además, ninguno de ellos tiene castillo o jurisdicción alguna sobre los hombres, sino que, ese nombre de hidalgos aparece como nombre de dignidad y de reputación...”<sup>63</sup>. Lo descrito demuestra la relevancia asignada a la honestidad y austeridad como requisitos imprescindibles para el ejercicio de un cargo público.

Resulta significativo destacar el análisis efectuado por dicho autor respecto de uno de los temas que mayor relación presenta con el fenómeno de la corrupción administrativa, y en especial, con la llamada actualmente *delincuencia de cuello blanco*; nos referimos a la impunidad y al denominado aprendizaje de evitación, todo lo cual también encuentra directa conexión con la necesidad de asegurar la efectiva aplicación de como premios y castigos. Así, explica MAQUIAVELO que “...ninguna república bien organizada suprimió jamás los deméritos por los méritos de sus ciudadanos sino que, habiendo ordenado premios para las buenas obras y castigos para las malas, y premiando a alguien que ha obrado bien, si éste después obra mal, lo castiga sin tener reparo alguno por sus buenas obras. Y, cuando estos ordenamientos son bien observados, una ciudad vive libre mucho tiempo pero, de otro modo, siempre se arruinará rápidamente. Porque, si un ciudadano que ha hecho alguna obra egregia (insigne-ilustre) por la ciudad agrega, además de la reputación que ello acarrea, la audacia y la seguridad de poder hacer alguna obra que no es buena, sin temer el castigo, en corto tiempo se volverá tan insolente que toda civil convivencia quedará disuelta”<sup>64</sup>. Sin duda debemos subrayar en este recorrido histórico las observaciones vertidas por MAQUIAVELO sobre una de las características más singulares que conlleva todo

---

63 *Ibidem*, Capítulo LV, p. 187.

64 *Ibidem*, Capítulo XXIV, p. 120.

acto de corrupción administrativa, la impunidad de quien despliega un hecho de esta naturaleza.

MAQUIAVELO dirige su mirada también sobre la importancia que reviste la educación de los hombres desde su infancia, haciendo hincapié en la necesaria influencia que el fenómeno del aprendizaje ejerce respecto de la conducta de los hombres, y la manera en que éstos pueden ser educados para hacer frente a las situaciones que emergen como producto de la seducción de las pasiones. Así, afirma que “...*este volverse insolente en la buena fortuna y abyecto en la mala, surge de tu modo de proceder y de la educación en que se ha nutrido que, cuando es débil y vana, te vuelve semejante a ella y, cuando ha sido de otro tipo, te vuelve también de otra suerte... Y lo que se dice de un hombre, también rige para muchos que viven en una misma república, porque llegarán a la perfección que tiene el modo de vivir de ella*”<sup>65</sup>.

#### **D) Thomas Hobbes (1588-1679)**

A criterio de HOBBS, las pasiones criminales corresponden a la primera naturaleza del hombre, por ello afirma que “...*los delitos que se engendran en las pasiones del odio, la concupiscencia, la ambición y la codicia (...) son dolencias tan consustanciales a la naturaleza (...) que sólo un uso extraordinario de la razón, o una severidad constante en castigarlos puede impedir sus efectos*”<sup>66</sup>.

Según este autor, como una consecuencia esencial que deriva del pacto social que dio origen al Estado, cada súbdito es autor de todos los actos y juicios del soberano. Por ende, concluye “...*que cualquier cosa que el Soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos*”<sup>67</sup>. Por supuesto, si bien dichas construcciones filosóficas han sido luego superadas, ya que las mismas implicaban la imposibilidad para los ciudadanos de oponerse ante la conducta corrupta de sus gobernantes, Hobbes admite de manera directa la posible comisión de actos de inequidad por parte de los funcionarios públicos: “*Es cierto que quienes tienen*

---

65 *Ibidem*, Libro Tercero, Capítulo XXXI, p. 416.

66 HOBBS, Thomas, *Leviatan.*, pág. 244, Parte II, Capítulo XXVII, Editorial, Alianza, 2009.

67 *Ibidem*, p. 145.

*poder soberano pueden cometer inequidad, pero no injusticia o injuria, en la auténtica acepción de estas palabras*”<sup>68</sup>. Dicho pensador acepta que todos los derechos que posee el gobernante como titular de la soberanía (entre los cuales admite la posibilidad de cometer conductas calificadas actualmente como de corrupción administrativa) colocan a los súbditos en una posición por demás desfavorable, pero a su entender es el precio que deben afrontar si realmente desean dejar de vivir en un estado de guerra. *“Puede objetarse aquí que la condición de los súbditos es muy miserable, puesto que están sujetos a los caprichos y otras irregulares pasiones de aquel o aquellos cuyas manos tienen tan ilimitado poder, (pero) considérese que la condición del hombre nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, y que lo más grande que en cualquier forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándoles de la rapiña y de la venganza*”<sup>69</sup>.

Teniendo en consideración que el poder del soberano es absoluto, HOBBS admite que posea representantes (personales o por asamblea), quienes sí se encuentran limitados y sujetos a su potestad. *“En los cuerpos políticos el poder de los representantes es siempre limitado, y quien prescribe los límites del mismo es el poder soberano*”<sup>70</sup>. El establecimiento de los límites referidos constituye un antecedente histórico respecto del control al cual se encuentran sometidos los funcionarios públicos, ello a fin de prevenir las conductas constitutivas de corrupción administrativa.

Es muy interesante advertir la manera en que dicho filósofo analiza determinadas conductas que en la actualidad son incluidas bajo el concepto de corrupción administrativa, tales como el cohecho; así refiere que en los supuestos donde el poder soberano reside en una asamblea, es ilegal el comportamiento de aquellos miembros que conspiran para orientar la decisión del resto, ello en beneficio de su propio interés personal pero si *“...aquel cuyo interés privado se discute y juzga en la asamblea trata de ganar tantos amigos como pueda, no*

---

68 *Ibidem*.

69 *Ibidem*, p. 150.

70 *Ibidem*, Capítulo XXII, p. 184.

*comete injusticia, porque en este caso no forma parte de la asamblea. Y aunque compre tales amigos con dinero, siempre que no lo prohíba la ley expresa, ello no constituye injusticia. En ciertas ocasiones, tal como los hombres se comportan, la justicia no puede lograrse sin dinero*<sup>71</sup>. Se puede advertir nuevamente la eterna lucha entre el interés privado y el público, y la elección de uno en detrimento del otro como característica básica de la corrupción administrativa.

En el Capítulo XXV analiza la función del “Consejo”, grupo de personas (funcionarios públicos) versadas en determinadas materias, que deben aconsejar al soberano en las diversas decisiones que debe tomar en el ejercicio de su gobierno. Resulta significativo destacar la distinción que dicho filósofo realiza entre el *consejo*, el cual es vertido por un hombre en busca del beneficio de la persona a quien se brinda el mismo, y el *exhorto* que a diferencia del anterior, el exhortante incita a la acción del que lo recibe teniendo en cuenta el propio interés de quien emana esa especie de recomendación. De allí deduce HOBBS, en estricta relación con nuestra temática, que quienes exhortan “...cuando son requeridos para emitir un consejo, son consejeros corrompidos, como si estuvieran movidos por su propio interés. En efecto, por excelente que sea el consejo que den, quien lo da no es buen consejero, como no puede decirse que sea un juez justiciero quien da una sentencia justa a cambio de una recompensa”<sup>72</sup>.

Con relación a la corrupción administrativa en el ámbito de la justicia, al diagramar la institución del juicio por jurados, HOBBS señala que doce hombres del pueblo llano serán los jueces y fallarán respecto de los hechos y del derecho; explicando además que dicho jurado deberá informarse acerca de las cuestiones técnicas legales sin encontrarse obligados a seguir las opiniones vertidas por ellos: “...Ahora bien, aunque no juzguen de acuerdo con lo que se les dice, no están sujetos por ello a penalidad alguna, a menos que aparezca que lo hicieron contra su conciencia, o que fueron corrompidos por vía de cohecho”. HOBBS introduce aquí, en forma directa, una de las conductas de corrupción administrativa más significativa en la actualidad, la cual como vemos, ya se encontraba identificada. De allí que refiera que un buen juez deberá en primer término efectuar “...una

---

71 *Ibidem*, p. 194.

72 *Ibidem*, Capítulo XXV, pp. 211 y 212.



*correcta comprensión de la principal ley de la naturaleza, llamada equidad (y) En segundo lugar, desprecio de innecesarias riquezas y preferencias*<sup>73</sup>.

HOBBS también hace referencia al efecto que producen los hechos ilícitos y señala que “...si comparamos los delitos con el agravio de sus efectos, en primer término, el mismo hecho cuando redunde en perjuicio de varios es mayor que cuando redunde en daño de unos pocos”<sup>74</sup> así “...el robo y el fraude al tesoro o a las rentas públicas es un delito mayor que el robo o el fraude hecho a un particular, ya que robar al erario público es robar a varios a un tiempo”<sup>75</sup>. En igual sentido, explica que los delitos relacionados con la corrupción administrativa deben ser castigados con mayor severidad ya que “...resultan más peligrosos para el común de las gentes: tales son, por ejemplo, los que proceden del daño inferido al gobierno normal; los que derivan del desprecio a la justicia; los que provocan indignación a la multitud; y los que quedando impunes parecen autorizados”<sup>76</sup>.

Es importante subrayar que el fenómeno relacionado con la *impunidad* de los actos desviados adquiere una relevancia destacada por cuanto el autor del mismo despliega su conducta bajo una característica central que es el *ocultamiento*, el cual constituye uno de los pilares y elementos centrales que caracteriza al acto de corrupción de afectación estatal. “En ocasiones un hombre desea saber el curso de determinada acción; entonces piensa en alguna acción pretérita semejante y en las consecuencias ulteriores de ella, presumiendo que a acontecimientos iguales han de suceder acciones iguales. Cuando uno quiere prever lo que ocurrirá con un criminal recuerda lo que ha visto ocurrir en crímenes semejantes: el orden de sus pensamientos es éste: el crimen, los agentes judiciales, la prisión, el juez y la horca”<sup>77</sup>.

Podemos encontrar una situación analógica con los denominados actualmente “delincuentes de cuello blanco” cuando señaló que “...quienes se estiman a sí mismos por la grandeza de sus caudales, se aventuran a realizar delitos con la esperanza de escapar al castigo corrompiendo la justicia pública u obteniendo el perdón a cambio de dinero u otras recompensas” (aquí vemos una directa

---

73 *Ibidem*, Capítulo XXVI, p. 231.

74 *Ibidem*, Capítulo XXVII, p. 250.

75 *Ibidem*, págs. 251-252.

76 *Ibidem*, Capítulo XXX, pp. 286 y 287.

77 HOBBS, *Leviatán...*, ob. cit., págs. 18 y 19, Parte I, Capítulo III.

referencia al concepto de corrupción administrativa); agregando, luego, “...que quienes tienen muchos y poderosos parientes, y quienes gozan de popularidad y han ganado reputación entre la multitud, se animan a violar las leyes con la esperanza de oprimir el poder, al cual corresponde ejecutarlas”<sup>78</sup>. Dicho filósofo hará hincapié en la necesidad de que la justicia sea administrada en forma igualitaria a todos los ciudadanos, independientemente de su condición social “La seguridad del pueblo requiere, además, de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, que la justicia sea administrada por igual a todos los sectores de la población... En esto consiste la equidad, a la cual, por ser un precepto de la ley de naturaleza, un soberano se halla igualmente sujeto que el más insignificante de su pueblo”<sup>79</sup>.

Esgrime dicho autor que los actos desviados cometidos por los poderosos deben ser agravados en razón de que tienen menos necesidad de cometerlos. “El mismo hecho realizado contra la ley, si procede de la presunción de fortaleza, riqueza o amistades para resistir a quienes han de ejecutar la ley, es un delito más grande que si procede de la esperanza de no ser descubierto o de escapar huyendo”<sup>80</sup>.

Aclarando luego las consecuencias que derivan de la impunidad: “La impunidad causa insolencia; la insolencia odio; y el odio un esfuerzo para derribar todos los obstáculos opresores y contumaces, aun a costa de la ruina del Estado”<sup>81</sup>.

Con respecto al fenómeno del aprendizaje, HOBBS destaca la importancia de la educación recibida durante los primeros años de vida, “...como la primera instrucción de los niños depende del cuidado de sus padres, es necesario que sean obedientes a ellos mientras están bajo su tutela...”<sup>82</sup>. En el capítulo XXX de la Parte Segunda del *Leviatán*, HOBBS destaca nuevamente la importancia del aprendizaje ejemplificativo, al señalar que la aplicación del castigo no debe tener como finalidad la venganza o descarga de la ira “...sino el propósito de corregir tanto al ofensor como a los demás, estableciendo un ejemplo...”. “El mismo hecho,

---

78 *Ibidem*, Parte II, Capítulo XXVII, p. 243.

79 *Ibidem*, pp. 282/283; y cfr. TIEGHI, ob. cit., pp. 358 y 359.

80 *Ibidem*, Capítulo XXVII, p. 248.

81 HOBBS, ob. cit., Parte II, Capítulo XXX, pág. 283.

82 *Ibidem*, Capítulo XXX, p. 280.

*si ha sido constantemente castigado en otros hombres, es un delito mayor que si hubiera habido otros ejemplos precedentes de impunidad, ya que (estos) ejemplos son otros tantos auspicios de impunidad...”; y en torno a la influencia que produce la conducta de los gobernantes con relación a los ciudadanos, esgrime que “Los ejemplos de los príncipes respecto a quienes los contemplan, son y han sido siempre más vigorosos para gobernar a sus acciones que las leyes mismas”<sup>83</sup>.*

Refiere luego que las recompensas deben ser otorgadas a los funcionarios públicos eficaces “...los que han servido bien al Estado son también recompensados del mejor modo...” a fin de “...que otros puedan ser estimulados a servirle con la mayor fidelidad posible...”<sup>84</sup>. Se advierte claramente la manera en que dicho filósofo atiende a la temática relativa a las recompensas y premios como reforzadores positivos de la conducta adecuada.

#### **E) John Locke (1632-1704)**

Siguiendo los desarrollos ya propuestos por PLATÓN y ARISTÓTELES, en una de sus obras fundamentales sobre pensamiento político, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*<sup>85</sup>, John LOCKE aborda conceptos esenciales en relación a la educación y el aprendizaje como elementos tendentes a la incorporación de hábitos sociales, y también respecto a los actos abusivos de aquellas personas que ocupan cargos de poder, y que actualmente se identifican como conductas constitutivas del fenómeno de corrupción administrativa.

Sin duda, el privilegio que concede la monarquía absolutista es incompatible con el Estado de Derecho, ya que al ubicarse el príncipe fuera del alcance de las leyes, se favorece la generación y multiplicación de actos constitutivos de abuso y corrupción administrativa. Por ello LOCKE señala que, ante esta situación, los ciudadanos sólo podrían estar seguros cuando el poder legislativo estuviera en manos de un cuerpo delegado cuyos miembros estuvieran sujetos a las mismas leyes que todos los demás súbditos. Así, en su obra puede leerse: “*El pueblo (...) reparó en que nunca podría estar seguro, ni descansar, ni considerarse parte de*

---

83 *Ibidem*, Parte II, Capítulo XXVII, pp. 249/250.

84 *Ibidem*, Parte II, Capítulo XXX, pp. 286/287.

85 LOCKE, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2004.

*una sociedad civil, hasta que el poder legislativo estuviera delegado en cuerpos colectivos de hombres... en virtud de los cuales cada persona individual fuera súbdito, al igual que otros hombres de más baja condición, de esas leyes que él mismo, como parte del poder legislativo, había establecido*<sup>86</sup>. Dicha circunstancia constituye una de las condiciones básicas para establecer los límites y controles necesarios en relación con el desarrollo de los actos y sistemas de corrupción funcional. LOCKE también se refirió de manera expresa al denominado fenómeno de “impunidad”, nadie podría “...por su propia autoridad, evitar la fuerza de la ley, una vez establecida, ni por ningún pretexto de superioridad pedir exención a fin de tener licencia para cometer malos actos o para que cualquiera de sus dependientes los cometiera. Pues ningún hombre incluido en la sociedad civil puede ser eximido de las leyes que la rigen”<sup>87</sup>. A pesar del tiempo transcurrido, los lineamientos aquí vertidos constituyen conceptos esenciales que todo gobierno deberá atender si es que pretende seriamente controlar la problemática analizada.

Dicho filósofo estudió aquellas circunstancias que dan origen a la corrupción administrativa, demostrando que la *ambición de riqueza y poder* corrompió el alma de los gobernantes y generó el abuso de los mismos, en contra de los intereses de los ciudadanos, todo lo cual condujo a un concepto erróneo del ejercicio de poder. “...cuando la ambición y el lujo se afincaron en el poder y lo incrementaron, sin cumplir con la misión para la cual se lo había establecido (el bien general de los ciudadanos) y, ayudados por la adulación, enseñaron a los príncipes a tener intereses diferentes y alejados de los de su pueblo”, (los súbditos) “...encontraron necesario examinar con más cuidado el origen y los derechos del gobierno y encontrar formas de restringir las exorbitancias y prevenir los abusos de ese poder que, tras haber confiado a las manos de otro para su propio bien, encontraban ahora que se lo usaba para dañarlos”<sup>88</sup>.

LOCKE define cuál es la forma en que deben actuar los gobernantes, incompatible con el despliegue de toda conducta corrupta. Así, explica que “...quien quiera tenga el poder supremo (...) de cualquier Estado, está obligado a gobernar no ya por decretos extemporáneos sino según leyes establecidas,

---

86 *Ibidem*, pp. 68 y 69.

87 *Ibidem*, p. 69.

88 *Ibidem*, Capítulo VIII, p. 81. Las voces entre paréntesis no se corresponden con el original.

*promulgadas y conocidas por el pueblo y, aplicadas por jueces imparciales y rectos, que han de resolver las controversias según tales leyes (...) Y todo esto no ha de estar dirigido a otro fin que la paz, la seguridad y el bien del pueblo*<sup>89</sup>.

Al momento de tratar los límites y alcances del poder legislativo, el cual para LOCKE constituye el poder supremo del Estado, explica que dicha función presenta como específico objetivo la consecución del bien público. Por ello señala que “... *la primera y fundamental ley natural que ha de gobernar a la legislatura misma es la preservación de la sociedad -en la medida en que sea compatible con el bien público- y de todas las personas que formen parte de ella (...). Su poder (...) está limitado al bien público de la sociedad (...) no tiene otro fin que la preservación y, por lo tanto, nunca puede implicar el derecho a destruir, esclavizar o deliberadamente empobrecer a los súbditos*”. En este sentido, advierte que “*Aunque el poder legislativo (...) sea el poder supremo de todo Estado (...) no es ni puede ser ejercido de manera absoluta y arbitraria sobre las vidas y fortunas de la gente*”<sup>90</sup>.

Dicho filósofo interpreta el dictado y contenido de las leyes como elementos constitutivos del límite y control de los actos de corrupción estatal, así señala que “...*todo el poder que tiene el gobierno, al ser sólo para el bien de la sociedad, no debería ser arbitrario y caprichoso, sino que debería ser ejercido mediante leyes establecidas y promulgadas (...) para que los gobernantes, a su vez, se mantengan dentro de esos debidos límites y no se vean tentados, en razón del poder que tienen en sus manos, a emplearlo para sus propios fines...*”. En relación con ello, afirma que el riesgo de corrupción es mayor en aquellos gobiernos donde el poder legislativo es ejercido por una asamblea permanente y no variable, o cuando el poder es desempeñado por una sola persona, tal el caso de la monarquía, ya que en dichos sistemas se genera el “...*peligro de que sus miembros sientan que tienen intereses diferentes del resto de la comunidad y así puedan aumentar sus propias riquezas y poder tomando lo que les da la gana del pueblo*”<sup>91</sup>. Continuando con aquellos lineamientos recomendados por John LOCKE para alcanzar una determinada situación de equilibrio gubernamental y, fundamentalmente, a fin de

---

89 *Ibidem*, Capítulo IX, p. 92.

90 *Ibidem*, Capítulo XI, págs. 95/97.

91 *Ibidem*, págs.100/101.

evitar el abuso de poder y la comisión de actos de corrupción administrativa, se advierte que dicho autor insiste en la necesidad de distinguir las funciones de creación de las leyes y de ejecución de las mismas, como así también, respecto de lo imperioso que resulta que todas las personas que ejercen cargos de poder se encuentren sometidos, sin excepción, a la ley promulgada. “...para garantizar que elaboran las leyes para el bien público”<sup>92</sup>.

Al momento de describir las características que reviste el ejercicio de aquel sistema denominado “*tiranía*”, LOCKE define los lineamientos que caracterizan los sistemas de corrupción administrativa; así señala que “...la tiranía es el ejercicio de un poder más allá de todo derecho, a lo que nadie puede estar legalmente autorizado. Y consiste en hacer uso del poder que se tiene, no por el bien de quienes están sometidos a él, sino para su propia ventaja particular”. Por ello, agrega que dicha circunstancia se produce cuando el gobernante “...no se guía por la ley sino por su voluntad, y sus mandatos y acciones no están orientados a la preservación de las propiedades de su pueblo, sino a la satisfacción de su propia ambición, venganza, codicia o cualquier otra pasión irregular”<sup>93</sup>. Todo esto se relaciona adecuadamente con aquellas diferencias que dicho pensador destaca entre un gobernante honesto y otro tirano; el primero “...hace de las leyes los límites de su poder y del bien público el fin de gobierno, y el otro hace que todas cedan a su propia voluntad y apetito”<sup>94</sup>.

Finalmente, concluye que en aquellas circunstancias donde los gobernantes actúan de manera contraria a la misión encomendada (que no es otra que la búsqueda del bien general) ya sea —entre otras razones— por haber construido en sus gobiernos un sistema de corrupción institucionalizada, dicha circunstancia acarrea directamente a su criterio, la disolución del gobierno, y entonces “...el pueblo tendrá derecho de retomar su libertad original y establecer un nuevo cuerpo legislativo que le parezca apropiado...”, en definitiva, reconoce la prerrogativa de la comunidad para establecer un nuevo pacto social y la conformación de un nuevo gobierno civil<sup>95</sup>.

---

92 *Ibidem*, Capítulo XII, págs. 104/105.

93 *Ibidem*, Capítulo XVIII, p. 143.

94 *Ibidem*, p. 144.

95 *Ibidem*, Capítulo XIX, pp. 158 y 159.

F) *Montesquieu* (1689-1775)

Charles Louis DE SECONDAT se introduce directamente en el tema de la corrupción administrativa en oportunidad de analizar las circunstancias que atacan uno de los elementos esenciales de la democracia, el sufragio: “*Se corrompe el sufragio por la intriga y el soborno, vicios de las clases elevadas; la ambición de cargos es más frecuente en los nobles que en el pueblo, ya que éste se deja llevar por la pasión*”. Explica además el autor que el peor mal de la democracia se produce cuando los ciudadanos pierden el interés por la cosa pública, “*...lo cual sucede cuando se ha corrompido al pueblo por medio del oro: se hace calculador, pero egoísta; piensa en sí mismo, no en la cosa pública; lo tienen sin cuidado los negocios públicos, no acordándose más que del dinero; sin preocuparse de las cosas del gobierno...*”<sup>96</sup>.

Partiendo de aquella premisa que identifica a la corrupción funcional con el abuso de poder en beneficio particular, advierte MONTESQUIEU respecto del riesgo que significa que el gobierno se encuentre a cargo de una sola persona sin sujeción a normas. “*Una autoridad exorbitante dada de pronto a un ciudadano convierte la república en monarquía; peor porque en ésta el monarca está sometido a una constitución; pero si en la república se le da un poder exorbitante a un ciudadano, es mayor el abuso de poder, puesto que las leyes no lo han previsto*”<sup>97</sup>.

Dicho autor diferencia tres sistemas de gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico. Explica, en tal sentido, que “*el gobierno republicano es aquel en que el pueblo (en este caso se llamará democracia), o una parte del pueblo (se refiere a la aristocracia), tiene el poder soberano (...) el gobierno monárquico es aquel en que uno solo gobierna, pero con sujeción (aunque sólo formal) a leyes fijas y preestablecidas (...) y en el gobierno despótico, el poder también está en uno solo, pero sin ley ni regla, pues gobierna el soberano según su voluntad y sus caprichos*”<sup>98</sup>. De lo expuesto surge de manera evidente que el gobierno despótico conforma el marco adecuado para el desarrollo de los actos de

---

96 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro Segundo, Capítulo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005, págs. 54-55.

97 *Ibidem*, Capítulo III, p. 56.

98 *Ibidem*, Capítulo I, p. 51. Las voces entre paréntesis no obran en el original.

corrupción administrativa. De allí que este filósofo se refiera al déspota como “*Un hombre a quien sus cinco sentidos le dicen continuamente que él es todo y los otros no son nada*”<sup>99</sup>.

Al referirse a la República, MONTESQUIEU explica que dicho sistema de gobierno se encuentra basado en la “*virtud política, consistiendo la misma en el amor a la patria y a la igualdad*”<sup>100</sup>. Se colige entonces que dicho sistema constituye la forma de gobierno que limita y obstaculiza de la manera más adecuada el establecimiento de los actos de corrupción, aunque ésta no está libre de ellos. “*En otros tiempos, las riquezas de los particulares formaban el tesoro público; ahora es el tesoro público patrimonio de los particulares (evidentemente como consecuencia de los actos de corrupción). La república es un despojo, y su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos (abuso de poder) y la licencia de todos*”<sup>101</sup>.

Consideramos que estas reflexiones constituyen destacados antecedentes históricos respecto de la temática que hace a la corrupción administrativa, la cual encuentra como basamento, precisamente, el abuso y la no sujeción a la ley por parte de los funcionarios que ejercen cargos de autoridad pública<sup>102</sup>.

Es por ello que al ingresar al análisis “*De la educación en el gobierno republicano*”, señaló que en dicho sistema “*...es en el que se necesita de toda la eficacia de la educación...*” a fin de propagar y desarrollar la virtud política que implica privilegiar el bien común por sobre el interés personal<sup>103</sup>.

Asimismo, con relación a la búsqueda indiscriminada de riqueza, advierte MONTESQUIEU acerca de la inconveniencia de que los nobles impongan y perciban tributos, ya que si ello ocurriera “*...los particulares quedarían a la merced de la gente de negocios: no habría un tribunal superior que los tuviera a raya (impunidad). Los encargados de corregir abusos preferirían gozar de los abusos*”; concluyendo que la codicia les haría incrementar sus patrimonios propios y acabarían con la renta pública. Por ello señala como necesario el hecho de que

---

99 *Ibidem*, Capítulo V, p. 59.

100 *Ibidem*, “Advertencia”, p. 43.

101 *Ibidem*, p. 63. Las voces entre paréntesis no se corresponden con el original.

102 *Ibidem*, Capítulo IV, p. 64.

103 *Ibidem*, Capítulo V, p. 75.



“...las leyes les prohiban comerciar: unos personajes tan visibles y de tanto crédito adquirirían todo género de monopolios”; a partir de dicha descripción, se advierten fácilmente las diferentes conductas constitutivas de actos de corrupción administrativa, las cuales se basan, fundamentalmente, en la utilización del poder y la influencia, en pos de la obtención de riqueza a costa de la renta del Estado<sup>104</sup>.

Por demás esclarecedor resulta el Capítulo XVII del Libro V, titulado *De los presentes*, y que en concreto se refiere a aquellas circunstancias vulgarmente identificadas como “coimas”. “*Es de uso corriente en los países despóticos el no acercarse a un personaje de cierta elevación con las manos vacías; se hacen regalos a los mismos reyes (...) En una república, los presentes son una cosa repugnante, porque la virtud no tiene necesidad de ellos.*”

Con relación a uno de los actos de corrupción administrativa más significativos, como es el caso de la venta de cargos públicos, casi con resignación MONTESQUIEU expresa que “...cuando en una monarquía no se organiza y reglamenta la venta de los destinos públicos, los venderá de todos modos la codicia de los cortesanos”<sup>105</sup>. Por otra parte, con estricta referencia a la supremacía del interés personal por sobre el bien general, señala que “*La monarquía se pierde cuando el príncipe (...) se atiende más a sus caprichos que a sus voluntades (...) cuando refiriéndolo todo a sí mismo, piensa que su capital es el Estado...*”<sup>106</sup>. Si las circunstancias descriptas se confirman, evidentemente se consolida un estado de corrupción funcional.

“*A medida que en una república se va introduciendo el lujo, aumenta el egoísmo; se piensa más cada día en el interés particular (...) reniegan de las trabas opuestas por las leyes a sus egoístas ambiciones y se hacen enemigas de las leyes*”<sup>107</sup>.

En el Libro VIII, Capítulo II de la referida obra *Del espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU señala que el principio de la democracia degenera cuando desaparece la virtud de la República, se genera el campo propicio para el establecimiento de los actos de corrupción funcional. Los gobernantes, “...para

---

104 *Ibidem*, p. 90. Las voces entre paréntesis no se hallan en el original.

105 *Ibidem*, Libro Quinto, Capítulo XIX, p. 105.

106 *Ibidem*, Libro Octavo, Capítulo VI, p. 146.

107 *Ibidem*, Libro Séptimo, Capítulo II, p. 130.

*ocultar su propia corrupción, procuran corromperlo (se refiere al pueblo). Para que el pueblo no vea su ambición, le hablan sin cesar de la grandeza del pueblo; para que no descubra su avaricia, fomentan la del pueblo sin cesar. La corrupción irá en aumento, así entre los corruptores como entre los corrompidos”<sup>108</sup>.*

MONTESQUIEU es el autor a quien se le atribuye la definición más completa y acabada de la teoría de la separación e independencia de los tres poderes del Estado. Es interesante advertir la relevancia que asigna a la Constitución, y a la construcción dogmática de la separación de los poderes, como elementos esenciales para ejercer la tarea de contralor de los gobernantes. *“En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes (...) La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan (...) Cuando un Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”<sup>109</sup>.*

También demuestra claramente la ineficacia de aquellas medidas tendentes a aumentar el rigor de las penas, medidas adoptadas básicamente por aquellos gobiernos que han desatendido la temática referida a la prevención educativa<sup>110</sup>. Así, afirma: *“La severidad de las penas es más apropiada al gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente, el honor y la virtud. En los Estados modernos, el amor a la patria, la vergüenza y el miedo a la censura son motivos reprimentes que pueden evitar muchos delitos. La mayor pena de una mala acción es el quedar convicto de ella. Las leyes civiles no necesitan, pues, ser rigurosas. En estos*

---

108 *Ibidem*, Libro Octavo, Capítulo II, pp. 142 y 143.

109 *Ibidem*, Capítulo VI, p. 182.

110 Cfr. TIEGHI, ob. cit., p. 416.

*Estados, un buen legislador pensará menos en castigar los crímenes que en evitarlos...”<sup>111</sup>.*

Al referirse al concepto de *impunidad*, destaca el filósofo francés el papel del mismo como circunstancia reforzadora de la conducta desviada. “*Si examinamos la causa de todos los relajamientos, veremos que proceden siempre de la impunidad, no de la moderación ni de la severidad en los castigos*”<sup>112</sup>.

También es importante subrayar la función que la *vergüenza de la pena* produce en las personas como elemento de contención de conductas ilícitas. Por ello recomienda MONTESQUIEU lo siguiente: “*Secundemos a la naturaleza, que para algo les ha dado a los hombres la vergüenza: hagamos que la parte más dura de la pena sea la infamia de sufrirla*”<sup>113</sup>. Sin duda este elemento constituye para dicho autor uno de los métodos más significativos en cuanto a la contención de conductas desviadas; todo lo cual debe ser transmitido a través de costumbre y educación. “*Las leyes de la educación son las primeras que recibimos. Y como son ellas las que nos preparan a la ciudadanía, cada familia en particular debe ser gobernada con el mismo plan de la gran familia que las comprende a todas*”<sup>114</sup>.

Bajo una descripción que reviste lamentable actualidad, señala que “*Los políticos griegos que vivían en gobierno popular no reconocían otra fuerza que pudiera sostenerlo sino la de la virtud. Los de hoy no nos hablan más que de manufacturas, de comercio, de negocios, de riquezas y aun de lujo*”<sup>115</sup>.

#### **G) Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)**

Con relación al fenómeno de la educación, este célebre pensador también participa de aquella idea basada en que el hombre llega al mundo como una *tabula rasa*. Por ello afirma en *Emilio* que “*Nosotros nacemos capacitados para aprender, pero no sabiendo ni conociendo nada.*”<sup>116</sup>. Tanto en *Emilio*, como en su obra *El*

---

111 MONTESQUIEU, ob. cit., Libro Sexto, Capítulo IX, p. 116.

112 MONTESQUIEU, ob. cit., Libro Sexto, Capítulo XII, p. 118. Ver TIEGHI, ob. cit., p. 418.

113 MONTESQUIEU, ob. cit., Libro Sexto, Capítulo XII, p. 118.

114 MONTESQUIEU, ob. cit., Libro Cuarto, Capítulo I, p. 71.

115 *Ibidem*, Libro Tercero, Capítulo III, p. 63.

116 *Ibidem*, p. 98.

*origen de la desigualdad entre los hombres*<sup>117</sup>, ROUSSEAU hace hincapié en el hecho de no descuidar las costumbres y la educación desde la niñez, elementos que constituyen el medio adecuado para orientar las conductas de los seres humanos por el camino virtuoso

En razón de la influencia que origina en los hombres la imposición de inalcanzables niveles de aspiración, como así también, la potencialidad que dicha circunstancia conlleva en cuanto a la generación de conductas desviadas (particularmente de carácter patrimonial), este autor ubica en la *interacción social* el origen de aquellas apetencias basadas en la *ambición*; y ello por cuanto, a partir de dichas relaciones aparecen aquellos elementos relacionados con la *comparación* y la *confrontación*, los cuales, a su vez, provocan envidia y rivalidad. Asimismo, queda claro que la posesión de aquellos bienes estimados colectivamente conduce a la aprobación, afecto y elogio social, mientras que el hecho de no poder alcanzar esas metas es el origen de la criminalidad. “*Cada cual empezó a mirar a los demás y a querer ser mirado él mismo y la estimación pública tuvo un precio (...) De estas primeras preferencias nacieron por una parte, la vanidad y el desprecio; por otro la vergüenza y la envidia...*”<sup>118</sup>.

Es importante tener en cuenta que este pensador, al igual que HOBBS, afirmó la existencia de un estado de guerra previo al nacimiento de la sociedad civil. Fue entonces que para superar dicho estado de guerra los hombres se reunieron y entregaron parte de su libertad al someterse a un poder supremo que los gobernara, defendiera y asegurase las relaciones pacíficas entre sus integrantes, ello significó la creación de las sociedades jurídico políticas pero no implicó el cese de los crímenes<sup>119</sup>. Para dicho filósofo, el orden social proviene de aquella convención a partir de la cual las comunidades salvajes resolvieron agruparse políticamente, origen de las sociedades jurídicamente organizadas<sup>120</sup>.

Asimismo, continúa exponiendo las siguientes explicaciones: “*Lo que el hombre pierde por el Contrato Social es la libertad natural y un derecho ilimitado*

---

117 ROUSSEAU, *El origen de la desigualdad entre los hombres*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004.

118 ROUSSEAU, *El origen de la desigualdad entre los hombres*, ob. cit., p. 71; y cfr. TIEGHI, ob. cit., pp. 428/429.

119 TIEGHI, ob. cit., p. 435.

120 *Ibidem*, p. 439. Cfr. ROUSSEAU, *El origen de la desigualdad entre los hombres*, ob. cit., p. 80.

*a todo lo que le atrae y puede obtener; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Del contrato social se deriva la libertad moral “...única que hace al hombre verdaderamente dueño de sí mismo”<sup>121</sup>.*

Al igual que había expuesto MONTESQUIEU, también ROUSSEAU destaca la importancia de gobernar ejemplificativamente como medio para prevenir delitos o al menos evitar la impunidad de sus autores; subrayando también la inconveniencia de pretender corregir dichas conductas con la mera aplicación y endurecimiento de sanciones, lo cual constituye, en definitiva, un signo de mal gobierno. *“En un Estado bien gobernado hay pocas penas, no porque se otorgan muchos perdones, sino por existir pocos criminales. Sólo el decaimiento del Estado (su inmersión en un estado de corrupción) asegura la impunidad a multitud de crímenes”<sup>122</sup>.*

En cuanto a las específicas referencias al tema de la corrupción administrativa y, particularmente, con relación a la distinción entre el interés particular y el general, señala ROUSSEAU: *“...sólo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado con arreglo a la finalidad de su institución, que es el bien común (...) Es únicamente sobre la base de este interés común como debe gobernarse la sociedad (...) la voluntad particular, por su naturaleza propia, tiende a las preferencias, la voluntad general a la igualdad”<sup>123</sup>.* ROUSSEAU analiza la corrupción administrativa como una conducta que inevitablemente tenderá a originarse en los Estados que comienzan a crecer, *“como el crecimiento del Estado da a los depositarios de la autoridad pública más tentaciones y medios de abusar de su poder, el Gobierno ha de tener más fuerza para contener al pueblo, y el soberano (voluntad general) ha de tenerla al mismo tiempo para contener al Gobierno”<sup>124</sup>.* Todo acto de corrupción funcional constituye para ROUSSEAU una violación directa del pacto social: *“Nada hay tan peligroso como la influencia de los intereses privados en los negocios públicos, y el abuso de las leyes por parte del Gobierno (es producto) de*

---

121 *Ibidem*.

122 ROUSSEAU, *El contrato social*, ob. cit., Libro Segundo, Capítulo V, p. 39. Cfr. TIEGHI, ob. cit., p. 440.

123 ROUSSEAU, *El contrato social*, loc. cit., Libro Segundo, Capítulo I, p. 29/30. Las voces entre paréntesis no obran en el original.

124 *Ibidem*, Libro Tercero, Capítulo I, p. 62. Las voces entre paréntesis no obran en el original.

*la corrupción del legislador (y) consecuencia inevitable de (la supremacía) de los fines particulares*<sup>125</sup>.

Asigna ROUSSEAU gran importancia al hecho de que el gobierno se encuentre compuesto por los ciudadanos de mayor capacidad, como una de las medidas recomendadas en el marco de la lucha contra la corrupción administrativa: “...*en el Gobierno popular todos los ciudadanos nacen magistrados, limitándose, sin embargo, el número de éstos y siéndolo sólo por elección, medio por el cual la probidad, capacidad y experiencia, unidas a las restantes razones de preferencia y consideraciones públicas, son otras tantas garantías de que se gobernará sabiamente*”.

Con destacada actualidad, se refiere también a la corrupción funcional basada en la apropiación de los impuestos y contribuciones por parte de los funcionarios, señalando que “...*cuanto más se alejan las contribuciones públicas de su fuente (es decir, del pueblo) más onerosas resultan*”. Aclara al respecto que dicha carga “...*no se mide con arreglo a la cuantía de las imposiciones, sino por el camino que recorren para volver a las manos de donde salieron. Cuando esa circulación es rápida y se halla bien establecida, no importa que se pague mucho o poco: el pueblo es rico y las finanzas marchan bien. Por el contrario, aunque sea poco lo que el pueblo dé, si este poco no se le devuelve pronto, dando siempre se agota rápidamente: el Estado no es nunca rico, y el pueblo está siempre indigente*”<sup>126</sup>.

También hallamos en esta obra fundamental determinadas observaciones efectuadas en torno a las consecuencias que produce la corrupción gubernamental “...*cuando el Estado, próximo a la ruina, subsiste sólo en forma ilusoria (...) y el interés más vil (de aquellos funcionarios corruptos) se disfraza cínicamente con el título sagrado de bien público (...) Todos guiados ya por motivos inconfesables (...) se hacen votar, con el título falso de leyes, decretos inicuos cuyo único fin es el interés particular*”<sup>127</sup>. Se trata, sin dudas, de una auténtica descripción de aquellas características que revisten los sistemas de corrupción vigentes en las áreas gubernamentales.

---

125 *Ibidem*, Capítulo IV, pp. 69/70. Las voces entre paréntesis no obran en el original.

126 ROUSSEAU, *El contrato social*, pág 81, ob. cit., Libro Tercero, Capítulo VIII, Las voces entre paréntesis no obran en el original.

127 *Ibidem*, Libro Cuarto, Capítulo I, p. 104. Las voces entre paréntesis no se hallan impresas en la obra original.

#### IV.- *Criminología y corrupción*

La Criminología, desde su origen –durante el auge del positivismo– se dirigía a determinar conductas para luego intentar erradicarlas y realizó básicamente su estudio de campo en las cárceles; esto generaba que los resultados siempre tuvieran un recorte en sus orígenes, pues sólo se observaban las conductas que cometían aquellos que por deficiencias culturales y económicas habían entrado dentro del sistema penal y carcelario, mientras que otros delitos como los económicos, nunca se hallaban dentro del espectro que servía de base empírica para teorizar. Debido a ello se generó la idea de que las conductas delictivas eran invariablemente las que realizaban las personas de menores recursos económicos.

La aproximación léxica o semántica al concepto de “corrupción evidencia la desaprobación moral que el término encierra. “Corrupción”, vocablo proveniente del latín <<corrumperere>>, es “acción y efectos de corromper”. Corromper es alterar y trastocar la esencia de una cosa, echar a perder, destruir, arruinar, viciar, depravar, dañar, pudrir, pervertir.<sup>128</sup>, referido a los objetos de la naturaleza, se analiza en términos físicos y químicos. En el ser humano sin embargo, la integridad perdida se corresponde con su unidad esencial, que no es otra que la integridad moral <sup>129</sup>.

Así entonces debemos entender, desde el aspecto criminológico, que corrupto es aquello que ha perdido su razón natural y se manifiesta en forma degenerada o

---

<sup>128</sup> GONZÁLEZ, Joaquín, *Corrupción y Justicia Democrática*, Editorial Clamores, Madrid, 2000, pág. 96.

<sup>129</sup> GONZÁLEZ, ob. cit. pp. 96 y ss.

descompuesta. La corrupción significa por tanto, el tránsito de “un estado de integridad a un estado de descomposición”.

Émile DURKHEIM –principal representante del funcionalismo estructuralista– propuso<sup>130</sup> el estudio de los fenómenos atribuidos a la sociedad en su totalidad, en lugar de centrarse en las acciones específicas de los individuos. Dicho autor postulaba que el crimen era un desequilibrio dentro la funcionalidad de la sociedad. Así fue que la concepción primigenia basada en cuestiones patológicas individuales, dio paso a considerar que los comportamientos desviados eran aquellos que se alejaban de lo aceptado socialmente.

A principios del siglo XX ya se empezó a sostener que las conductas influyen de diversas formas en los comportamientos de las personas que componen una comunidad determinada. Como consecuencia se fue formando un enfoque multifactorial, cuyo razón de ser era la necesidad de dar cuenta de la cantidad de posibles circunstancias que pueden estar presentes a la hora de la comisión de un delito. Todo ello fue debilitando la idea de causa del delito, pues no consideraban que hubiera certezas suficientes para afirmar por qué un delito se comete, solo probabilidades.

Luego cobró mayor importancia la teoría del Control Social, la cual sostenía que los delitos eran en realidad consecuencia de una degradación de los diferentes controles sociales. Dichos controles surgían de la propia estructura social y se vislumbraban en la norma, valores y leyes que la sociedad dictaba.

Otra teoría que se opuso a la citada anteriormente fue la estructuralista, la cual fundaba el origen de los delitos en las presiones que la estructura aplicaba en los sujetos. El concepto más conocido en relación a este tema es el de anomia acuñado por Robert MERTON<sup>131</sup>, quien consideraba que en la estructura social hay una discrepancia entre ideas de éxito y prestigio propuestas por la estructura y las herramientas que ésta brinda para llegar a cumplir con dichas metas. Al haber una gran presión cultural por llegar a esas metas, los medios que en algunos casos se usan son contrarios a la ley, y así es que surgen los comportamientos criminales

---

<sup>130</sup> DURKHEIM, Emile, *Las Reglas del Método Sociológico*, Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1984, págs. 37 y sig.

<sup>131</sup> MERTON, Robert K, *Teorías y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 43 y sig.



Otro de los cambios fundamentales que se producen en la criminología y en consecuencia derivan en una variación del paradigma, es el paso de la idea de diversidad de conductas a la idea de desviación de la norma.

La diversidad implicaba una individualidad, mientras que la desviación, por el contrario, requiere una norma previa que se haya aceptado mediante el acuerdo social. Por normas, este paradigma no se refiere exclusivamente a las leyes positivas, sino también a todas aquellas aceptadas e instituidas socialmente que pueden ser culturales, sociales, morales o religiosas entre otras.

Este nuevo cambio de paradigma implicó una innovación en los parámetros teorizantes, ya que además de la base empírica se dio lugar a la necesidad de una normativa previa de la cual el sujeto se desviara. Asimismo este sistema teórico extendió su campo empírico, pues además de la conducta desviada, consideraba la necesidad de una reprobación social. La diferencia entre la acción y la norma, más la reprobación de esta acción es lo que termina siendo una conducta desviada para la teoría estructuralista.

De esta manera y frente a la apertura que la sociología implicó en la criminología, fue que se incluyeron como conductas consideradas desviadas en la criminología los delitos económicos o más conocidos como delitos de “cuello blanco”.

La apertura y la inclusión del concepto de desviado implicó que ya no se hablara de leyes generales que tuvieran su base en defectos patológicos o hereditarios que se alojaban en el organismo de los sujetos cuyo origen socioeconómico generalmente provenía del grupo social más desfavorecido.

Al cambiar la idea rectora de la criminología cambió también el fundamento correccional que dicha ciencia tuvo, pues ya no era esencial la corrección de aquel que resultaba diferente.

Estas nuevas posturas comenzaron a tener en cuenta las normas que ciertos grupos aceptan a pesar de ser rechazadas por el conjunto social.

Asimismo y en aplicación de la teoría de MERTON 132 , se consideraron los efectos latentes o no manifiestos de numerosos fenómenos desviados que generan numerosos cambios en la vida social e incluso ciertos beneficios, a pesar de no ser permitidos por la ley, como es el caso del clientelismo político o corrupción dentro de la Administración para obtener ciertas ventajas.

Estos postulados del funcionalismo dispusieron a los sociólogos y en función de esto a los criminólogos en la actitud a tener respecto de los desviados. Esta actitud fue nominada por MATZA como apreciación<sup>133</sup> ya que es una nueva forma de apreciar al delincuente, su vida y lo que lo rodea y no sólo tener en cuenta la herencia, una causa biológica o patología psicológica.

Toda esta concepción de la desviación recién tuvo en cuenta un segmento social diferente al tenido en cuenta hasta ese momento, cuando SUTHERLAND 134, introdujo sus teorías sobre los delitos de “cuello blanco” y sus críticas al uso de las estadísticas, ya que sólo reflejan aquellos hechos disvaliosos que son denunciados y perseguidos por el sistema judicial.

De todas formas estos componentes resultaron insuficientes para explicar las conductas criminales, pues había muchas personas que expuestas a las mismas condiciones que los delincuentes, no actuaban en contra de la ley. Ante esto, SUTHERLAND concluye que las acciones criminales y sus actitudes se aprenden, y no son heredadas ni introducidas en los sujetos como si fueran un fenómeno extraño.

La teoría de SUTHERLAND 135, si bien fue el comienzo de un recorrido en los cambios en la criminología, no significó un corte con los métodos etiológicos que siguieron perdurando por varios años más, hasta que se desarrollaron múltiples enfoques cuyo eje era la reacción social y el llamado “labelling approach”.

---

132 MERTON, Robert K., “*Teorías y estructuras sociales*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 43 y sig.

133 VIRGOLINI, Julio, “*Crímenes excelentes*” *delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

134 SUTHERLAND, Edwin H., “White-Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, 5, 1940, reimpresso en Yale University Press, 1983.

135 SUTHERLAND, Edwin H., “White-Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, 5, 1940 y 1945, reimpresso en Yale University Press, 1983, pág. 132.

El concepto de corrupción fue asimilado por la Criminología luego de que SUTHERLAND investigara la comisión de los delitos realizados por las clases altas. De todas formas sus conclusiones no fueron aceptadas rápidamente, sino que por el contrario fueron duramente criticadas. A pesar de la controversia inicial, dichas investigaciones implicaron un cambio de paradigma, la idea de que un comportamiento se aprendiera y que para asimilarlo no había condiciones físicas o psicológicas que precedieran dicho aprendizaje, fue un vasto proceso que SUTHERLAND tuvo en mente desde el momento en que comenzó con su investigación, y si bien fue el comienzo de un recorrido en los cambios en la criminología, no significó un corte con los métodos etiológicos que siguieron perdurando por varios años más, hasta que se desarrollaron múltiples enfoques cuyo eje era la reacción social y el llamado “labelling aproach”.

El concepto de los delitos de cuello blanco, creación del citado sociólogo norteamericano E.H. SUTHERLAND, quien luego de investigar diversos escenarios de la vida norteamericana, en la reunión anual de la Sociedad Sociológica Americana, que tuvo lugar en Filadelfia en el año 1939, dio este nombre a las acciones disvaliosas en las que los sujetos que las realizan poseen características diferentes a las de los delincuentes comunes. “Delitos de cuello blanco” fue el título de la ponencia que realizó en ese encuentro 136.

Para poder entender cuál es el origen de este concepto es necesario profundizar en sus estudios, pero sobre todo en los delitos que por esa época se cometían en Estados Unidos, por aquellas personas que poseían el poder económico y tenían acceso a las distintas esferas de la Administración Pública. Esto generó una cierta espiral de violencia que por los años veinte y sobre todo en Chicago, han generado no pocas novelas y argumentos cinematográficos.

Este tipo de delitos es más amplio que los de examen del presente trabajo, ya que los mismos no se circunscriben sólo a aquellas acciones disvaliosas que pudieran cometer los funcionarios públicos, sino que su espectro es mucho más amplio, toda vez que hay distintos hechos que por el tipo de acción pueden considerarse tales.

---

136 SUTHERLAND, “White-Collar Criminality, loc. cit.

SUTHERLAND se inició en el estudio de esta disciplina cuando los principales representantes de la misma en EEUU habían dejado de seguir a raja tabla a las vertientes sociológicas europeas. Así ya la preocupación por el capitalismo dejó de ser central y la cuestión social se reemplazó por los problemas sociales. Esto implicó una preocupación por los distintos puntos de vista de los actores sociales y no una mirada ordenada en las estructuras sociales.

Su estudio se basaba en las historias de vida que desplazarán la historización de la sociología, propia de los estudios europeos. Esta sociología de historias de vida y de una concepción relacional de la verdad, es la que tuvo como plafón SUTHERLAND para luego, dedicado a la sociología del delito, acuñar el concepto de delitos de cuello blanco.

Adentrándonos en los planteos de SUTHERLAND 137, podemos observar que si bien estudiaba las características de los delincuentes y sus comportamientos, esto le resultaba a veces difícil de completar, pues no todos los delincuentes están en la cárcel y los que en ella terminan no son siempre los más astutos, ni los más hábiles. Por otra parte, él consideraba que la cárcel no era el lugar para estudiar a los delincuentes, sino que por el contrario era necesario poder observarlos en su hábitat.

En las primeras décadas del siglo XX, especialmente en la ciudad de Chicago, los delincuentes se vinculaban con las altas esferas de la administración pública y eso les daba cierta impunidad. Las personas de origen acomodado no eran considerados delincuentes a pesar de que cometían delitos como los originarios de las clases bajas. Esos delincuentes, denominados de “cuello blanco” por, fueron el origen de un cambio en la concepción teórica del origen del delito. Así ya no se podía concluir unánimemente que las fuentes de la criminalidad fueran cuestiones biológicas, económicas, psicológicas o psiquiátricas.

---

137 SUTHERLAND, Edwin, “Whithe-Collar Criminality”, ob. cit., en *American Sociological Review*, 5, 1940, Yale, 1945, págs. 1 y sigs.

El concepto de delito de cuello blanco no puede separarse de la teoría de asociación diferencial, que es producto de la aplicación del método de inducción analítica y se conforma de un proceso que tiene varios pasos 138:

Definir qué conducta se explicará.

- a. Se formula una hipótesis explicativa de la misma.
- b. Se estudia caso por caso aplicando la hipótesis para intentar probar su validación, pudiendo rectificarse o falsarse la conjetura inicial.
- c. Si esta hipótesis no da cuenta de los hechos se debe modificar por su negativa.
- d. Se debe repetir el proceso de modificación de la hipótesis las veces que sea necesario para lograr probar una teoría explicativa de las conductas válida.

La teoría de asociación diferencial resultó de este proceso y las proposiciones que la explican son:

- 1- El comportamiento criminal se aprende.
- 2- Este aprendizaje se obtiene en contacto con personas mediante un proceso comunicativo.
- 3- Este comportamiento es fácilmente aprendido en un grupo reducido de personas relacionadas.
- 4- El aprendizaje comprende tanto a las técnicas que se podrán usar para delinquir, como los tipos de móviles, razonamientos y actitudes.
- 5- Los móviles serán de diversa manera de acuerdo a cómo se interpreten las normas legales.
- 6- Un individuo será un delincuente cuando las interpretaciones de la ley sean mayormente desfavorables que favorables.

---

138 SUTHERLAND, ob. cit., pág. 132.

7- Las asociaciones diferenciales variarán en frecuencia, duración, anterioridad e intensidad.

8- La formación de criminales a través de asociaciones con criminales o anticriminales genera iguales mecanismos que los que se ven implicados en otra formación.

9- Actuar criminalmente no puede explicarse por necesidades o valores, pues actuar de manera no criminal también tiene su base en necesidades y valores.

Las proposiciones se complementan con el siguiente supuesto: la criminalidad es correlativa a la organización social y así un grupo podrá estar organizado para favorecer un comportamiento criminal o todo lo contrario.

Estas teorías (de los delitos de cuello blanco y de la asociación diferencial) fueron sumamente criticadas pues dejaban de lado conceptos clásicos como capital o lucha de clases. Por otra parte, se criticaba a SUTHERLAND por enfatizar en la transmisión de los comportamientos, más que la recepción o elaboración propia del delincuente. Además resultaba evidente que los delitos comunes eran tratados de manera diferente que los delitos de cuello blanco. Los primeros eran perseguidos y ya se había generado toda una red de control social, sin embargo por lo que se refiere a los delitos de las clases altas no ocurría lo mismo. A ello debe agregarse que la caída de un delincuente de prestigio social era y es en general poco común y cuando esto ocurre es el resultado de que las reglas del juego impune han variado.

Si bien la revisión histórica efectuada hasta aquí ha implicado una descripción parcial en cuanto al aspecto retrospectivo de un tema caracterizado por su amplitud y diversidad, nos ha permitido profundizar y relacionar observaciones similares vertidas por los autores seleccionados y, de esa manera, conformar un marco de análisis particular respecto de los tópicos que han sido puntualizados al inicio de este acápite, ya que entendemos no puede estar ausente en un estudio integral de la corrupción administrativa.

Es de tener en cuenta que las legislaciones de nuestra área de cultura-países democráticos occidentales- han venido dándose desde hace décadas una buena

cantidad de figuras delictivas de carácter económico, donde también se incluyen aquellas en donde se encuentran involucrados funcionarios públicos. En el mismo sentido como expone HERRERO HERRERO, se han penalizado “perturbadoras” anomalías por lo respecta al ámbito del control de cambios, evasión de divisas, algunas especulaciones contra la libre competencia, así como comportamientos relacionados al contrabando 139.

En este sentido, HERRERO HERRERO considera que se vienen asumiendo, a pesar que alguno de los gobiernos de los países –del universo de los mencionados– se manifiestan remisos en parte en su configuración, determinadas figuras delictivas, a efectos de proteger intereses comunitarios fundamentales contra comportamiento agresores a los mismos. Resultan ser comportamientos antisociales que se encuentran actualmente de en boga, aunque se trate, alguna de las conductas ilícitas de antiguos antecedentes. Entre el grupo de estas conductas nos encontramos frente al “tráfico de influencias”, el “abuso de información reservada o privilegiada” y el blanqueo de capitales entre otras 140.

En el marco de la descripción de referencias históricas y métodos de estudio criminológicos acerca del fenómeno de la corrupción funcional, se destaca la relevancia que adquiere el concepto de *impunidad*. Dicho elemento funciona, respecto de quien ya ha cometido el acto desviado, como un reforzador positivo de su conducta, ofreciendo, además, un efecto similar en cuanto a la población potencialmente criminógena a causa de la observación de los efectos que produce la recompensa en el modelo observado<sup>141</sup>.

Resulta interesante destacar que todos los autores otorgan una gran importancia a la tarea educativa dirigida a la incorporación de hábitos virtuosos desde los primeros años, ya que consideran que constituye el camino adecuado para prevenir las conductas antisociales y eventualmente delictivas, entre las cuales lógicamente, se encuentran los actos de corrupción.

Por último es de destacar, tal como expresa POLAINO-ORTS, que “las Sociedades post-industriales se caracterizan por que la maximización de la

---

139 HERRERO HERRERO, Cesar, *Criminología, Parte general y especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 752 y sigs.

140 HERRERO HERRERO, ob, cit, págs. 752 y sig.

141 TIEGHI, ob. cit., p. 40.

protección del riesgo (“la seguridad” como bien jurídico-penal) ha propiciado varias tendencias en la Dogmática jurídico-penal, entre las que cabe destacar: la anticipación de las barreras de protección y de punición, una ausencia de reducción proporcional de la sanción penal correspondiente a dicha anticipación, una identificación material entre injusto tentado e injusto consumado, el paso de una legislación de “protección” a una de “combate”, contra la criminalidad, etc. En el seno de un ordenamiento democrático esta orientación tiene carácter de excepcionalidad” 142.

---

142 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, págs. 625 y sig.



## **CAPÍTULO II**

### **INCIDENCIA DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **I.- Corrupción y Administración pública**

##### **A) Delimitaciones conceptuales de la corrupción administrativa**

La caracterización de corrupción administrativa supone que la conducta irregular afecta a alguno de los ámbitos o sectores que componen el Estado, ello así en cualquiera de sus tres funciones públicas, es decir, ejecutiva, legislativa o judicial. En este sentido el concepto referido abarca los bienes estatales y a todas las personas que se desempeñen en la función pública en cualquiera de sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal. Asimismo se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por una

persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos<sup>143</sup>.

Exponemos a continuación algunas de las nociones que la doctrina ha elaborado con relación a dicho objeto.

- Apropiación privada, en forma ilegal, de un bien público<sup>144</sup>.
- Conducta que se desvía de los deberes formales de un rol público por ganancias de interés privado (personal, familiar o grupal) pecuniarias o relacionadas con el estatus<sup>145</sup>.
- Realización de acciones legales e ilegales que afectan al uso correcto de los bienes del Estado<sup>146</sup>.
- Abuso del poder confiado para obtener ganancias personales o beneficios para los grupos a los cuales está ligado el funcionario<sup>147</sup>.
- Utilización de potestades públicas para la satisfacción de intereses personales traicionando a los intereses colectivos<sup>148</sup>.
- Conforme a la clásica ecuación elaborada por KLITGAARD al analizar el funcionamiento de las organizaciones corruptas, *corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos transparencia*<sup>149</sup>. Dicho autor señaló que ciertos sistemas de organización se convierten en el ámbito adecuado para la producción de las actividades corruptas cuanto mayor sea el monopolio en una organización, cuanta más discrecionalidad tengan los funcionarios y menos transparencia presente su actividad (es decir, menor nivel de rendición de cuentas). En otras palabras, el

---

143 Cfr. Capítulo I, artículo 1° de la ley n° 25.188: “Ley de ética en la función pública”.

144 Ibidem, p. 151.

145 KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción*, Editorial Quipus, La Paz, Bolivia, 1992, p. 45.

146 CORR, Edwin, *Primera Conferencia Interamericana sobre Problemas de Fraude y Corrupción en el Gobierno: Informe Final*, Miami, 1989. Citado por Roberto Luis QUINTELA en su artículo “Delitos de cuello blanco”, *Revista Encrucijadas*, N° 19, mayo de 2002, pp. 83 y ss.

147 LANGSETH, Petter, STAPENHURST, Rick y POPE, Jeremy: *The Role of a National Integrity in Fighting Corruption*, Economic Development Institute of the World Bank, 1996. Citado por QUINTELA, ob. cit., pp. 83 y ss.

148 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime: *Organismos Ad Hoc de Lucha contra la corrupción y Código de Ética*, Conferencia del Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid. Citado por QUINTELA, ob. cit., pp. 83 y ss.

149 KLITGAARD: ob. cit., p. 98.

comportamiento ilícito prospera cuando los agentes se caracterizan por su poder monopólico sobre los clientes (ciudadanos), cuando además tienen un importante nivel de arbitrio y la responsabilidad del agente -respecto de su director o superiores débil.

- El artículo VI “Actos de corrupción” de la *Convención Interamericana contra la Corrupción* adopta un sistema casuístico en virtud del cual describe aquellas conductas que serán consideradas como actos de corrupción<sup>150</sup>.

- *Transparencia Internacional* define la corrupción como el abuso de poder en beneficio privado<sup>151</sup>.

Por su parte en la doctrina española, ROCA AGAPITO considera que la corrupción ha sido definida como la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue, el titular del poder cedido. En el caso de la pública es, sencillamente la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato constitucional para poder actuar en el mundo real, es decir, de los funcionarios públicos 152.

En términos generales, la corrupción se considera una mezcla entre deslealtad y apropiación de aquello que se administra en nombre de la comunidad. Esto acontece de forma clara en el delito de malversación, así como en el de negociaciones incompatibles con la función pública, ello ya que aparece una quiebra

---

150 *Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA)*, Venezuela, marzo de 1996. En su artículo VI se definen como actos de corrupción: “(a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. (b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. (c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero. (d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma, en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. Asimismo, en el punto 2) del presente artículo la Convención estipula que dicha legislación podrá ser aplicada, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

151 EIGEN, ob. cit., p. 15.

152 ROCA AGAPITO, Luis, “El delito de malversación de caudales públicos”, Editorial J.Mª. Bosch, Editor, Barcelona, 1999, pág. 24.

al correcto ejercicio de la función pública, pero, también desde el punto de vista patrimonial, afectan severamente el erario público 153.

Cada una de las definiciones reseñadas, si bien con sus matices particulares, presentan determinados puntos en común y, en tal sentido podemos señalar que la corrupción administrativa se origina cuando el funcionario o empleado estatal decida privilegiar o anteponer el interés propio por sobre el ajeno al que está obligado legalmente<sup>154</sup>.

## **B) Características y elementos que conforman el acto de corrupción administrativa**

Teniendo en consideración la diversidad de definiciones, perspectivas y niveles de análisis que recaen sobre el fenómeno de la corrupción<sup>155</sup>, resulta conveniente establecer aquellos elementos constitutivos de todo acto de corrupción funcional. En tal sentido, la línea de investigación propiciada por SUÁREZ concluye que un acto corrupto se integra con los siguientes elementos.<sup>156</sup>

*Beneficio:* El acto de corrupción administrativa se inicia y desarrolla en la búsqueda de beneficios particulares –económicos o no– pero siempre a expensas de un bien público.

*Transgresión normativa:* Todo acto corrupto supone la transgresión a una norma vigente. De allí la necesidad de mantener oculta dicha conducta irregular.

*Interacción:* En la mayor parte de los supuestos las maniobras se caracterizan por un accionar recíproco entre dos o más sujetos<sup>157</sup>.

---

153 Cfr. ROCA AGAPITO, ob. cit., pp. 24/25.

154 GRONDONA, ob. cit., p. 84.

155 Esta solución es propuesta por Francisco SUÁREZ y Fernando ISUANI en sus artículos “La corrupción al servicio del delito”, publicado en *La Gaceta de Económicas*, UBA, año 3, n° 26, 27/10/2002; y “El árbol y el bosque”, *Revista Encrucijadas*, UBA, Nro. 19, año dos, mayo de 2002.

156 SUÁREZ, Francisco, ISUANI, Fernando, “La corrupción al servicio del delito”, en *La Gaceta de Económicas*, año 3, N° 26, UBA, 27/10/2002.

157 Con relación a este elemento es necesario aclarar que determinados actos de corrupción se conforman con el accionar de un solo actor, tal es el caso, por ejemplo, de la utilización de insumos públicos en beneficio personal.

*Aprovechamiento de una posición de poder público:* Una de las partes ejerce un rol de poder, aprovechándose de él al momento de desplegar el accionar indebido.

*Perjuicio:* Los sistemas de corrupción pueden desarrollarse en ámbitos públicos o privados, pero siempre implicarán un perjuicio, ya que en todos los supuestos existirá una víctima, aun cuando ésta no sea reconocible en forma directa y su perjuicio sea difuso<sup>158</sup>.

*Ocultamiento:* Teniendo en consideración que en todo acto de corrupción se observa una transgresión normativa, se impone en forma necesaria el ocultamiento del mismo con la finalidad de procurar su invisibilidad. Este elemento constituye una de las razones que demuestra las dificultades que enfrentan los Estados en su tarea por combatir la corrupción, por cuanto constituye un fenómeno que presenta severas dificultades probatorias por su rasgo furtivo y ello constituye uno de los obstáculos más importantes para alcanzar su control. Esto permite explicar de alguna manera el rol que puede desempeñar el delito de enriquecimiento ilícito, figura que se hará aplicable cuando el agente exhiba o demuestre un patrimonio desmedido e injustificado.

En conclusión, la reunión y verificación de los elementos referidos, constituirá una guía o indicador a los efectos de determinar la presencia del fenómeno de corrupción, siendo dable tener en cuenta que cada uno de ellos asumirá características específicas de acuerdo a las particularidades del acto corrupto según las características del mismo y de la organización en la cual se despliegan. Lo expuesto ha fundamentado la total inconveniencia respecto de la aplicación de políticas genéricas en cuanto a la tarea de control y reducción de los actos de corrupción.

En forma similar, MALEM SEÑA se refiere a la existencia de ciertas particularidades que resultan comunes a todos los tipos de corrupción. A su criterio, las mismas se constituyen a partir de la intención de los agentes que despliegan la conducta corrupta a fin de obtener un *beneficio irregular* a través de la *violación de un deber institucional*; en ese sentido la corrupción se muestra como una *deslealtad*

---

158 Tal es el caso de aquellas situaciones relacionadas con el medio ambiente.

*hacia la institución* a la que se pertenece o en la cual se presta servicio y por ello dichos actos se cometen en *secreto*, o al menos en un *marco de discreción*<sup>159</sup>.

Dicho autor desarrolla la noción de corrupción a través de las siguientes propiedades relevantes 160:

1.- Un acto de corrupción –por acción u omisión– implica la violación de un deber impuesto por su cargo. Quienes se corrompen provocan la transgresión de determinadas reglas que gobiernan el cargo que ostentan o la función que cumplen. Dichos agentes manifiestan, en ese sentido, una evidente actitud de deslealtad hacia la regla violada.

2.- Para que exista un acto de corrupción debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia, el cual, precisamente, es el que resulta vulnerado conforme lo visto en el punto anterior. Por esa razón la corrupción puede tener naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar de dichos niveles a la vez, ello de acuerdo al sistema normativo que resulte violentado.

3.- Los actos de corrupción se encuentran siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. No resulta necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser político, profesional o de otra índole.

4.- Dichos actos tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción, incluso cuando los actores tienen conocimiento de que la vulneración de las normas del sistema de referencia es de práctica común, y que sólo excepcionalmente resulta sancionada. Ahora bien, que la acción corrupta se mantenga efectivamente en secreto o en un marco de discreción dependerá de lo exitoso de la estrategia de ocultación utilizada o del nivel de impunidad con que se opera. Por supuesto, dicho ocultamiento se motiva básicamente en la intención de evitar las consecuencias administrativas o penales que el hecho irregular puede acarrear a los actores corruptos.

A partir de los elementos descritos, el acto de corrupción se ha definido como la violación -activa o pasiva- de un deber posicional o del incumplimiento de

---

159 MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspecto éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 13 y sig.

160 MALEM SEÑA, ob. cit., pp 32 y ss.

alguna función específica realizado en un marco de discreción, con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza 161.

### C) Actos y sistemas de corrupción administrativa

Es importante realizar una distinción básica en torno al tema de la corrupción funcional, en tal sentido debemos diferenciar entre lo que se conoce como *acto de corrupción* y *estado de corrupción*. En cuanto al primero, se trata de una conducta que tiene lugar cuando una persona obligada legalmente hacia un interés ajeno lo pospone en función de un interés propio. Cuando nos referimos al *estado de corrupción*, se caracteriza una situación en la cual los actos de corrupción se erigen y despliegan de manera habitual, dando lugar a lo que también se denomina *sistema institucionalizado de corrupción*<sup>162</sup>.

En relación con este tema, MORENO OCAMPO parte de la distinción entre la corrupción de un individuo y la corrupción instalada en una organización. En tal sentido afirma que si bien los actos de corrupción son realizados por sujetos que actúan en determinados sistemas de organización, la corrupción enquistada es distinta a la desplegada por un individuo en forma particular. A su entender, las causas, consecuencias y soluciones son diferentes. Por ello analiza la problemática a partir del *individuo* y la *organización*, clasificando los distintos niveles y siguientes supuestos: (a) casos en donde el fenómeno es un acto excepcional (corrupción marginal), (b) casos en donde el fenómeno se encuentra generalizado de tal modo que se institucionaliza, identificando dicha circunstancia bajo el término *hipercorrupción* (sistema corrupto)<sup>163</sup>; o, por mejor decir, en nuestra opinión, corrupción sistémica.

En la primera hipótesis encontramos sucesos aislados que se desarrollan en un contexto de respeto a las reglas; bajo dichas circunstancias los organismos de control actúan con eficacia, por lo que detectan y castigan los actos desviados. Es

---

161 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 33 y ss.

162 MORENO OCAMPO, Luis, "Una propuesta de acción", *La corrupción*, en GRONDONA, ob. cit., pp. 119/148.

163 *Ibidem*, p. 129.

importante destacar que, aun cuando se involucre a funcionarios jerarquizados, el sistema exhibe capacidad de aislar los casos y sancionarlos, ya que existe una cultura que castiga socialmente al funcionario que vulnere las normas legalmente establecidas. Sin embargo, en el segundo supuesto, la cultura general es permisiva a las violaciones de las reglas y los organismos de control no desempeñan eficazmente su rol; en consecuencia se instala y desarrolla un estado de corrupción generalizada.

En este sentido es importante referirnos a lo que se conoce como *influencia del sistema de corrupción*, por cuanto este último supuesto es capaz de generar las condiciones necesarias para que una persona honesta se quiebre ante un sistema que sólo ofrece el acto de corrupción (v.gr., cohecho) a modo de salida y desarrollo en los distintos ámbitos sociales. En dichos esquemas los pagos irregulares o el soborno, por ejemplo, cumplen la función de resolver conflictos. En virtud de tales premisas, resulta adecuado caracterizarla como *endémica y expansiva*, ya que todo sistema de organización corrupta tiende a influir en la conducta de los individuos que lo integran, y el que no participa, aunque sea como cómplice pasivo, se podría ubicar en una situación de riesgo, no sólo laboral sino también física. Según el criterio esgrimido por SUÁREZ, la tarea de reducción y control de la corrupción debe ser desplegada para dismantelar las estructuras o sistemas institucionalizados de corrupción. Las acciones deben encauzarse en forma directa hacia las redes que tejen y entrelazan su funcionamiento, resultando insuficiente dirigir dicha tarea solamente en relación al actor corrupto o respecto a determinados y aislados actos de corruptela<sup>164</sup>.

A fin de comprender la real dimensión del fenómeno, resulta esencial elaborar criterios de distinción entre los *actos corruptos* y los *sistemas institucionalizados de corrupción*<sup>165</sup>. En primer término, dichas categorías encuentran distinción en el plano espacio-temporal: mientras el primero reviste carácter excepcional (acciones que se realizan por única vez) con el objetivo de obtener un beneficio específico; el segundo supone el desarrollo de un conjunto de actividades que se repiten a lo largo del tiempo y se desenvuelve a través de complejas relaciones y expectativas que conforman un sistema operativo (rutinización de las acciones) basado en la transgresión de normas vigentes. De esta

---

164 SUÁREZ e ISUANI, *El árbol y el bosque*, ob. cit., p. 13.

165 *Ibidem*, pp. 12/13.



forma, el sistema de corrupción institucionalizado desarrolla un sistema organizativo virtual, secreto y paralelo, que se asienta sobre un conjunto de organizaciones ya existentes de las cuales se nutre, para lograr desenvolverse. En definitiva, supone la existencia de una trama de actores y organizaciones (lícitas e ilícitas) que operan en distintos niveles y funciones, estableciendo entre sí procesos transaccionales (o contratos tácitos) que implican algún tipo de contraprestación transgresora y un pacto de silencio (o red de complicidades). Por supuesto, puede señalarse que ambos tipos de corrupción se pueden dar en forma independiente o superpuesta.

De acuerdo a lo manifestado, la lucha contra la corrupción debe establecerse en todos los niveles, pero teniendo en consideración que no todas las estrategias poseen la misma eficacia para disminuir las consecuencias negativas. En este sentido, se caracterizan como inoperantes las políticas que actúan sólo sobre los actores y no desmontan los sistemas de corrupción. Así, el enfoque orientado a la denuncia, persecución y castigo de los actores corruptos deviene insuficiente si no se complementa con el conocimiento acerca del funcionamiento del sistema, de manera que se puedan atacar sus fortalezas y aprovechar sus debilidades para poder desmantelarlo<sup>166</sup>. De ello resulta que hagamos hincapié en abordar la cuestión a través de una visión sistémica que contemple todas las facetas del problema social institucionalizado. Por ello es que consideramos esencial la elaboración de una *teoría general de la corrupción administrativa* que posibilite un estudio multidisciplinario, con el objetivo de abarcar adecuadamente el fenómeno objeto de análisis.

#### **D) Clasificación de los actos de corrupción**

Los actos que adquieren la calificación de corruptos en el marco de la Administración pública son naturalmente diversos, y cada uno de ellos presenta a su vez un origen particular, afectando además a específicos y determinados intereses.

Previamente a avanzar en el tema, es necesario distinguir corrupción y práctica corrupta. La primera constituye el estado final, producto de múltiples comportamientos aislados que, reiterados de forma sistemática, terminan por contaminar a todo el sistema social. En sentido opuesto, no cabrá hablar de

---

<sup>166</sup> *Ibidem*.

corrupción allí donde la prácticas ilícitas tienen un carácter esporádico y asistemático 167.

### **1. *Corrupción nacional y transnacional***

De acuerdo al marco en el cual se desarrolle el acto o el sistema de corrupción, es importante distinguir entre la corrupción desplegada a nivel nacional, es decir, aquella constituida por actos irregulares acaecidos en el ámbito gubernamental limitado a un Estado en particular; y los actos de corrupción que involucran a elementos pertenecientes, al menos, a dos países. Como es lógico, para que dichas conductas puedan relacionarse con el concepto de corrupción administrativa, es imprescindible que en las mismas intervenga algún sujeto representativo del Estado, o que de alguna forma se encuentre afectado el normal funcionamiento de la Administración pública de alguno de los Estados intervinientes, aun cuando la relación irregular se trabee con una empresa privada u organización no gubernamental de otro país.

Es evidente que el fenómeno de la corrupción no puede ser limitado en la actualidad al marco geográfico de un país, más aun cuando se advierte que la corrupción asociada a la financiación de la política, al tráfico de armas y estupefacientes, a la construcción de obras públicas o a determinadas actividades relacionadas con el blanqueo de activos, constituyen relaciones cotidianas que enlazan a los diferentes Estados y empresas internacionales. En un contexto internacional altamente globalizado en el que personas, empresas, instituciones nacionales e internacionales o Estados interactúan con creciente asiduidad y

---

167 CONZALEZ, Joaquin, *Corrupción y Justicia democrática*, Editorial Clamores, Madrid, 2000, p. 97. Es obvia, según destaca GONZÁLEZ, la importancia de reaccionar a tiempo frente a ese fenómeno, pues sólo mediante la temprana prevención y represión de las conductas indebidas y la posterior indagación de las causas que las permitieron puede impedirse la corrupción generalizada. Lo que nos sitúa, por otro lado, ante el problema de la cantidad e importancia cualitativa de los comportamientos que puede absorber la organización social sin riesgo de su desvirtuación. No parece cosa fácil, sin embargo, localizar el umbral de la corrupción como estado final, por estar regida esta materia por el principio de la indeterminación. A esta dificultad se une el carácter estructural de ciertas formas de corrupción, como ocurre con la financiación de los partidos políticos, de carácter estable y triangular: la de quien provee ilícitamente los recursos económicos, la del político cuyo intermediario y la del partido como beneficiario de una red, cuyo carácter sistemático acentúa Meny. (Cfr. GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 97, citando a MENY (en MENY, Yves, "Le système politique français", París, Monchrestien, 1991).

velocidad, y en el marco de relaciones cada vez más asimétricas, se generan condiciones favorables para el desarrollo de comportamientos irregulares.

Esta clasificación adquiere relevante significación en la actualidad, y ello así por cuanto, tal como se ha señalado, en las últimas décadas se ha producido un desarrollo extraordinario del comercio internacional, donde la conquista de los mercados correspondientes a los diferentes países se ha transformado en un imperativo económico de máxima prioridad; exhibiéndose, en ese sentido, una clara tendencia hacia la globalización de las relaciones ínter estatales<sup>168</sup>.

Diversas son las razones que han favorecido el aumento de los intercambios mercantiles a nivel internacional. Así, debe tenerse en cuenta el perfeccionamiento de los medios destinados al transporte de mercaderías; los sistemas financieros han alcanzado un importante nivel de excelencia; el desarrollo de los medios de comunicación; y la generación de alianzas empresariales en diversos sectores ha derivado en la creación de asociaciones privadas de gran poder económico y financiero, posibilitando de esa manera su operatividad en los diferentes países<sup>169</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que el incremento de esta actividad mercantil se ha visto acompañado por la generación y desarrollo de distintos actos y sistemas de corrupción, relacionados fundamentalmente con aquellas conductas irregulares que conectan a dirigentes empresariales con determinados funcionarios públicos cuyo objetivo es alcanzar una reducción de los riesgos políticos que pudieran amenazar las inversiones realizadas, o simplemente a fin de facilitar y/o acelerar ciertos pasos burocráticos para garantizar la realización de una determinada operación mercantil. La corrupción se adopta entonces como un instrumento eficaz en el marco general de la competencia mercantil<sup>170</sup>.

Teniendo en consideración nuestro objetivo, relacionado con el conocimiento de la estructura y funcionamiento de los diferentes esquemas de corrupción, es importante destacar algunas circunstancias que favorecen la generación de conductas de corrupción transnacional. Existe una mayor tendencia a la concreción de pactos irregulares cuando (a) la dimensión de la transacción alcanza niveles significativos,

---

168 *Ibidem*, pp. 173 y ss.

169 *Ibidem*.

170 *Ibidem*.

(b) los pagos por ella se realizan en el corto plazo y/o (c) la tecnología de los bienes involucrados o de la operación en su conjunto es elevada; por cuanto a mayor volumen de negocio, mayor será la cantidad destinada al pago corrupto, elevándose por ende el incentivo de corrupción. Por otra parte, si el pago del negocio se efectúa en el corto plazo, también se percibirá en lo inmediato la cuota corrupta y, en consecuencia, quienes participan tendrán una mayor certeza en cuanto a la percepción del pago acordado. Finalmente, cuanto más sofisticado sea un producto, más difícil será establecer su precio justo y, por lo tanto, resultará más sencillo disimular, en el costo total, el plus referido a la alícuota corrupta<sup>171</sup>.

A fin de advertir la importancia que cabe asignarle a la denominada corrupción internacional, debe tenerse en cuenta que el artículo 258 *bis* del Código Penal argentino prevé el delito de soborno transnacional, el cual dispone: “Será reprimido de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”<sup>172</sup>.

Dicha figura ha sido introducida en la legislación argentina por la ley 25.188, *Ética en el ejercicio de la función pública*, y modificada por la ley 25.825; a su vez debe tenerse en cuenta que el delito referido presenta como antecedente inmediato el artículo 8 de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*; figura también prevista en el artículo 16 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la*

---

171 Aunque sólo puede ser utilizado a modo de ejemplo, se ha establecido un orden en cuanto a las actividades mercantiles que presentan una mayor tendencia o incentivo para la corrupción: (a) transacciones que tienen por objeto material militar (aviones, barcos, suministros bélicos y material de telecomunicaciones); (b) transferencias de los bienes de capital incluidos en proyectos públicos de relevancia; (c) importantes contratos de ingeniería civil, como la construcción de autopistas, túneles puertos, etc.; (d) operaciones relacionadas con el suministro a granel como el petróleo o gas; (e) comisiones percibidas por aquellos profesionales a quienes se ha otorgado la confección de informes técnicos, de asesoramiento, de control o de auditoría (cfr. G. MOODY-STUART, *La gran corrupción*. Versión castellana: M. MARGENAT CASAGUALDA, Siddharta Mehta Ediciones, Madrid, 1994, p. 16/17; citado por MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 175/176).

172 Texto según ley 25.825, B.O. del 11/12/2003.

*Corrupción*; y en el artículo 1 de la *Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*<sup>173</sup>. Todo ello exhibe la preocupación que a nivel legislativo existe por sancionar los actos de corrupción administrativa que afecten el normal desarrollo de las transacciones internacionales. El extraordinario incremento que refleja el desarrollo del comercio internacional permite inferir, lógicamente, un previsible aumento de aquellas oportunidades en las cuales se puedan verificar maniobras irregulares, circunstancia que ha impulsado la búsqueda y puesta en práctica de herramientas eficaces dirigidas a su prevención y control.

## **2. *Corrupción unipersonal o plurisubjetiva***

En este marco de estudio es posible distinguir los actos de corrupción según el número de personas que participen. Mientras la comisión de algunos actos irregulares se conforma con el accionar de una sola persona -tal es el caso del funcionario que se apropia de fondos públicos o utiliza los mismos para fines privados, o de aquel que hace uso indebido de la información privilegiada que detenta como consecuencia de un cargo público-; otros comportamientos irregulares necesitan del concurso de dos o más personas -(v.gr., aquellas conductas calificadas jurídicamente como cohecho ex art. 256 del C.P. argentino)-. En este caso adquiere significación el análisis efectuado por SUÁREZ<sup>174</sup>, quien al momento de estructurar los extremos que configuran el acto de corrupción, incorpora específicamente aquel relacionado con la “interacción” como un elemento característico del acto de corrupción administrativa (ver Cap. II, p. 2).

## **3. *La corrupción de acuerdo a su percepción social***

Bajo este parámetro se han identificado tres hipótesis diferentes que han sido denominadas como corrupción (a) reprochable, (b) ambigua y (c) tolerable. En el

---

<sup>173</sup> Suscripta en París y aprobada por la Ley 25.319, B.O. del 18/10/2000.

<sup>174</sup> SUÁREZ, Francisco e ISUANI, Fernando, “La corrupción al servicio del delito” en *La Gaceta de Económicas*, año 3 N° 26, UBA, 27/10/2002. También en “El árbol y el Bosque”, en *Revista Encrucijadas*, UBA, N° 19, año 2002. En el mismo sentido, JABBAZ, Marcela, “La corrupción organizacional: aportes para el desarrollo teórico-conceptual”, en *Probidad*, N° 14, año 2001.

primer caso la sociedad en general expresa o hace evidente su consenso respecto a la necesidad de sancionar un determinado acto irregular; en el supuesto siguiente existe una opinión imprecisa sobre la aprobación o no de una específica conducta ilícita; finalmente pueden identificarse circunstancias en las que la mayor parte de la opinión pública considera ciertos actos desviados como tolerables o permisibles, en consecuencia no se percibe una exigencia de criminalización de los mismos. Por supuesto, diversos serán los factores que influirán en los individuos para caracterizar una determinada conducta corrupta; por ejemplo el ámbito en el cual impacte el acto en cuestión, –económico, político, judicial, etc.–; si las consecuencias se producen a corto o largo plazo; si se trata de un acto incidental o de un sistema estructural de corrupción; si afecta a altos funcionarios o empleados públicos de rango inferior; si involucra o no montos elevados de transacción, etc.<sup>175</sup>.

En este sentido cabe advertir que existirán mayores dificultades y obstáculos en la implementación de herramientas tendentes a disminuir los niveles de corrupción “tolerable” o “ambigua” (aun cuando este tipo de corrupción pueda ser considerada como una de las más perjudiciales, como por ejemplo los actos de corrupción relacionados con el dictado o elaboración de normas, sistemas de corrupción que se implementan en la financiación de los partidos políticos o supuestos de evasión impositiva), que si se intentara poner freno a conductas que pueden ser clasificadas como constitutivas de corrupción “reprochable”. En el primer supuesto parece evidente que toda acción de control deberá estar precedida de una adecuada campaña destinada a crear conciencia respecto a los daños y consecuencias que genera el desarrollo de dichos esquemas de corrupción.

#### ***4. Actos de corrupción parcial y total***

Es posible distinguir aquellos casos irregulares donde el funcionario percibe del administrado el precio fijado por el Estado para el otorgamiento de un determinado bien o servicio, cuyo importe ingresa en el erario público, y también una determinada cuota corrupta cuyo importe ingresa en su patrimonio personal. La doctrina ha identificado esta clase de conducta como corrupción parcial porque el

---

175 MALEM SEÑA, ob. cit., pág. 37.

funcionario no se apropia del canon que legalmente le corresponde al Estado, sino que únicamente percibe el importe adicional de su cuota corrupta.

Como contrapartida de la tipología descrita, es posible identificar aquellos casos de corrupción total, donde el funcionario oculta al Estado la venta del bien o servicio y, en consecuencia, se abstiene de ingresar monto alguno en el patrimonio estatal. El precio del bien, en este caso, se encuentra conformado por el importe del acto corrupto que el funcionario ingresa en su propio patrimonio, por ejemplo de la dádiva o del soborno. Es importante destacar que en este último supuesto, la suma que abona el administrado generalmente es menor que el precio establecido oficialmente por el Estado (por ej., en los casos de emisión de licencias de conducir, pasaporte, etc.) situación que convierte a la denominada corrupción total en una conducta de mayor incentivo para los administrados<sup>176</sup>.

Las diferencias entre estos dos tipos de corrupción adquieren mayor relevancia si se toma en consideración la manera en que se desarrolla la competencia entre los funcionarios que ofrecen en forma irregular los bienes y servicios estatales; como así también la modalidad que asume el despliegue de la competencia entre los administrados o compradores de tales bienes y servicios. Todo ello permite advertir claramente un tema sustancial, el referido a la expansión del sistema de corrupción.

En el caso de corrupción total, la competencia entre los compradores aparece como un dato central para su expansión. Si un determinado ciudadano A es capaz de adquirir en forma irregular un bien de la Administración más económico que su competidor B, existe una probabilidad importante respecto de que sobornará al funcionario. Pero para el comprador B la situación es idéntica, por lo que recurrirá a un funcionario con el objeto de obtener el mismo bien a un costo inferior al de su competidor A. Entonces, quien se niegue a abonar el pago irregular y por lo tanto deba pagar un precio mayor –que es en definitiva el correcto– contará con menos posibilidades de sobrevivir en la competencia económica, porque indudablemente deberá afrontar mayores costos. Esta competencia generada entre aquellos ciudadanos que adquieren servicios gubernamentales, impulsa la expansión de los esquemas de corrupción tendentes a reducir los costos de los mencionados servicios.

---

176 Con relación a este punto, ver MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 52/53, donde el autor identifica la presente clasificación como corrupción con robo o sin robo.

Además, el administrado tendrá menores incentivos para denunciar la conducta irregular, hecho que indudablemente contribuirá a favorecer su expansión. Ello así debido a que en este tipo de corrupción confluyen los intereses de compradores y vendedores, por lo que las estructuras corruptas serán más persistentes que las establecidas bajo el esquema de la corrupción parcial, supuesto en el cual ambos tipos de actores se encuentran enfrentados a raíz de ese plus extra que percibe el funcionario.

### **5. *Corrupción aislada y corrupción sistémica***

De acuerdo a lo analizado *supra* (punto 3 del presente capítulo), es posible distinguir aquellos hechos caracterizados como *corrupción aislada*, donde uno o varios actos de corrupción son ejecutados por un funcionario que actúa individualmente y de manera acotada sin que se verifiquen conexiones importantes con otros agentes para llevar a cabo dichas conductas; y la *corrupción sistémica*, la cual se produce cuando los mecanismos y las prácticas corruptas vigentes reemplazan de manera efectiva el entramado legal y organizativo de un determinado sector de la Administración pública.

En aquellos ámbitos públicos donde se desarrolla un estado de corrupción sistémica las irregularidades constituyen la norma, mientras que los estándares de comportamientos exigibles a los funcionarios para que la Administración pueda alcanzar sus objetivos de un modo regular y eficaz son la excepción. Aquí la conducta desviada se encuentra institucionalizada de tal manera que el castigo de acciones corruptas resulta infrecuente, siendo que en realidad se observa un ámbito de protección e impunidad respecto de los comportamientos indebidos.

### **6. *Corrupción descendente o ascendente***

Esta tipología parte del análisis de la estructura jerárquica en donde se originan los actos irregulares<sup>177</sup>, teniendo en consideración que la Administración

---

<sup>177</sup> MALEM SEÑA ob. cit., pp. 55. y ss.; ROSE-ACKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reformas*, Editorial Siglo Veintiuno de Argentina Editores, año 2001, pp. 114 y ss.



pública constituye una organización esquematizada a partir de rangos o grados. Así es posible distinguir aquellos sistemas de corrupción que se inician y desarrollan en los más altos niveles para desplegarse hacia los estratos más bajos: esquema identificado como *corrupción descendente* o *corrupción arriba-abajo*; y los sistemas de corrupción que se originan en los niveles inferiores y se dinamizan posteriormente en sentido ascendente en la jerarquía, los cuales pueden identificarse como *corrupción ascendente* o *corrupción abajo-arriba*<sup>178</sup>.

En los sistemas identificados como *corrupción descendente* quienes deciden, planifican y ejecutan los actos de corrupción son los funcionarios de mayor jerarquía. En ese sentido, la actividad corrupta presenta como características el hecho de ser centralizada y monopolista. El precio de la transacción será generalmente fijado por dichos actores, como así también la porción que habrá de ser distribuida entre los funcionarios de escalas inferiores. Esta división de los beneficios irregulares puede originarse en diversas circunstancias, tales como la necesidad de obtener complicidad, asegurar que los receptores realicen determinadas acciones que resultan imprescindibles para el perfeccionamiento del acto administrativo viciado, alcanzar la estabilidad del sistema venal, etc.

En aquellos esquemas caracterizados como *corrupción ascendente*, la puesta en marcha de los actos desviados se encuentra a cargo de los funcionarios que ocupan cargos de menor jerarquía, quienes luego habitualmente participan a sus superiores de lo recaudado. Como contrapartida éstos garantizan silencio, estabilidad e impunidad. En estos supuestos la corrupción se caracteriza por ser descentralizada, a diferencia de la corrupción descendente<sup>179</sup>.

Si el ejercicio de las acciones corruptas se desarrolla en forma descentralizada, es de prever que los montos involucrados sean inciertos, ya que el funcionario que ocupa un rol subalterno no estará en condiciones de garantizar que el agente de nivel superior cumpla a su vez con su respectivo e hipotético pacto

---

178 Por supuesto, es probable que con el transcurso del tiempo y la confluencia de determinadas variables, se establezcan sistemas donde la totalidad de un sector particular de la Administración pública se encuentre afectado por la comisión de conductas corruptas en ambos niveles jerárquicos.

179 Este sistema parece desarrollarse tradicionalmente en las estructuras y organizaciones irregulares que se advierten en los sectores policiales y aquellos relacionados con el control del tráfico vehicular. Por otra parte, también existe la posibilidad de que sólo haya corrupción en los niveles más bajos y que estos funcionarios no compartan con sus superiores los recursos extraídos corruptamente, asumiendo el riesgo de ser detectados y castigados.

corrupto, a fin de que el trámite administrativo pueda continuar su curso en forma exitosa; idéntica cuestión sucederá en el tercer nivel superior y así sucesivamente. Por esta razón, quien decide transar en niveles secundarios de la Administración con el objeto de cumplimentar un trámite que requiere la participación de funcionarios estructurados jerárquicamente, se desenvuelve siempre en un marco de *incertidumbre*, no sólo respecto del resultado final sino también respecto al costo total de los sobornos, ya que frente a cada instancia corrupta deberá abonar una cuota que se supone no es fija y que será mayor a medida que se ascienda en la escala burocrática.

En cambio, si la maniobra irregular se concentra en las altas instancias administrativas, sus agentes contarán con mayores elementos para determinar el monto total de la operación corrupta. Ello es así entre otras razones, porque dichas cúpulas tendrán una visión de conjunto acerca de las alícuotas que deberán repartir entre los subordinados, como así también el poder monopólico para imponer el precio del acto de corrupción, cuyo monto en estos supuestos tiende a ser elevado. A cambio de un costo superior, este tipo de corrupción descendente garantiza, en la medida en que ello es posible, que el administrado pueda alcanzar el objetivo perseguido con un mayor nivel de seguridad. Es indudable que en las jerarquías elevadas se dispone de un mayor poder de discreción y de herramientas adecuadas para asegurar el cumplimiento del resultado. Por otro lado, al estar centralizada la toma de decisiones corruptas, los costos de transacciones en términos de tiempo y de energías invertidas por el administrado es menor que el que insumiría hacerlo en un sistema corrupto ascendente. Todo indica que desde el punto de vista del administrado resultará más eficiente un sistema de corrupción monopólico y centralizado en las altas jerarquías, en comparación con aquella maniobra descentralizada que afecte a funcionarios de las escalas subordinadas.

Todo lo expuesto nos demuestra la necesidad de implementar acciones y estrategias tendentes a controlar y reducir la denominada corrupción jerárquica o descendente, teniendo en cuenta un elemento que no siempre es considerado, y es que el nivel óptimo de corrupción no es cero<sup>180</sup>, entre los innumerables objetivos que presentan los Estados, uno de ellos debe estar constituido, precisamente, por el control de la corrupción estatal; pero también en ese camino resulta fundamental

---

180 KLITGAARD: ob. cit., pp. 47 y ss.

tener en consideración la evaluación de los costos económicos, sociales y políticos que implica la reducción de la corrupción: costos directos (en términos de gastos y personal) e indirectos (en términos de entorpecimiento de los otros objetivos de la organización). En tal sentido destacamos la importancia que revela la tarea relacionada con la elección de la medida o instrumento anticorrupción que corresponda emplear ante un determinado sistema de corrupción estatal. Por lo tanto, con el fin de optimizar la adecuada selección e implementación de la herramienta correspondiente -ello de acuerdo a las características que revista el sistema en concreto que se proponga controlar- es que postulamos el estudio y desarrollo de una *teoría general de la corrupción administrativa*.

## **7. *Los actos de corrupción y su tipificación penal***

Conforme lo expresa recientemente GREEN, el término delito denota una categoría jurídica que refiere una determinada clase de conductas que nuestras instituciones legales reconocen como <<criminales o penales>>. Dichas conductas deben ser definidas de una manera particular, empleando ciertos conceptos característicos como “actus reus y mens rea”. Asimismo, deben tener un cierto grado de “carácter público”, en el sentido de que los ilícitos que afectan al público en general, o atentan contra los valores públicos 181.

Para los juristas, por tanto- conforme lo expuesto precedentemente-, resulta obvio que cuando se habla de <<delito de cuello blanco>>, se está hablando de una subcategoría de conducta que refleja características propias del derecho penal 182.

En principio es necesario aclarar que no todo acto de corrupción constituye un delito penal. Es obvio que ello se verificará cuando el sistema jurídico punitivo establezca como delito la vulneración de un determinado deber institucional. Una forma de acercarnos a las distintas acciones desviadas que pueden desarrollarse en el ámbito del Estado, consiste en analizar aquellos delitos que generalmente los funcionarios públicos, pero también los particulares, pueden llegar a realizar en perjuicio de la Administración pública. En razón de lo expuesto, habremos de

---

181 GREEN, Stuart P., “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno” (Una teoría moral de los delitos de cuello blanco), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 39.

182 Conf. GREEN, ob. cit., pág. 39.

describir –aunque sintéticamente– algunos de los delitos más significativos en relación a nuestra materia, los cuales han sido previstos en los códigos de fondo, con el objetivo de proteger y tutelar el correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>183</sup> (ver Caps. IV, V, VI y VII).

## **V. Incidencia de la corrupción en el Estado de Derecho**

Es interesante recordar que los actos de corrupción han sido interpretados como síntomas reveladores de la existencia de un problema de mayor significación y profundidad, como es el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias, que contradicen radicalmente al Estado de Derecho. Por ello, la recuperación de la fe en la democracia y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de un esquema de convivencia en condiciones de equidad, configura un objetivo insoslayable, a fin de prevenir y evitar los efectos disolventes de la corrupción<sup>184</sup>.

### **A) *Posturas revisionistas***

Existen determinados autores que discrepan con aquella premisa que establece que la corrupción acarrea sólo consecuencias negativas. Enrolados en las denominadas “tesis revisionistas”, entienden que dicho fenómeno se encuentra relacionado en forma directa con el proceso de modernización de los países, advirtiendo que los sistemas de corrupción juegan un papel dinamizador en la sociedad en general y en la burocracia en particular. Es preciso señalar que dichas posturas no conforman una teoría homogénea, siendo que en realidad se limitan a

---

183 En relación al Derecho argentino, ver la obra de RIMONDI, Jorge Luis: *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración pública*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005; y respecto a la normativa española, confrontar MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 49 y ss.

184 Cfr. MALEM SEÑA: ob. cit., pp. 18/19, donde cita a Ernesto GARZÓN VALDEZ, en su artículo titulado “Acerca del concepto de corrupción”, glosado en la obra compilada por Francisco LAPORTA y Silvina ÁLVAREZ, *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 67.

señalar la correlación que pareciera existir entre la corrupción y la modernización de un Estado<sup>185</sup>.

De esta manera, entienden la corrupción como un elemento de transformación cuando se evidencia una grave disfunción entre las normas jurídicas y las necesidades de la práctica social innovadora. Las conductas corruptas aparecerían así como un remedio al burocratismo excesivo que impide el desarrollo económico, o como modo de quebrar aquellas prácticas “clientelares” sobre las cuales se ha estructurado un anquilosado régimen estatal que se pretende modificar.

Por otra parte, se aduce que en un contexto social dominado por un sistema jurídico calificado e identificado como frágil, la existencia de canales de corrupción implica, tal vez, la única manera de obtener —fundamentalmente respecto de las empresas multinacionales— cierto grado de estabilidad y garantías mínimas en las relaciones que mantienen con el gobierno, permitiendo de esa manera el desarrollo de las diferentes operaciones mercantiles. En este sentido la corrupción contribuiría también a que un sistema caótico o arbitrario pudiera funcionar bajo ciertas reglas, otorgando la posibilidad de efectuar determinadas predicciones sobre comportamientos futuros.

Asimismo se destaca la posibilidad que otorgaría a distintos sectores sociales, a fin de que estos puedan ejercer una influencia decisiva sobre los efectos de ciertas piezas legislativas inadecuadas o inconvenientes, por supuesto, siempre partiendo de aquella premisa que sostiene que dichas normas han sido sancionadas bajo los criterios burocráticos e intransigentes de un régimen estatal que resulta imperioso actualizar. En definitiva, la corrupción operaría como un mecanismo sustituto ante la falta de un canal institucionalizado que haga valer los intereses de los diferentes sectores económicos<sup>186</sup>.

En este contexto, se afirma que determinados actos de corrupción permitirían superar los inconvenientes ocasionados por un entramado legal e institucional

---

185 Ver MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 15, 30 y 61; y HUNTINGTON, Samuel, P., *El orden político en las sociedades en cambio*, versión castellana: Florean Mazia, Edit. Paidós, Buenos Aires, 1990.

186 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 30/31.

sobreabundante y confuso, el cual, además, se caracteriza generalmente por otorgar amplios poderes discrecionales a los funcionarios<sup>187</sup>.

También se han efectuado análisis particulares que resultan esclarecedores a la hora de interpretar los llamados “efectos positivos” de la corrupción. En tal sentido, una de las metodologías irregulares más extendidas se encuentra constituida por los llamados “pagos activadores” -conocidos también como “pagos de engrase”- utilizados por los particulares en aquellas oportunidades en que la Administración exige el cumplimiento de una serie de trámites para alcanzar determinados objetivos. Dado que los procedimientos administrativos consumen tiempo y esfuerzo –tanto para la Administración pública como para el administrado– se utilizan dichos desembolsos para agilizar los trámites, no por vía normativa, sino por vía de los hechos. En concreto se le solicita al funcionario que cumpla con su deber, pero que lo haga con celeridad, haciendo ahorrar esfuerzos al administrado, a cambio de ello éste le recompensa con un monto dinerario de carácter activador o dinamizador<sup>188</sup>.

Uno de los supuestos típicos donde suelen advertirse los “pagos de engrase” es, por ejemplo, en la administración de aduanas, donde al arribar a puerto material perecedero –el cual exige un rápido despacho– impulsa a ciertos empresarios a tomar la decisión de efectuar pagos especiales a determinados funcionarios, con el objetivo de salvar obstáculos administrativos, evitar posibles daños en la demora y, en definitiva, no perder la mercadería involucrada. En estos casos se afirma que dicho procedimiento cumple una función positiva para todas las partes involucradas: los funcionarios aumentan sus ingresos, los administrados alcanzan sus objetivos con rapidez y simplicidad, y el Estado aumenta su eficiencia. Por otra parte se alega que este sistema se desarrolla sin que se vulnere el principio de igualdad ya que el costo del servicio sería similar para todos los administrados<sup>189</sup>.

Es evidente que la eficacia asignada a dichos pagos activadores –al favorecer la rapidez de las transacciones entre particulares y el Estado– es sólo aparente. Se ha advertido al respecto que una Administración acostumbrada a recibir cantidades indebidas con el objeto de acelerar la tramitación de determinados expedientes,

---

187 *Ibidem*, pp. 62/63.

188 MALEM SEÑA, ob. cit., pág. 63.

189 *Ibidem*, pp. 63/65.

puede asumir como estrategia generalizada la demora *ex professo* de cualquier procedimiento con el fin de generar la necesidad de esos pagos; los mismos se convierten entonces en un claro incentivo para la realización de aquellas conductas que precisamente se pretende evitar, conformándose así en un factor estimulante de acciones irregulares. No debe perderse de vista que las demoras burocráticas son una de las mayores causas de corrupción, y que a menudo, la tardanza resulta deliberadamente planificada con el objetivo de obtener alguna contraprestación ilícita. Además, este tipo de pagos incentiva la arbitrariedad en torno a la búsqueda de soluciones a los distintos problemas administrativos, ya que recibirán trato preferencial solamente aquellos asuntos por los cuales se ha efectuado el correspondiente pago o desembolso irregular<sup>190</sup>.

## **B) *Consecuencias derivadas de la corrupción***

Es importante advertir que si bien este fenómeno puede ser analizado en términos de funcionalidad o de disfuncionalidad, ello proviene, en parte, de la aparente ausencia de una víctima concreta, debido a que los protagonistas de aquellas prácticas corruptas son actores consensuales, es decir, compran y venden, intercambian prestaciones de forma voluntaria. En el marco de estas relaciones la

---

190 *Ibidem*, pp. 67/68. Otra de las circunstancias particulares en donde los autores revisionistas identifican determinados beneficios generados por los actos de corrupción, se relaciona con aquellos elementos que permiten la integración social en el marco de la comunidad. Así se aduce por ejemplo, que la adquisición corrupta de un cargo podría facilitar a los miembros de una determinada minoría ejercer su influencia en la esfera política o en la burocracia, incluso participar en actividades estatales o simplemente negociar con el Estado; funciones todas ellas que no sería posible desarrollar en sus respectivos contextos dado el peso numérico de sus miembros. De ese modo, la corrupción contribuiría al desarrollo de las instituciones participativas básicas, confiando en que una vez alcanzado cierto nivel de madurez institucional, debería evidenciarse una disminución en el nivel de prácticas corruptas. Por ejemplo, con motivo de la modernización de algunos países africanos, los ciudadanos pertenecientes a las clases más elevadas a nivel económico adquieren bancas en el Senado y de ese modo se convierten en participantes del sistema político en lugar de ser opositores, circunstancia que habría podido verificarse si les hubiera sido negada esta oportunidad de corromper el sistema. De igual modo, las masas hace poco emancipadas o los inmigrantes recién llegados utilizan el poder de su voto para comprar cargos y favores al aparato político local. En consecuencia, para aquellos ciudadanos pertenecientes a grupos minoritarios, la corrupción puede constituirse en un instrumento capaz de posibilitar el desarrollo económico, la participación y la cohesión social (cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 65/66). A fin de profundizar la temática referida a los aspectos positivos de la corrupción: ver análisis funcionalista desarrollado por VIRGOLINI, Julio E. S.: *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Bs. As., año 2004, pp. 250/254.

víctima es invisible, porque el daño se produce en otro ámbito y en otro tiempo diferente a aquellos en los cuales se genera el intercambio<sup>191</sup>.

Resulta evidente que las víctimas de tales hechos no llegan a tomar conciencia del daño que han sufrido, de ordinario invisible o desconocido. Sin embargo, la identificación de los efectos que produce el fenómeno de la corrupción es una tarea esencial para llevar a cabo una adecuada caracterización de la corrupción.

Como veremos durante el transcurso de este capítulo, diferentes son los efectos negativos que se derivan a partir del desarrollo de estructuras corruptas estatales, lo cual será suficiente para demostrar la inconveniencia que implica sostener los postulados señalados por las teorías revisionistas.

En algún punto resulta arbitrario distinguir los efectos de la corrupción y calificarlos como políticos, sociales, jurídicos o económicos, pero entendemos conveniente transitar ese camino por una cuestión de orden y claridad expositiva, aunque resulta necesario aclarar que dichos niveles no conforman comportamientos estancos, ya que todo sistema estructurado de corrupción administrativa acarrea al mismo tiempo una serie de consecuencias que básicamente pueden ser clasificadas de la manera que aquí planteamos.

## ***1. Efectos políticos***

### ***a) Desnaturalización del Estado democrático***

Es evidente que la habitualidad de conductas constitutivas de corrupción administrativa afecta de manera directa a los principios fundacionales del sistema democrático. En tal sentido, debemos partir de aquel concepto que refiere que la democracia, como forma de gobierno, supone que los ciudadanos elijan determinados delegados con el objetivo de que éstos protejan el interés común y

---

191 VIRGOLINI, ob. cit., p. 253.



desarrollen su labor en busca del bienestar general. Si dichos representantes, en cambio, se sirven del Estado y utilizan los bienes públicos en beneficio de sus intereses privados, nos encontramos frente a una alteración de los fundamentos rectores del mencionado sistema gubernamental.

Debe tenerse en cuenta que al mismo tiempo que se fortalecen los grupos que conforman los sistemas de corrupción administrativa se debilita el Estado, a cuyos cargos no se accederá ya por idoneidad, sino por nepotismo, generándose entonces una espiral de decadencia que concluye en forma invariable en la construcción de un Estado frágil a nivel institucional.

En igual sentido, MALEM SEÑA afirma que la conformación de redes integradoras y estables de corrupción relacionadas con el aspecto político, tienen un grave impacto en el proceso democrático al afectar la denominada regla de la mayoría: una persona, un voto. Sin embargo, cuando el gobierno emite alguna medida en cumplimiento de un pacto corrupto, prescinde de la opinión de los votantes, ya que en realidad se decide lo dispuesto por la persona u entidad que ha efectuado el pago corrupto. Esto implica un claro incumplimiento respecto al derecho que tienen todos los ciudadanos a ser tratados con igual consideración y respeto, desapareciendo en consecuencia la concepción del autogobierno colectivo a través del voto<sup>192</sup>. Es decir, este tipo de corrupción afecta los fundamentos de la teoría de la representación, ubicada en la base del ideal democrático.

La calidad de la democracia además se ve debilitada porque la corrupción afecta significativamente al principio de publicidad, entendido aquí como el fundamento de la razón pública. Esto es, para justificar las acciones gubernamentales se han de invocar las correspondientes razones, y para ser aprobadas, dichas razones han de poder ser, en primer término, conocidas, pero luego discutidas y defendidas en el ámbito público –cámaras legislativas–. Sin embargo la corrupción permite ocultar el verdadero fundamento por el cual se escogen y ejercitan determinadas decisiones políticas, como así también los procedimientos seleccionados para alcanzar los objetivos<sup>193</sup>.

---

192 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 120/121.

193 *Ibidem*, pp. 122/123.

En su oportunidad hemos señalado que uno de los presupuestos básicos que estimula el desarrollo de los actos irregulares es precisamente la impunidad. Esto produce en el ciudadano una sensación de anomia<sup>194</sup>, circunstancia que conduce a la población hacia un sentimiento de impotencia y frustración que la lleva a no participar en la cosa pública, debilitándose en consecuencia la adecuada conformación de las relaciones propuestas por el sistema democrático de gobierno<sup>195</sup>.

La modificación que la corrupción produce en la actividad política, originariamente relacionada con elementos basados en la transparencia, visibilidad, igualdad de los derechos políticos y amplio acceso a los beneficios de la actividad del Estado se transforma, constituyéndose en consecuencia un sistema basado en la negación de la transparencia y visibilidad, condiciones inherentes al sistema democrático y representativo<sup>196</sup>.

Por tanto, la corrupción, con su exigencia de intercambios necesariamente ocultos, altera las reglas de la representación política. Todo ello debilita la capacidad del ciudadano para verificar el cumplimiento del mandato otorgado a sus representantes o el contenido de las decisiones tomadas por éstos durante su función, puesto que en realidad pasan a depender de las fuerzas ocultas que actúan en el interior de los partidos políticos; así la representación política se desenvuelve en la más absoluta oscuridad, lo que lleva a la descalificación moral de la política por parte del ciudadano. Coincidimos con VIRGOLINI, cuando señala que el problema de la corrupción es esencialmente político, y que su consecuencia más relevante es que dicho fenómeno converge de manera inevitable en un proceso de exclusión social<sup>197</sup>.

#### **b) *La privatización de la ley***<sup>198</sup>

---

194 Ausencia o incumplimiento de normas. El ciudadano interpreta la realidad como un sistema donde “todo vale”, es decir, donde puede realizar cualquier tipo de acto indebido con tal de alcanzar el objetivo propuesto, todo ello garantizado, a su vez, por la ausencia de aplicación de pena o sanción con relación a los mismos.

195 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 126/127.

196 VIRGOLINI, ob. cit., p. 255.

197 *Ibidem*, pp. 256/258.

198 En este punto seguiremos en lo esencial el pensamiento de Julio VIRGOLINI (ob. cit., pp. 258/263).

La confusión entre lo público y lo privado constituye una de las características más relevantes de la corrupción; dicho fenómeno se verifica a partir de la inserción de motivaciones e intereses privados como elemento o causa de los actos públicos. Su efecto principal es el de distorsionar y alterar el sistema, al *convertir a la ley en un recurso de acceso diferencial al bien común*, constituido ya en un bien privado. Ello acarrea dos consecuencias: que el acceso a la ley se restringe a uno pocos y que el bien común se disuelve en un bien privado.

La ley y el Estado se convierten así en un sistema de recursos públicos generadores de beneficios desiguales, que se distribuyen entre grupos selectos de particulares de una manera contradictoria, modificando la pretensión de generalidad e impersonalidad que consagra el sistema legal formal propio del Estado de derecho. Ello implica un quiebre en las reglas de mercado, basadas en igualdad de competencia, previsión y proyección de las condiciones en las que se despliega la actividad económica, las cuales son sustituidas por las reglas del privilegio. Aquí es donde se manifiesta un proceso de exclusión, que es innegablemente político y constituye uno de los efectos más perniciosos de la corrupción. El empleo de la ley es doblemente excluyente: no sólo excluye a los ciudadanos comunes de las ventajas que el Estado les puede brindar en el sentido acotado de actores económicos, sino que también los priva de la disponibilidad de la ley, esto es, de la condición sobre la que reposa su misma calidad de ciudadanos.

Los conceptos desarrollados han sido rotulados por la doctrina bajo el título de *mercantilización de los derechos*. Dicha noción se refiere a la conversión en bienes privados, es decir, que pueden ser objeto de negociación en el mercado, de los derechos que la Constitución y las leyes aseguran a cada ciudadano en su calidad de tal y que, por lo tanto, no deberían encontrarse sometidos sino a regulaciones igualitarias que su reglamentación democrática establece. Los derechos que pertenecen a la esfera de la ciudadanía, la corrupción los transforma en bienes negociables, lo que distorsiona la justicia social –cuyas características deberían ser la igualdad y las condiciones previsibles– para convertirlos en el resultado de una negociación privada o de una concesión arbitraria o graciosa<sup>199</sup>.

---

199 Cfr. VIRGOLINI, ob. cit., p. 255; RUGGIERO, Vincenzo, *Delito de los débiles y de los poderosos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, pp. 146/147 y TODARELLO, Guillermo Ariel: “Enfoque tradicional de la

El status de ciudadano debe construirse sobre la base de la presencia de una ley general y abstracta que asegure igualdad de derechos y de tratamiento, sin necesidad de recurrir a conductas irregulares, ya que la ley cumple dos funciones principales: ser el vínculo de unión societaria y, al mismo tiempo, el instrumento a través del cual los ciudadanos puedan reclamar del Estado las prestaciones que el ordenamiento asegura de manera igualitaria. En definitiva, la corrupción priva al ciudadano de la ley, lo cual implica degradarlo a la eventual condición de cliente en un irregular mercado de derechos.

## ***2. Efectos relacionados con la seguridad jurídica***

Todo régimen democrático funciona como un sistema interrelacionado de controles (pesos y contrapesos), uno de cuyos mecanismos consiste en que las decisiones político-administrativas deban someterse al escrutinio del poder judicial, y ello tanto con relación al principio de legalidad en sentido estricto, como así también respecto de su control material de constitucionalidad.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales se modifica de manera irregular el necesario equilibrio que debe presidir la relación vigente entre los poderes o funciones estatales, circunstancia que parece verificarse a través de un caso paradigmático, como es aquel en el cual el poder ejecutivo, amparado en algunos casos en una amplia mayoría legislativa, ejerce comportamientos y actitudes de influencia sobre las más altas instancias judiciales, o dispone directamente el nombramiento de parte de sus miembros, con el fin de que ese control se relaje de tal manera que permita allanar el camino para el desarrollo de una actividad política libre de obstáculos.

Es evidente que la irregularidad se verifica en aquellos supuestos donde esa actividad, que intenta sustraerse del control, se traduce en actos que deberían ser interpretados como ilegales o inconstitucionales, ofreciéndose a cambio ventajas económicas, políticas o personales. Dicha situación puede consolidarse también a

---

corrupción vs. visión política de la misma ¿Posiciones antagónicas o teorías complementarias?», publicado en revista *El Derecho Penal*, editada por El Derecho, octubre de 2005, revista n° 10, pp. 32/42.

partir de las modificaciones que el poder ejecutivo es capaz de realizar con respecto a los integrantes del tribunal superior de un Estado, con el fin de obtener una judicatura más receptiva y obsecuente a sus necesidades.

Aun cuando dichos cambios -por ejemplo, ampliación del número de cortesanos- se encuentren legal y constitucionalmente permitidos, pueden encubrir diferentes actos de corrupción política, ya que los magistrados que accedieron mediante dichas condiciones irregulares aceptan de manera implícita debilitar los criterios de control político, violando los deberes inherentes a su cargo, o cuanto menos, no contarán con la imprescindible libertad de decisión que el ejercicio de esa función exige. El riesgo que dicha situación genera está relacionado en estos casos con la independencia y la imparcialidad que deben regir la actividad judicial, al allanar el camino para el eventual desarrollo de actos injustos y arbitrarios.

El Derecho funciona como un sistema de seguridad, debe presentar entre sus diversos objetivos la elaboración de un diseño de restricción y delimitación normativa respecto del ámbito de las acciones posibles de ser realizadas. Dicho esquema de seguridad contiene un aspecto objetivo, referido a la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y una faceta subjetiva, la cual se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello se requiere que el mismo sea conocido por los destinatarios a través de adecuados medios de publicidad. Los sujetos deben poder conocer de manera previa y con claridad aquello que les está mandado, permitido o prohibido por el ordenamiento jurídico. En función de ese conocimiento, los destinatarios de la norma podrán organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsión. La corrupción judicial, por el contrario, debilita el sistema de seguridad objetiva y subjetiva. En el primer caso, porque ubica al justiciable en una situación manifiesta de riesgo, al hacer depender el ejercicio de sus derechos no ya de un sistema de reglas aplicado con criterios de igualdad sino del arbitrio del juez corrupto. En el segundo caso, porque en un contexto de arbitrariedad judicial, la posibilidad de prever las consecuencias que pudieran acarrear las acciones propias se caracterizaría por su alto grado de incertidumbre.

Todo ello provoca una situación de debilitamiento y fragilidad respecto de aquel concepto identificado como seguridad jurídica<sup>200</sup>.

Los actos irregulares desplegados en el ámbito judicial no sólo suponen un nivel de indefensión y de inseguridad para los ciudadanos que se ven sometidos concretamente a su jurisdicción, sino que la arbitrariedad que envuelve toda conducta de corrupción judicial se transforma en un enemigo potencial contra cualquier ciudadano. Los sistemas de corrupción desarrollados en este poder resultan tal vez los de mayor significación ya que las decisiones judiciales adquieren firmeza, no logrando –en principio– ser revocadas por ningún otro poder estatal, de allí la relevancia de los efectos que provocan.

La corrupción judicial, por otra parte, desvía o reemplaza los parámetros en virtud de los cuales los magistrados deberían resolver cada una de las causas en que deben legalmente intervenir. Sabido es que las decisiones judiciales deben fundarse en Derecho y a partir de las fuentes legalmente previstas, pero ocurre que ante una decisión impulsada por un acto de corrupción, el fundamento de la misma ya no será el formalmente expuesto, sino que su verdadera razón radicaré en el acto irregular que impulsó su emisión. Todo ello implicará la modificación de la naturaleza del fundamento de las decisiones judiciales, las cuales atenderán a indebidos intereses personales<sup>201</sup>.

Sin duda, las consecuencias jurídicas que implica el desarrollo de actos de corrupción en el ámbito judicial y su repercusión en torno a la seguridad jurídica resultan por demás relevantes, si bien no pueden ser expuestas en su totalidad en este trabajo, lo cierto es que a raíz de dicho fenómeno el justiciable arribará a una conclusión basada en el descreimiento respecto del aparato estatal encargado de administrar justicia y, naturalmente, tenderá a buscar soluciones por otros medios no siempre legales, con el consabido impacto que dichas medidas conllevan respecto de la convivencia social<sup>202</sup>.

En tales casos la seguridad jurídica se transforma en una mera ilusión, debilitándose irremediabilmente la cohesión y la paz social. Es evidente que cuando

---

200 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 167/168.

201 *Ibidem*, pp. 168/169.

202 *Ibidem*.

las decisiones judiciales ingresan como productos de un irregular mercado jurídico, es el propio Estado de Derecho el que se ubica en una situación de grave riesgo institucional. Por ello la percepción de debilidad y vulnerabilidad que genera tal corrupción en el conjunto de la ciudadanía no es comparable a la corrupción de otro órgano o poder estatal.

### **3. *Efectos sociales***

#### **a) *Incentivos negativos***

Las condiciones que permiten el desarrollo de actos irregulares instauran incentivos altamente negativos en todos los ámbitos de la sociedad. En este marco existen diversos estudios que dan cuenta de las condiciones que generan aquellos incentivos improductivos que caracterizan a una sociedad en procura de rentas (*economicismo*), en la que los ciudadanos y funcionarios se esfuerzan por lograr y obtener utilidades, frecuentemente, mediante conductas desviadas. Dentro de esos parámetros, por ejemplo, la práctica de dádivas o prebendas —es decir, el dinero para acelerar— puede ser considerada eficiente al permitir a los ciudadanos abonar a los empleados públicos por un servicio efectuado de una manera más expeditiva de lo normal. Si bien en un principio dicha mecánica fue asumida o interpretada como positiva (tesis revisionista), la posibilidad de obtener tales “rentas” extraordinarias resulta capaz de derivar en una situación en la cual los funcionarios construyen una idea en virtud de la cual habilitan la existencia de eventuales derechos que les permiten exigir pagos o desembolsos por la provisión de todo tipo de servicio. De esta manera, las propinas ilícitas y el dinero para acelerar —otorgado en forma

voluntaria por el “cliente” o administrado— tienden a convertirse posteriormente en un pago exigido, concluyendo de manera inevitable en la edificación de un sistema o esquema corrupto altamente ineficiente y perjudicial<sup>203</sup>.

La situación descrita conduce a un punto crucial. Mientras un acto de corrupción pareciera ser eficiente, la corrupción una vez sistematizada y profundamente enraizada sólo es capaz de desencadenar efectos negativos. Inevitablemente se conforma una espiral de corrupción creciente, en la cual aun los ciudadanos honestos pueden encontrarse ante la necesidad de participar en maniobras corruptas con el objetivo de lograr relacionarse en determinados ámbitos. El problema se genera cuando los actores sociales que transitan un camino legalidad, que resulta más lento y dificultoso, constatan que otros individuos progresan a través de la realización de actos corruptos; en ello reside precisamente la distorsión de los incentivos. La corrupción sistemática genera una situación tal que, aun contra su voluntad, determinados actores sociales se ven obligados a aceptar métodos deshonestos para obtener, por ejemplo, licencias u obras por licitación que les permitan continuar con sus respectivas actividades<sup>204</sup>.

Cuando el desarrollo de actos desviados se convierte en una posibilidad cierta y practicable con facilidad, los incentivos, tanto de funcionarios como de ciudadanos, se encontrarán encaminados hacia actividades socialmente improductivas, aunque personalmente lucrativas. Los funcionarios pasarán una parte creciente de su tiempo indagando la manera de asegurarse los beneficios que proporcionan los sistemas de corrupción, en lugar de esforzarse en el cumplimiento de sus deberes públicos. Los ciudadanos también invertirán sus energías en la búsqueda de favores ilícitos, aumentando sus ingresos no mediante la actividad productiva, sino precisamente a través de conductas irregulares.

En definitiva, resulta claro que una de las más importantes consecuencias que la corrupción produce en ciudadanos y funcionarios se encuentra constituida por el establecimiento de los denominados “incentivos negativos”, es decir, aquellos que

---

203 Dichas observaciones se encuentran documentadas en RASHID, “Salim: Public utilities in egalitarian LDC’s”, *Kyklos* 34, fasc.3, 1981, págs. 448 y ss.; CARIÑO, *Tonic or Toxic*, pp. 178 y ss.; WATERBURY, *Endemic and planned corruption*, 368, citados por KLITGAARD, ob. cit., pág. 63.

204 KLITGAARD, ob. cit., p. 64.



estimulan a las personas para que desarrollen una conducta no productiva, ilegal y en nuestro caso particular, caracterizada bajo el concepto de corrupción administrativa.

**b) Daños generados en torno a la confianza recíproca de los ciudadanos**

La doctrina destaca que uno de los daños más profundos e importantes que provoca la corrupción se encuentra relacionado con la pérdida de confianza recíproca entre los ciudadanos, circunstancia que atenta directamente contra las condiciones necesarias de la vida en sociedad, por cuanto instala un estado genérico de desconfianza con relación a la mayoría de las conductas que efectúan los terceros, y por supuesto, en mayor medida con respecto a aquellos actos desarrollados por funcionarios públicos<sup>205</sup>.

Entendemos por confianza, la seguridad que cada uno de los ciudadanos posee con relación a que los terceros cumplirán correctamente la función que les corresponde ejercer en el marco de la sociedad. La doctrina entiende que la confianza implica, fundamentalmente, la creencia de que una persona o una institución actuarán del modo esperado<sup>206</sup>. Dicho elemento constituye un factor esencial para el desarrollo de una sociedad democrática, siendo además una de las estructuras fundamentales de su economía, por lo cual la falta o ausencia de dicho recurso conduce indudablemente a una situación de colapso en las instituciones políticas y económicas<sup>207</sup>.

Teniendo en consideración las temáticas desarrolladas en este trabajo, es adecuado citar como ejemplo aquella circunstancia en la cual un funcionario adquiere bienes completamente desproporcionados con sus ingresos. Es evidente que

---

205 Por ello se afirma que el daño más profundo de la corrupción es que instala la desconfianza y aparecen los interrogantes del ciudadano: el funcionario, ¿administrará como es debido? El agente de policía que se acerca, ¿no querrá coimearme? El diputado, ¿me representa o se representa? El médico, ¿me receta análisis por mi bien o para encarecer el tratamiento? Al llegar a la esquina, no sé si el otro se detendrá en la luz roja. El, o ella, tampoco lo sabe de mí. ¿Qué pasa entonces? (Cfr. GRONDONA, ob. cit., pp. 102 y 103).

206 ROSE - ACKERMAN, Susan, "Trust Honesty and corruption: reflection on the state building process", *Journal of european sociology*, XLII, 2001, citado por Roberto de MICHELE, ob. cit., pp. 38 y ss.

207 En su intento por demostrar la importancia que adquiere la confianza en el marco de una sociedad, se pregunta Roberto de MICHELE "¿Que es la moneda, más que la confianza en que ciertas relaciones contractuales y derechos de propiedad pueden expresarse y negociarse con un trozo de papel? ¿Qué es el sistema político de una democracia, más que la confianza en que cada uno cumplirá con su deber público o privado, de acuerdo a su posición en la sociedad?" Cfr. ob. cit., p. 39.

cuando los ciudadanos perciban ese incremento desmedido, experimentarán sensaciones que estarán constituidas por una mezcla de disgusto e irritación –en un primer momento– para luego caer en la desilusión y desazón, todo lo cual provocará un inevitable quiebre de la confianza respecto de los servidores públicos y de los presupuestos que conforman el sistema democrático.

En general, los ciudadanos padecen una fuerte sensación de desconfianza hacia los dirigentes políticos y funcionarios públicos, ya que perciben que aquellos no están dispuestos a servir al bien común y que por el contrario desarrollan comportamientos exacerbados en cuanto a la defensa de sus intereses particulares (familismo)<sup>208</sup>.

El fenómeno de la corrupción, caracterizado por el incumplimiento de ciertas leyes y reglas de la sociedad, genera una situación particular a la que NINO rotuló como *anomia boba*<sup>209</sup>. Resulta necesario subrayar que dicho incumplimiento normativo conduce a una situación de impacto negativo en cuanto a las perspectivas de fortalecimiento institucional y de desarrollo económico de cualquier país<sup>210</sup>. En virtud de lo manifestado, la mencionada situación de ilegalidad que caracteriza a todo estado de corrupción institucionalizada genera efectos perjudiciales para todos los miembros de la comunidad, incluso sobre aquellos que, paradójicamente, violaron la ley en busca de proteger su propio interés, de allí su caracterización de “boba”. Todos los ciudadanos resultan perjudicados y encerrados en un círculo vicioso, por cuanto aquellos que intentan cumplir la ley se sentirán frustrados y defraudados. Por ejemplo, pagar impuestos constituye una conducta casi irracional en un contexto de evasión generalizada, no obstante, la disminución en los niveles de recaudación conducirá a las autoridades a generar nuevos impuestos o aumentar la alícuota de los existentes, reforzando el círculo de la evasión, sumado a esto los

---

208 Si bien en lo que respecta a nuestro trabajo nos interesa el análisis del quiebre de la confianza entre los ciudadanos y los funcionarios públicos, señala Roberto de MICHELE que dicha situación de desconfianza reina también entre particulares, agregando que tenemos dificultades para confiar en un cheque extendido en una operación comercial, en los compromisos asumidos mediante la simple palabra o en nuestra seguridad al cruzar la calle con prioridad de paso. Cfr. ob. cit., p. 40.

209 NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Ed. Emecé, Bs. As., 1992, págs. 9 y sig.

210 Bajo dicho concepto NINO identificó una de las características predominantes de nuestras deficientes prácticas sociales (ya sea desde el tránsito hasta el pago de impuestos), que es precisamente la resistencia a ajustar nuestras conductas a las reglas, con el resultado de empeorar la situación de todos los participantes.

servicios que dejará de prestar el Estado por falta de recursos deberá costearlos el particular a través de sus propios medios (seguridad, salud, educación, etc.).

Es importante advertir entonces que si bien las prácticas corruptas desplegadas por los funcionarios públicos –con la intención de proteger un interés individual– aunque en principio parecen beneficiar a dicho agente y a su entorno, en realidad, la extensión y el desarrollo de esas conductas producirá un efecto de desconfianza en las personas, en las instituciones, en el sistema democrático, en la economía y en la inversión, situación que inevitablemente afectará al ejecutor de dichos actos corruptos, como así también al grupo que intentó proteger y beneficiar<sup>211</sup>.

De acuerdo a lo señalado por DE MICHELE<sup>212</sup>, una de las funciones que posee el Estado es precisamente la de generar los incentivos que favorezcan la construcción de la confianza, como elemento indispensable para fortalecer el sistema democrático y el desarrollo de la comunidad en general. De allí la importancia que reviste el estudio de las conductas desviadas que se originan dentro del marco del Estado, ya que el fenómeno institucionalizado de corrupción administrativa se constituye como uno de los obstáculos más significativos en cuanto al fortalecimiento de la confianza recíproca entre los ciudadanos y de éstos con las instituciones.

### ***c) La corrupción como sistema de protección del delito***

---

211 En relación con este tema se han identificado diversos y sencillos ejemplos a fin de ilustrar esta situación. El gobierno se propone crear un impuesto (al valor agregado, v. gr.), pero como supone que sólo un veinte por ciento de los ciudadanos lo va a pagar, ese IVA que podría ser del 4% si todos lo abonaran, se estipula en un 18%. Por su parte, el ciudadano dispuesto a pagar el impuesto desconfía del destino que el gobierno le dará a los fondos agregados. Se dice a sí mismo que, antes de contribuir a ciegas, sin certeza alguna de que su contribución vaya a mejorar, por ejemplo, la situación de los jubilados, prefiere evadir el impuesto y hacer caridad privada. Otro ciudadano, en cambio, podría preguntarse por qué ser el único que paga si sus conciudadanos no lo harán. La desconfianza colectiva, fundada en la imprevisibilidad del comportamiento del otro, conduce al subdesarrollo: el Estado carece de recursos, las empresas no invierten sus capitales, el gobierno responsabiliza a los ciudadanos y éstos al gobierno (cfr. GRONDONA, ob. cit., pp. 102/103).

212 MICHELE, ob. cit., pp. 38 y ss.

Existen situaciones en la que la corrupción es utilizada como instrumento eficaz para proteger y encubrir actos ilícitos<sup>213</sup>. En este sentido es dable advertir la existencia de un perfil instrumental en los actos de corrupción, el cual se manifiesta cuando los mismos conforman un sistema destinado a proteger el despliegue y desarrollo de un determinado accionar ilícito con el propósito de que sobreviva en el tiempo, con la intención de ocultarlos, disfrazarlos o buscar mayor facilidad para su comisión.

A modo de ejemplo es válido mencionar aquellos actos de exhibición y venta de copias ilegales de discos compactos y películas en la vía pública, situación que constituye una violación tanto a las normas de propiedad intelectual como a la ley de marcas, verificándose, por ende, un concreto accionar delictivo. Sin embargo, generalmente, el control y represión de dichos actos son evitados como consecuencia de determinadas sumas de dinero que periódicamente se abonan a inspectores y funcionarios policiales; tal situación se reitera con el juego clandestino y zonas liberadas para el ejercicio de la prostitución. Existen otros supuestos en los cuales las transgresiones normativas asumen una extraordinaria complejidad, como puede observarse en los casos de narcotráfico, terrorismo, legitimación de activos de origen delictivo, tráfico de armas, tráfico de órganos, tráfico de personas, defraudaciones impositivas, etc. En estas situaciones es lógico que aquellos agentes que llevan a cabo dichas conductas utilicen las más diversas modalidades de corrupción como *sistema de apoyo* tendente a lograr la perpetuación en el tiempo para la ejecución de dichas transgresiones.

La noción de *sistema de apoyo* es abordada por SUÁREZ a partir de los fundamentos vertidos por la teoría organizacional, conclusiones a las cuales arribara THOMPSON<sup>214</sup>, quien señala que las organizaciones constituyen sistemas abiertos, es decir, mantienen intercambios con el contexto en el cual se encuentran insertas; dicho contexto genera amenazas al funcionamiento de la organización, convirtiéndose en una fuente de incertidumbre para ella. Las amenazas referidas recaen en concreto sobre el *sistema operativo* de la organización, el cual se conforma a partir de los elementos y tecnologías con los que cuenta la organización para

---

213 SUÁREZ e ISUANI, *La corrupción al servicio del delito*, en La Gaceta de Económicas año 3, N° 26, UBA, 27/10/2002.

214 THOMPSON, James, *Organizaciones en acción*, Mc. Graw-Hill, 1994.

alcanzar sus objetivos. El sistema operativo es el centro vital de la organización, por ello es que debe ser eficazmente protegido de las amenazas del contexto para poder asegurar la continuidad de su funcionamiento. Cuando una organización pretende proteger su sistema operativo, debe generar un *sistema de apoyo* que lo recubra para poder enfrentar los ataques y amenazas que provienen del contexto.

SUÁREZ 215 señala que toda acción organizada utiliza elementos y tecnología (sistema operativo) para el logro de sus objetivos. Por supuesto, esta circunstancia se verifica en aquellas organizaciones con finalidades delictivas (*v.gr.*, narcotráfico) en donde se despliegan un conjunto de acciones, muchas veces de alta complejidad, que están destinadas a cumplir con los objetivos propuestos por quienes están involucrados en las mismas. Dichas organizaciones intentan proteger el sistema operativo particular de las amenazas que pongan en peligro su desarrollo y continuidad; las amenazas pueden provenir del accionar de diversos actores y circunstancias que pongan en riesgo su funcionamiento y supervivencia, citándose como ejemplo a jueces, fiscales, funcionarios policiales, agentes municipales u organismos de recaudación que efectúen tareas de contralor. Asimismo deben tenerse en cuenta –entre otras cuestiones– aquellas circunstancias relacionadas con la sanción de leyes, decretos u ordenanzas que pueden impactar de manera negativa sobre la actividad ilícita.

Las amenazas referidas comprometen la continuidad de la actividad ilícita, por lo cual a los efectos de asegurar su estabilidad, se despliegan actividades en paralelo para protegerla. Esto se logra, por un lado promoviendo el ocultamiento o la baja visibilidad de la actividad ilícita central, por ejemplo comprando silencios, pagando para evitar investigaciones o para que se desvíe la atención hacia temas alternativos; por otra parte se procura reducir la incertidumbre contextual comprando voluntades, pagando por la sanción de ciertas normas o evitando la aplicación de otras ya existentes. Esta forma de protección de la actividad ilícita constituye una de las funciones básicas de la corrupción, no sólo estatal, sino también de aquella generada en el ámbito privado.

---

215 SUAREZ, Francisco e ISUANI, Fernando, “La Corrupción al Servicio del delito”, en *La Gaceta de Económicas*, año 3, Nº 26, UBA, 27/10/2002.

Lo manifestado resulta útil para graficar la manera en que se construye un sistema de apoyo a partir de la utilización de diversas modalidades de corrupción. Si el esquema exhibe mayores niveles de complejidad, entonces se generan diversos anillos de apoyo tales como la protección policial, judicial, etc., lo cual permite advertir claramente la funcionalidad del fenómeno de corrupción como escudo protector de una determinada actividad ilícita.

#### ***d) Generación de riesgos***

Una situación por demás relevante se encuentra constituida por el daño asociado a diferentes actividades como la ejecución de obras tanto públicas como aquellas privadas pero bajo control estatal (*v.gr.*, gasoductos, plantas energéticas, fábrica de armas y elementos militares, edificios, etc.) donde como consecuencia de arreglos corruptos se disminuye, por ejemplo, la calidad de los materiales utilizados en las mismas con el consiguiente riesgo que ello implica. Tales circunstancias también pueden verificarse en diferentes áreas gubernamentales o respecto de actividades controladas por el Estado como la aeronavegación, actividades en las cuales la construcción y el desarrollo de esquemas de corrupción desembocan indefectiblemente en la disminución y prescindencia de adecuadas medidas de seguridad. Asimismo, es importante hacer hincapié en aquellos supuestos de maniobras corruptas que provocan que los encargados de inspeccionar la seguridad de un área determinada no realicen su función de manera eficiente, por lo que ante la falta de control, pueden generarse coyunturas específicas que ubiquen en situación

de riesgo la seguridad de los ciudadanos debido a la reducción de los límites de seguridad exigidos, permisos de obra o habilitaciones irregulares, etc.<sup>216</sup>.

Es incuestionable que el fenómeno de la corrupción presenta un nivel mayor de perjuicios cuando crea *exterioridades negativas*. Así por ejemplo, la corrupción inserta en una fuerza policial que deriva en la posibilidad del tráfico de estupefacientes, resulta más nociva que la producción de actos corruptos en una oficina pública en términos de quién es atendido primero. En tal sentido es evidente que los sobornos que desvirtúan los permisos de seguridad o de calidad de determinados productos, por ejemplo en actividades relacionadas con la salud o alimentación, presentan un efecto diferente y revelan una situación de mayor peligrosidad<sup>217</sup>.

Por otra parte, determinados actos de corrupción suelen tener un impacto negativo directo sobre la calidad de vida de la población, tal es el caso de aquellas empresas internacionales que a partir del soborno girado a determinados gobiernos de países emergentes, obtienen los permisos y autorizaciones necesarias para que sus filiales fabriquen y elaboren allí productos tóxicos o peligrosos. A través de ese mismo procedimiento adquieren las autorizaciones necesarias para exportar productos hacia diferentes países, siendo frecuente que el consumo o uso de estos productos se encuentre prohibido en los países de origen de las empresas productoras. En otras ocasiones, como consecuencia de operaciones corruptas, se afecta directamente la calidad de vida de la población, por ejemplo cuando se destruye parte del ecosistema mediante la deforestación masiva o se realizan actividades que contaminan los ríos sin los correspondientes estudios de impacto y previsión, son algunos de los supuestos más significativos.

**e) *La corrupción como afectación al principio de igualdad social***

---

216 En el marco de la denominada causa “Cromañon” se investiga precisamente la actuación irregular de determinados inspectores municipales, como así también de funcionarios policiales, quienes habrían disminuido los controles correspondientes como consecuencia de presuntos pagos indebidos (cfr. CNCrim. y Correc., Sala V, “*Chaban, Omar E. y otros*”, 27/09/2005).

217 KLITGAARD, ob. cit., p. 233.

El estado de corrupción constituye un fenómeno capaz de acarrear el aumento de los índices de desigualdad social. Ello así por cuanto las oportunidades –en sentido amplio– podrán ser aprovechadas en mayor medida por aquellas personas que cuenten con un nivel importante de recursos u ocupen espacios de poder, elementos que les permitirán acceder a sus objetivos y metas a través de diferentes canales de características irregulares.

En definitiva, y conforme a lo estudiado precedentemente, la corrupción funcional genera un Estado incompetente para dar adecuado cumplimiento a las funciones básicas relacionadas con la protección de la salud, educación, justicia y seguridad de los ciudadanos, a quienes, finalmente, tampoco puede garantizar igualdad jurídica.

En el marco de un Estado corrupto y débil lo primero que se pierde es precisamente la noción del bien común, resultando perjudicados los sectores más desprotegidos, cuyos integrantes deberían beneficiarse de esa actividad estatal, la cual no pueden reemplazar en forma privada por carecer de suficientes medios económicos. Por lo cual se verifica una flagrante vulneración de los Derechos Humanos básicos, circunstancia que será profundizada posteriormente.

Mientras se deterioran las condiciones de vida de los ciudadanos con menores recursos, mejoran las de quienes ya cuentan con una base de poder o riqueza. Esto genera un círculo vicioso, por cuanto aquellos que forman parte del sistema de los intereses privados, que reemplazaron al interés común, son los mismos que podrán acceder a nuevas oportunidades. Por supuesto, los sectores más vulnerables serán los que sufrirán en mayor medida los efectos negativos del esquema irregular. De allí que el denominado estado de corrupción –entre otras consecuencias– implique una vulneración directa de aquellos elementos que se dirigen al establecimiento de condiciones tendentes a la igualdad de oportunidades. Dichos elementos se encuentran constituidos por la educación pública, la atención médica gratuita, el acceso adecuado y eficiente a la justicia, entre otros; recursos todos ellos que no logran desarrollarse como consecuencia de los efectos que se derivan del establecimiento de un sistema estructural de corrupción.



Otro de los efectos negativos que se puede advertir es el relacionado con el entorpecimiento de ciertas políticas redistribuidoras impulsadas por el Estado. Es el caso, por ejemplo, de los sistemas de planes sociales que el gobierno pone en marcha a fin de paliar una circunstancial crisis económico-social. En tales supuestos, si el Estado pretendía a través de un determinado programa otorgar dichos planes con objetividad e imparcialidad para las personas que presenten mayor necesidad, aunque generalmente ninguno de estos programas sociales abarcan al total de los ciudadanos que necesitan sus servicios, la corrupción subvertiría en forma directa estos fines, ya que la asignación se producirá de acuerdo a criterios diferentes, tales como las relaciones personales o los sobornos, etc.<sup>218</sup>.

*f) Daños producidos en torno al sistema económico*

Cuando en un Estado se institucionalizan determinadas relaciones basadas en un sistema de corrupción administrativa, se genera un contexto adecuado para que en el mismo se establezcan y desarrollen diversas inversiones constituidas por capitales identificados como especuladores, generándose, como efecto natural, la expulsión de aquellos capitales genuinos dispuestos a invertir a largo plazo, y que son los que constituyen la base económica sobre la cual reposa el crecimiento y el desarrollo sustentable de toda nación, por lo tanto, el capital productivo adquiere un tono especulativo y el desarrollo económico y social enfrenta obstáculos que condenan directamente su evolución.

Es evidente que la configuración de un sistema económico corrupto resulta atractivo para el despliegue de conductas irregulares e incluso tipificadas penalmente, tales como el blanqueo de activos, el contrabando, la evasión

---

218 Otros ejemplos: MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 71/72, y ROSE ACKERMAN, ob. cit., pp. 16/17.

impositiva, y en general todas aquellas acciones identificadas bajo el concepto de criminalidad organizada, las cuales sólo pueden prosperar en el ámbito de lo subrepticio y del ocultamiento, siendo lógico entonces que al mismo tiempo dichas condiciones desalienten al capital acostumbrado a desenvolverse sobre la base de la profesionalidad e idoneidad.

La estructuración y desarrollo de los esquemas de corrupción afecta directamente la inversión en la economía de todo Estado y, en consecuencia, se transforma en una práctica negativa respecto de la evolución del mismo, no sólo en el plano económico, sino también político y social. Es dable concluir entonces que a largo plazo los altos índices de corrupción terminan degradando las posibilidades de crecimiento económico.

Así pues, se ha demostrado que aquellos países que lograron disminuir los niveles de corrupción, experimentaron una elevación en los índices de inversión y de desarrollo “per cápita”, aclarándose que ello no significa que países con alto nivel de corrupción gubernamental no reciban inversión extranjera, sino que la corrupción es tan sólo una de las variables que los inversores toman en consideración y, por lo tanto, un país con amplios márgenes de corrupción puede ser atractivo por su rentabilidad en virtud de otras variables. En concreto, significa que permaneciendo todos los factores restantes en niveles similares, los inversores honestos preferirán indudablemente un país con bajo índice de corrupción para llevar a cabo sus negocios<sup>219</sup>.

Ahora bien, en aquellos supuestos que los actos desviados se relacionan con las actividades mercantiles que necesariamente debe desarrollar el Estado, se producen efectos económicos negativos notables, tales como el aumento de los costos y precios de los bienes y servicios<sup>220</sup>, la imposición de barreras comerciales, la eliminación de la competencia, la evasión impositiva<sup>221</sup>, y la disminución de la

---

219 MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 177/181.

220 Las prácticas corruptas presentan un fuerte impacto sobre el costo y los precios de los bienes y servicios, aumentando en forma considerable dichos valores. Se puede advertir con claridad aquellos supuestos en donde luego de determinadas acciones tendentes a la disminución de los niveles de corrupción, dichos costos disminuyen de manera notoria. Acerca de ejemplos concretos ver MALEM SEÑA, ob. cit., p. 179.

221 Un caso paradigmático que refleja las pérdidas y daños económicos que este fenómeno es capaz de producir a las rentas públicas, es el supuesto de la corrupción que se genera en el ámbito de la aduana. Una de sus principales causas se origina en el intento por evitar demoras en el despacho. El costo de las demoras puede ser muy alto, especialmente para artículos perecederos o para mercancías vitales a proyectos con plazos de tiempo definidos. A raíz de los contactos repetidos que se verifican entre los comerciantes a gran escala y

inversión, entre otros; circunstancia que conduce a la desaceleración del crecimiento, provocando que las inversiones se dirijan hacia fines diferentes de aquellos relacionados con el interés general<sup>222</sup>.

En torno a la relación que existe entre la corrupción y la inversión pública, se ha observado que a partir de decisiones irregulares, los gobiernos se comprometen en proyectos extraordinarios (faraónicos) con fondos privados o de organismos de ayuda al desarrollo, los cuales dan origen a importantes cuotas de pagos indebidos en lugar de dedicar esos mismos recursos a tareas productivas.

Así, el estudio y análisis de la relación costo-beneficio, que debería llevarse a cabo en el marco de todo proyecto de inversión, deja de ser la base y guía rectora para un adecuado criterio de selección. Es evidente que cuanto mayor sea el precio a pagar, más alta será la comisión indebida a cobrar por parte de los implicados. Por esta razón, entre otras, la inversión pública tiende a aumentar en los países que registran altos índices de corrupción, pero dicha inversión se produce de manera improductiva o respecto de proyectos que generalmente no son concretados, abonando un precio mayor del que corresponde y apartando o retirando recursos de sectores necesitados o simplemente más productivos.

Una de las reglas generales imperante en un Estado corrupto será aquella que establezca que las acciones gubernamentales no se decidan en función de lo que resulta conveniente para la sociedad —es decir, para el bien común— sino de acuerdo al interés privado de los funcionarios corruptos. En tal sentido, por ejemplo, cuando se concede una licitación pública sin evaluar lo que resulte conveniente para el bien común y en lugar de ello se atiende al interés particular de ciertos agentes (*v.gr.*, a

---

los funcionarios de aduanas de mediano rango, se producen conductas relacionadas con el pago de dinero para acelerar operaciones, la extorsión y tarifas tributarias fraudulentas. Ello a su vez deriva en maniobras en las cuales pueden subvalorarse las exportaciones, clasificarlas en categorías tributarias más bajas o directamente “pasarlas por alto”. En consecuencia, los ingresos perdidos por el gobierno pueden alcanzar el 50% de la recaudación que legalmente debería percibir. Pero además otros efectos nocivos pueden derivarse a partir de los actos mencionados, y ello así por cuanto dichas conductas se relacionan en determinadas circunstancias con el contrabando de artículos nocivos para la sociedad, tales como sustancias estupefacientes y armamento (cfr. KLITGAARD, *ob. cit.*, p. 165). Por otra parte, subraya ROSE ACKERMAN (*ob. cit.*, p. 27) que la corrupción constituye un fenómeno que indudablemente produce como efecto un aumento en los índices de pobreza. En este sentido se refiere a estudios que demuestran que en los países en desarrollo la corrupción permite a los ciudadanos con mayores recursos evitar el pago de determinados impuestos, o al menos evadir un porcentaje de los mismos, situación que conlleva a que los sujetos menos pudientes contribuyan en un porcentaje mayor que las personas que se encuentran en una capa social más elevada (cfr. MALEM SEÑA, *ob. cit.*, p. 214).

222 MALEM SEÑA, *ob. cit.*, pp. 15 y 213.

partir de un acto de cohecho, donde no se selecciona a la empresa que otorga mejores servicios, sino a la que ofrece mayores sobornos), puede advertirse que el ciudadano sufre diferentes perjuicios. Uno es el dinero que en lugar de alimentar las arcas públicas se desvía hacia el patrimonio del funcionario involucrado en dicho acto ilegítimo. Puede identificarse un segundo elemento corrosivo, y es que la ciudadanía sufrirá durante un tiempo indeterminado las consecuencias de la decisión errónea que se adoptó, por ejemplo, un servicio público deficiente, o no tan eficiente como el que se podría haber obtenido con un procedimiento adecuado.

Como corolario de ello, si este tipo de actos se convierten en habituales, el Estado deja de orientar la economía y en su reemplazo aparecen la ineficiencia y el dispendio, entre otros elementos característicos del acto de corrupción estatal<sup>223</sup>.

Respecto al comercio internacional, la corrupción impone diferentes obstáculos a su desarrollo. Ello así por cuanto los sobornos suelen otorgarse con el objetivo de establecer determinadas relaciones monopólicas; los pagos indebidos –corruptos– tienen por objeto la exclusión del mercado de ciertas empresas competidoras. Exigir la exclusividad a través del pago de sobornos es habitual en el comercio transnacional, y al originarse dichas relaciones monopólicas se impide la diversificación de la oferta y la demanda, circunstancia que posibilita la alteración de los precios y provoca que el ciclo económico se modifique de manera artificial. Todo ello produce que el ciudadano –consumidor final– padezca los aspectos más perjudiciales de la operación corrupta.

Pero además, este tipo de corrupción ocurre generalmente junto a la realización de otros actos ilegales típicos, como el contrabando. La combinación contrabando-corrupción conlleva la producción de efectos nocivos a nivel económico como la fijación artificial de precios, el alejamiento del mercado de comerciantes honestos, el surgimiento y ampliación de mercados ilegales, la escasez o sobreabundancia de bienes de primera necesidad, etc. Asimismo, dicha situación se agrava cuando los responsables de maniobras de contrabando originan *estructuras paralelas* a las estatales con el apoyo de funcionarios corruptos, verificándose una situación en la cual los implicados se apropian literalmente de los mecanismos del

---

223 Con relación a este tema resultan por demás significativos los supuestos relatados por el Presidente de Transparencia Internacional, Peter EIGEN en su obra *Las redes de la corrupción*, ob. cit., pp. 31 y ss.

Estado en beneficio propio. Ello produce una notable disminución en la recaudación de recursos en concepto de tasas e impuestos, lo cual implica quitar la posibilidad de que los mismos sean derivados a la implementación de políticas sociales adecuadas o a generar alternativas destinadas a enfrentar las necesidades básicas de la población.

En palabras que atienden a la realidad italiana, pero que pueden ser referidas a países en donde se despliegan profundos y prolongados procesos de corrupción, FERRAJOLI señala que “(...) a la vista de las dimensiones alcanzadas por la corrupción y las colusiones del poder político (...) nuestro Estado es en realidad un doble Estado, detrás de cuya fachada legal y representativa había crecido un infame Estado clandestino, dotado de sus propios códigos y atributos, organizado en centros de poder ocultos, destinados a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas. Así pues, un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de Derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”<sup>224</sup>.

### C) Corrupción y derechos humanos

Si existen amplios sectores sociales postergados en sus demandas, si las instituciones políticas no constituyen estructuras capaces de representar a la ciudadanía, si el Estado no brinda beneficios sociales en forma efectiva, resulta inevitable que se incremente la vulnerabilidad del sistema político, y que con ello se ubique la gobernabilidad de un país directamente en una situación de riesgo, conflicto e inseguridad.

Sin lugar a dudas, la corrupción administrativa afecta de manera directa la gobernabilidad de los Estados, y constituye un fenómeno que impide garantizar el pleno cumplimiento de los diferentes Derechos Humanos, entre los cuales debe ser reconocido la existencia de un verdadero *derecho humano a la transparencia de los actos de gobierno*. De acuerdo a lo señalado, toda tarea destinada al contralor de

---

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi, *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 16, citado por VIRGOLINI, ob. cit., p. 257.

aquellos actos desviados en el marco de la Administración pública, requiere de manera indispensable la generación de mecanismos de control social; para ello, figuras como los observatorios y el Defensor del Pueblo se encuentran llamadas a cumplir un papel relevante en pos de alcanzar tal objetivo<sup>225</sup>. El desafío consistirá en regular la relación entre el Estado y la ciudadanía bajo criterios de transparencia, igualdad de oportunidades y responsabilidad, pero además fortalecer el rol de la sociedad civil en el control de las políticas públicas.

### ***1. Participación de la sociedad civil. Observatorios***

La creación de los observatorios es un fenómeno relativamente reciente, caracterizándose los mismos por ejercer una tarea de evaluación permanente y sistemática respecto de una situación o de un fenómeno dado. Se trata de organismos auxiliares, colegiados y de integración plural, capacitados para facilitar una mejor información a la opinión pública y propiciar la toma de acciones concretas por parte de las autoridades responsables.

En este sentido, se constituyen en instituciones que refuerzan el sistema democrático y la práctica de los derechos y las libertades, promoviendo de este modo la adyacencia entre los ciudadanos y sus autoridades. Dicha institución puede constituir el marco adecuado para desempeñar una función relevante como órgano

---

225 A fin de ejemplificar la importancia que pueden asumir figuras como las referidas en esta oportunidad, resulta interesante señalar que con motivo de la aprobación de la resolución 2000/66, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, durante los días 8 y 9 de diciembre de 2000 tuvo lugar en Ginebra un Seminario de Expertos sobre los Derechos Humanos y la Paz, orientado al debate y fomento de medidas relacionadas con la promoción de los Derechos Humanos y la educación para desarrollar una cultura de paz. Una de las principales conclusiones alcanzadas en el Seminario fue que el pleno respeto de los Derechos Humanos supone la introducción de leyes coherentes, la creación de instituciones específicas y permanentes y la elaboración de políticas firmes apoyadas por las redes educativas y por la sociedad civil. En relación con ello se destacan las siguientes propuestas: (I) Establecer una amplia alianza entre organismos públicos, organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, universidades y el sector privado para garantizar una mayor eficacia de las actividades encaminadas a la promoción y a la exigencia del respeto de los Derechos Humanos. (II) Establecer una red de observatorios del desarrollo humano y de los Derechos Humanos. Estos observatorios, concebidos como organismos de cooperación entre los distintos sectores y colectivos afectados (organizaciones de la sociedad civil, instituciones oficiales relacionadas con estos temas fundamentales, universidades y centros de investigación, etc.) pueden servir tanto para: (a) la creación de bases de datos e indicadores sobre un conjunto seleccionado de Derechos Humanos que han de ser objetos de vigilancia; (b) actuar como sistemas de alerta temprana de la conculcación de aquellos; y (c) fortalecer importantes vínculos con las instituciones estatales, autonómicas y locales -como las fiscalías, los juzgados y tribunales y los Defensores del Pueblo- a fin de favorecer el seguimiento por parte de la sociedad del funcionamiento de los gobiernos y la eficacia de sus políticas.

anticorrupción, al poder desarrollar de manera sistemática una actividad de control respecto de la ética pública y de la transparencia en los actos de gobierno, operando como instituciones de control respecto de la ejecución de las políticas públicas, pero fundamentalmente sobre actos irregulares identificados bajo el concepto de corrupción estatal.

Todo ello debe ser interpretado de acuerdo al contenido que en la actualidad se atribuye al concepto de gobernabilidad, el cual implica el necesario cumplimiento de cuatro condiciones básicas: (a) participación amplia de la sociedad civil; (b) eficiente control de la corrupción administrativa; (c) desarrollo sustentable y (d) pleno respeto de los Derechos Humanos. Es evidente que todo estado de corrupción administrativa resulta incompatible con el adecuado cumplimiento de las mismas, constituyendo una concreta amenaza a la gobernabilidad de las naciones.

En ese marco, concebidos como nuevas instituciones públicas o de la sociedad civil, los observatorios deben ser considerados como figuras idóneas para contribuir al fortalecimiento de las instituciones cuyo objetivo se relaciona directamente con la búsqueda de un nivel más adecuado de gobernabilidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el desarrollo sustentable y el control de los sistemas de corrupción administrativa<sup>226</sup>.

Sin perjuicio de los diferentes y complejos factores que influyen respecto de la corrupción, cabe afirmar que el control de la misma requiere de manera necesaria alcanzar la concurrencia simultánea de tres actores fundamentales como son el Estado, las empresas y la sociedad civil, unidos en un lugar común desde el cual expresen su pensamiento y posición respecto de esta temática particular, exhiban

---

<sup>226</sup> Para conocer las características y finalidades que guían la estructura de los observatorios seguiremos el trabajo publicado por el Dr. Jorge Luis MAIORANO, *Democracia, gobernanza y bienestar en las sociedades globales* y su Ponencia sobre “Los Observatorios de Derechos Humanos como forma de control de las políticas públicas y fortalecimiento de la sociedad civil”, que han sido publicados en [www.observatoriodelosderechoshumanos.org](http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org). Cabe señalar que el Dr. MAIORANO ha sido el fundador, y actualmente presidente, del “Observatorio de los Derechos Humanos”, institución creada bajo la forma jurídica de fundación, es decir, como una Organización No Gubernamental destinada a la protección y fortalecimiento de los derechos fundamentales. Sin duda, dicha iniciativa ocupa un rol modelo en el país, y nos impulsa a reflexionar acerca de la necesidad de contar con un “Observatorio de ética pública y transparencia en los actos de gobierno”, institución que resultaría útil y eficaz respecto de aquella tarea relacionada con la impugnación de los actos y sistemas de corrupción, ello al estimular la participación activa de la sociedad civil como agente de contralor de los actos de gobierno.

las estrategias previstas y brinden información a los ciudadanos sobre las acciones concretas desarrolladas en tal sentido<sup>227</sup>.

Ya sea dentro de la estructura del Estado o como organizaciones de la sociedad civil, los observatorios pueden contribuir a generar las vías adecuadas para que exista una mayor participación ciudadana, lo cual se traducirá en una situación que exhibirá niveles más adecuados de control respecto de la función pública, permitiendo, en definitiva, alcanzar índices de mayor transparencia en los actos de gobierno.

## 2. *Defensor del Pueblo*<sup>228</sup>

Al momento de su fundación –cuyo modelo originario fue creado en Suecia en el año 1809<sup>229</sup>–, el Ombudsman se instituyó como un delegado parlamentario ante quien se presentaban quejas por el mal funcionamiento administrativo (control de legalidad, discrecionalidad y arbitrariedad), situación que se mantuvo aproximadamente hasta 1975. Luego de la II Guerra Mundial, y una vez materializado el proceso de reconocimiento internacional de los Derechos

---

227 Con igual criterio, afirma Peter EIGEN (ob. cit., p. 246) que “...debemos crear coaliciones a partir de ese poderoso triángulo formado por el Estado, la economía y la sociedad civil, para encontrar soluciones justas con todas las partes implicadas”.

228 Seguiremos como referencia la obra del Dr. Jorge Luis MAIORANO, *El Ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Editorial Macchi, 1987, 1° edición, 1 tomo y la 2° edición, 4 tomo, Buenos Aires, Editorial Macchi, 1999, y su artículo “Los desafíos del Ombudsman en el mundo y en la Argentina”, publicado en [www.observatoriodelosderechoshumanos.org](http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org).

229 Entre los elementos principales que caracterizaban al Ombudsman originario, se señalan la informalidad para la presentación de las quejas, el carácter no vinculante de sus resoluciones, las amplias facultades de investigación, y un sistema de rendición de cuentas -anual- ante el parlamento.



Humanos, la defensa y protección de los mismos fueron delegadas por el Estado a figuras como el Ombudsman u organismos equivalentes<sup>230</sup>.

Esta figura se ha universalizado, observándose su institucionalización en países de América Latina, Europa Oriental, África y paulatinamente en Asia, demostrando ser un elemento destacable como mecanismo de control democrático sobre la burocracia, los actos de corrupción en la función pública, y como un medio de protección de los Derechos Humanos.

A fin de enmarcar su función, debemos señalar que dicha institución persigue la tutela y promoción de los derechos y libertades fundamentales de toda persona, y es por ello que su objetivo por controlar los actos de la Administración no se limita sólo a la fiscalización de los hechos diarios y rutinarios de la tarea administrativa, sino también respecto a las decisiones de autoridades, entes públicos o empresas privadas que prestan, bajo un régimen de permiso, concesión o licencia, actividades calificadas como servicios públicos.

El *Ombudsman* está llamado actualmente a cumplimentar una función relevante y diferente al de su modelo originario, y ello así por cuanto el escenario mismo se ha modificado. La tarea fundamental de este organismo se dirige en la actualidad a la protección de los Derechos Humanos en general y a la consolidación de un estado de paz duradera<sup>231</sup>, adquiriendo un rol destacado con relación al resguardo de los derechos denominados de tercera generación o derechos de solidaridad, los cuales no presentan como titulares a personas individuales sino a la comunidad en general; en ese marco se instaura el denominado *derecho a la transparencia en los actos de gobierno*<sup>232</sup>.

Sin lugar a dudas, dicha institución ejerce el rol de mediador entre las necesidades de los ciudadanos y sus autoridades, constituyéndose en un valioso instrumento de diálogo entre los miembros de la comunidad y los funcionarios, que

---

230 Esta circunstancia se advierte claramente en ejemplos como el Proveedor de Justicia portugués (1975) y el Defensor del Pueblo español (1978), organismos que asumieron funciones mucho más amplias y trascendentes que las dispuestas en el modelo originario.

231 Así lo ha reconocido la UNESCO al señalar que los ombudsman se constituyen en actores principales del respeto a los derechos y obligaciones de los seres humanos y agentes multiplicadores de la cultura de la paz que permiten superar los estados de inseguridad y violencia que obstaculizan la consolidación de la paz duradera (cfr. MAIORANO: Los desafíos..., loc. cit.).

232 Cfr. MAIORANO, "Los Observatorios...", loc. cit.; y MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico, *Enriquecimiento ilícito*, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, pp. 22/23.

le permite actuar contra los actos abusivos e irrazonables del poder público, circunstancia que lo ha llevado a constituirse en un verdadero órgano anticorrupción.

La realidad actual, caracterizada por la existencia de situaciones que afectan y dañan el tejido social como los conflictos étnicos, violencia, degradación del medio ambiente, pobreza, marginalidad, superpoblación, migraciones, flagrantes desigualdades sociales, corrupción estatal con su efecto erosivo sobre las democracias y la gobernabilidad de los Estados son algunas de las cuestiones que impiden el adecuado respeto y cumplimiento de los Derechos Humanos. Por ello el *Ombudsman* está llamado a cumplir un rol preponderante a fin de colaborar en la superación de dichos flagelos, teniendo como objetivo esencial la defensa y protección del ciudadano.

Es también un signo de identidad democrática, un instrumento de participación ciudadana, un medio de legitimación cotidiana de las instituciones estatales, una forma de recrear la confianza de la ciudadanía en dichas entidades, un instrumento ágil, diferente, informal e inmediato para defender los Derechos Humanos, en definitiva, un medio adecuado para concienciar al poder público acerca de las verdaderas necesidades y carencias de una sociedad. En ese marco, debemos subrayar la importancia que la figura asume como órgano anticorrupción, ya que será un eficaz controlador de los actos de gobierno limitando las posibilidades de desarrollo y ejecución de los sistemas de corrupción. Por ello es fundamental que la ciudadanía asuma la responsabilidad que le compete, ya que su participación y denuncia dará lugar a la intervención de este órgano en la búsqueda de la solución adecuada.

Con relación a nuestro tema objeto de estudio, cabe observar que el Defensor del Pueblo avanza hacia el control social donde la opinión pública se convierte en “sombra ética del poder”. De esta manera, contribuye a afianzar el sentido de la responsabilidad cívica al posibilitar que los ciudadanos cuenten con una vía adecuada para ejercer el contralor de los actos de gobierno, limitando de esa manera la generación de aquellas condiciones que derivan en conductas de corrupción estatal. Además, en la actualidad el *Ombudsman* se presenta como eficaz custodio de los intereses colectivos o difusos siendo que la “transparencia en

los actos de gobierno” constituye, a nuestro entender, un verdadero derecho clasificado dentro de esta categoría.

Conforme surge del artículo 86 de la Constitución Nacional, en Argentina la institución tiene dos objetivos principales:

(a) Presenta la función de proteger y tutelar los derechos humanos y los demás derechos y garantías previstas en la Constitución, los Tratados Internacionales y leyes, con especial referencia a los derechos que protegen el medio ambiente, a la competencia, a los usuarios y consumidores, los derechos de incidencia colectiva y contra todo tipo de discriminación.

(b) Como correlato indispensable para el ejercicio de esa tarea despliega también el control de las funciones administrativas públicas (quedando incluidas las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicio); a través de ese control se observa decididamente su rol como órgano anticorrupción.

Respecto a las particularidades y características que asume la figura en la Argentina<sup>233</sup>:

1) La Constitución Nacional adoptó el organismo del Defensor del Pueblo según la versión clásica (modelo parlamentario), y lo ha caracterizado como una institución no integrante del gobierno. Si bien constituye una autoridad de la Nación, es decir, una institución de la República, el legislador constitucional lo ha ubicado en una posición de resguardo respecto de los intereses y conveniencias políticas circunstanciales.

2) El Defensor actúa con absoluta independencia funcional. Es designado y, eventualmente removido por el Congreso Nacional, pero desarrolla sus funciones con plena autonomía. Cuenta con servicio administrativo y financiero propio, administra su presupuesto y designa y remueve su personal.

3) Su titular tiene las mismas inmunidades que los legisladores. En tal sentido, la inmunidad de opinión resulta fundamental para su labor ya que será esa opinión

---

233 Cfr. MAIORANO, *Los desafíos...*, loc. cit.

crítica, manifestada en recomendaciones, advertencias, sugerencias, recordatorios de los deberes legales, la expresión concreta de su “magistratura de persuasión”.

4) Las actuaciones tramitan mediante un procedimiento sumario particular, caracterizado por su agilidad y rapidez. Dicho trámite exige mínimos recaudos para la presentación de una queja –nombre, apellido, domicilio y firma del interesado–. No se exige patrocinio letrado, el pago de ninguna tasa especial, ni la acreditación de algún derecho subjetivo o interés legítimo. Sólo se requiere que el interesado tenga algún tipo de relación con la cuestión planteada.

5) No sustituye ni suple la responsabilidad de las respectivas autoridades competentes, ya que dicha institución no fue concebida para brindar auxilio directo ante necesidades concretas. Empero, sí puede lograr que los organismos competentes atiendan esos reclamos, que se aplique la legislación vigente y que se modifiquen prácticas o conductas administrativas irregulares.

6) Es una institución que representa los intereses y derechos de los quejosos individuales o colectivos ante la Administración, y que, eventualmente, acude ante la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y para efectivizar su función de control de legalidad.

7) No debe sustituir ni competir con los órganos y procedimientos tradicionales, ya sean administrativos o judiciales. Por ello, la ley orgánica del Defensor del Pueblo establece que no puede dar curso a una queja cuando, respecto de la cuestión planteada, se encontrare pendiente resolución administrativa o judicial. En el mismo sentido, deberá suspenderse la tramitación de la queja si el interesado interpusiere posteriormente algún recurso administrativo o acción judicial.

8) Carece de facultades para revocar actos, modificarlos o sustituirlos; opera desde el plano del reproche moral al recomendar, exhortar, advertir y recordar el incumplimiento de los deberes legales de los funcionarios.

9) Cuenta con la facultad de peticionar informes a todas las autoridades de la Administración, incluso a los responsables de empresas prestatarias de servicios públicos, quienes están obligados a responder sus requerimientos en un plazo

máximo de 30 días hábiles, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia.

10) Debe presentar anualmente ante el Congreso un informe dando cuenta de las actuaciones que tramitaron ante dicha institución y el resultado de las mismas.

11) El artículo 86 de la Constitución Nacional otorga al Defensor del Pueblo la debida legitimación procesal, la cual resulta ejemplificada por el artículo 43 del mismo cuerpo normativo, que faculta a dicha institución para interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, como así también, en cuanto a los derechos de incidencia colectiva en general.

En virtud de todo lo manifestado, la contribución más significativa que puede realizar esta institución es proteger y defender cotidianamente los Derechos Humanos. En esa inteligencia resulta destacable la función que este organismo posee con relación a la defensa del “derecho a la transparencia en los actos del gobierno”, erigiéndose como un verdadero órgano anticorrupción que contribuye al fortalecimiento de la sociedad civil, propugnando su participación y colaborando en definitiva para alcanzar un nivel adecuado de gobernabilidad.



# **CAPÍTULO III**

## **FUNCIONARIO PÚBLICO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **I.- Breve reseña histórica**

Los funcionarios públicos son agentes fundamentales en la estructura jurídica estatal, es decir, dentro de la Administración Pública, entendida en un sentido amplio

–poder ejecutivo, legislativo y judicial– con roles específicos asignados y por los cuales debe responder, pero esto no fue siempre así.

La Administración y el funcionario público como los entendemos en la actualidad son figuras que surgen con el nacimiento del Estado-Nación; toda vez que al surgir un sistema político-legal nuevo, apareció un nuevo tipo de organización y diversos agentes que tuvieron diferentes funciones dentro de la incipiente burocracia estatal. Esta génesis es la que provocó la sanción de nuevas figuras cuyos sujetos activos serán los funcionarios en cuestión.

El nacimiento de los Estados liberales, con una nueva concepción del aparato estatal, se produce a partir de la transformación de las estructuras sociales y jurídicas que se dan a fines del siglo XVIII. Los hechos trascendentes que marcan el inicio de dicha transformación son las revoluciones inglesas de 1648 y 1688, la estadounidense de 1776 y la francesa de 1789.

La transformación de las estructuras jurídicas y sociales trajo consigo la desconcentración del poder en manos del monarca, para dar paso al sometimiento, control y sujeción de dicho poder a la ley. La consecuencia directa de dicha desconcentración fue el abandono de la administración pública al servicio del rey (siglos XV al XVIII) para dar lugar a una administración al servicio del Estado, en la cual, como afirma BAENA DE ALCÁZAR, la obediencia a la idea del Estado y no a una persona física concreta sitúa a partir de ese momento en una posición de independencia relativa a los funcionarios,<sup>234</sup> generando así la progresiva creación de los Estados de Derecho.

La Revolución francesa resulta fundamental para comprender la concepción moderna del funcionario público, ya que introdujo el principio de sumisión a la ley en claro contraste con la etapa anterior, que dicha sumisión era debida en principio a los señores feudales y después al monarca. Así pues, la evolución de la administración pública francesa bajo el concepto de igualdad, legalidad y libertad, demarcará el nuevo paradigma que permitirá ya avanzado el siglo XIX la creación de cuerpos cohesionados dentro del Estado provistos de estatutos que fijarán reglas de actuación,

---

234 BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1996, vol. I, p. 100, cit. por ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, 4ª ed., pág. 118, Ed. Grijley, Lima, 2007.



permitiéndoles ascender en la escala piramidal administrativa en base al mérito y al profesionalismo<sup>235</sup>.

Con el desarrollo del Estado democrático, la función pública se diversifica y crece, además su sometimiento a la ley supone inevitablemente la creación de legislación que la regula hasta llegar, en un proceso que continúa en la actualidad, a estar contemplada dicha función en diferentes leyes fundamentales, como es el caso de la Constitución española de 1978 236.

## **II.- Relación entre autoridad y funcionario público**

Para comprender dentro del ámbito penal el alcance del concepto de funcionario público, antes es necesario delimitar cuál es el alcance del concepto de autoridad dentro de la Administración pública.

### **A) Concepto de autoridad**

El Código Penal español, en su artículo 24, párrafos 1 y 2, dispone:

*“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*

---

235 ROJAS VARGAS, Fidel, ob. cit., pág. 120.

236 Art. 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Art. 103.3 CE: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

*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”.*

Tal como expresa POLAINO NAVARRETE, siguiendo a ORTS GONZÁLEZ, el concepto en materia penal de autoridad se configura conforme a un requisito de competencia objetiva, el que se encuentra expresado legalmente por las facultades de “tener mando o ejercer jurisdicción propia”. De esta manera, el ejercicio de las facultades decisorias la autoridad las puede realizar por sí solo o como individuo de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado<sup>237</sup>.

El concepto de *Corporación* en el ordenamiento penal comprende el conjunto de “instituciones, sociedades, asociaciones, colectividades y entidades de carácter jurídico-público”. Aquí POLAINO NAVARRETE hace una interesante observación, cual es la de excluir a los entes colegiados que, “conforme su naturaleza, constituyan Tribunales judiciales o administrativos...”, ubicándolos por su carácter específico dentro del concepto de Tribunal<sup>238</sup>. Lo que la norma entiende por “Tribunal”, se encuentra delimitado a una específica categoría de corporaciones que posee naturaleza propia, estructura y asignación funcional de competencia para entender en litigios o en su caso juzgar tanto en sede administrativa como penal. La expresión *Órgano Colegiado* aparece como imprecisamente incorporada al Código Penal de 1995, toda vez que analizada individualmente, podría entenderse que tanto un Tribunal o una Corporación no fuesen órganos colegiados, cuestión que no es correcta. Por otra parte, en términos penales estos últimos (Corporación o Tribunal) son considerados órganos colegiados por antonomasia<sup>239</sup>.

En el caso del Tribunal, de los que hay unipersonales, por lo que la actuación de persona que lo integra, se encontraría ya comprendida en el término “autoridad”. Resulta adecuada la observación efectuada por POLAINO NAVARRETE, seguida por

---

237 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 272; ORTS GONZÁLEZ, María Dolores Soledad, “El delito de usurpación típica de funciones públicas”, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1987, p. 62.

238 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 272.

239 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob., cit., pág. 272.

la doctrina en cuanto a que “lo más correcto habría sido que el código de 1995 hubiera hecho referencia, para reputar a un individuo de autoridad, a toda persona a la que la ley confiere las facultades decisorias en la cosa pública, bien actuando individualmente por sí sólo, bien como miembro de alguna corporación, tribunal o cualquier otro órgano colegiado<sup>240</sup>.

En cuanto al término utilizado por la norma “tener mando”, resultan relevantes los conceptos que sobre el respecto vierte QUERALT, en cuanto a que, si bien cierto sector doctrinal [COBO DEL ROSAL, DEL TORO] establece la nota de coerción como característica de mando, en el desarrollo de esta idea se concluye como más acertada que la autoridad exige conceptualmente obediencia. Así entonces debe decirse que, cuando el tipo habla de mando, el mismo puede entenderse como la potestad para reclamar obediencia. Así también afirma QUERALT que “lo que distingue, en definitiva, al funcionario constituido en autoridad del simple funcionario es que el primero está investido de mando o ejerce una jurisdicción, individualmente o como miembro de una corporación o tribunal”<sup>241</sup>.

Cuando se habla de “ejercer autoridad propia”, se debe interpretar como la facultad de conocimiento que se tiene en aquellas cuestiones o asuntos que resultan ser sometidos por el ordenamiento jurídico a la competencia de la autoridad, para resolverlos conforme a la legislación vigente en la materia <sup>242</sup>. En este sentido, QUERALT considera, siguiendo a DEL TORO, que “no ha de entenderse por jurisdicción únicamente la función de juzgar. Se entiende en efecto, algo más, a saber, la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que implique la aplicación del Derecho objetivo” <sup>243</sup>.

Pero debemos hacer una aclaración para distinguir el concepto de “agente de la autoridad”, que no debe confundirse con el de autoridad; el agente de la autoridad resulta ser un colaborador funcional de la autoridad a la cual le presta

---

240 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 273.

241 QUERALT, JOAN, “El Concepto penal de funcionario público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 27, Madrid, 1985, págs. 494/495. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 274.

242 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 274.

243 QUERALT, ob. cit., p. 498.

colaboración, sin que necesariamente deba ostentar la cualidad de funcionario. Así cabe diferenciar, como hace POLAINO NAVARRETE, al “agente de la autoridad”, del “funcionario”, toda vez que la primera presta colaboración a la autoridad, mientras que el funcionario participa *per se* en el ejercicio de la función pública. No implica que el agente de la autoridad no pueda ser funcionario público, pero para este caso deberá encontrarse investido de ese carácter por alguna de las fuentes legales que le confieran el carácter referido<sup>244</sup>.

## **B) Concepto de funcionario público**

Resultan coincidentes tanto la doctrina como la jurisprudencia en cuanto a que la condición de funcionario público es adquirida cuando confluyen dos requisitos: el primero de ellos es de carácter subjetivo, referido a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona mientras que el segundo es de carácter objetivo, que resultaría ser la efectiva participación en la función pública<sup>245</sup>.

También resultan concordantes la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la noción penal de funcionario público es más amplia que la que suministra el derecho administrativo y ello es así en fundamento a que el Derecho Penal le brinda protección a la función pública, traspasando el campo netamente administrativo. En este sentido también expresa: “El consenso doctrinal y jurisprudencial es por tanto absoluto, no existe un concepto de funcionario

---

244 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, siguiendo a ORTS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. Dolores Soledad, ob. cit., pág. 274.

245 Cfr. VALEIJE, Inmaculada, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público. función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup>. 62, Editorial EDERSA, Madrid, 1997, p. 446.

aplicable a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, puesto que el elaborado por el Derecho Administrativo no tiene trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera penalmente que el sujeto activo es el funcionario público”<sup>246</sup>.

Ahora bien, se ha considerado, y no por un porcentaje menor de la doctrina que, conforme se desprende del propio artículo 24 del Código penal español, es funcionario público “*todo aquel que participa de las funciones públicas*” con independencia de la existencia o no de un título oficial de incorporación, de cuál sea la índole o la finalidad de las funciones que la persona desempeña.

VALEIJE también considera, en referencia a lo expuesto sobre el funcionario y las funciones públicas que “las consecuencias de semejante entendimiento no se hacen esperar, y así de inmediato se desprende que la existencia de una participación excepcional o singular en el ejercicio de la función pública es criterio suficiente para atribuir la calidad de funcionario a efectos penales, atendiendo solamente a dicho ejercicio (...) La noción de funcionario público se define por tanto, mediante el reenvío al concepto de función pública, transformando la tarea hermenéutica en una tautológica o en un mero juego de intercambio de palabras”<sup>247</sup>.

Además, como considera POLAINO NAVARRETE siguiendo a COBO DEL ROSAL, “la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas”<sup>248</sup>.

En el mismo sentido, ROCA AGAPITO ha manifestado que el concepto penal de funcionario, no resulta ser 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) no es suficiente, sino que se precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas”.

---

246 Cfr. VALEIJE, ob. cit., p. 447.

247 Cfr. VALEIJE, ob. cit., p. 449.

248 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 275.

Se trata así de un concepto funcional, ello toda vez que lo fundamental es participar en el ejercicio de funciones públicas 249.

Sin embargo cuando se habla de participación en el “*ejercicio de funciones públicas*”, lo que la ley exige es algo más que un mero participar, pudiendo a los efectos penales el “*participar*” ser equivalente a “*ejercer*”. Así, OCTAVIO DE TOLEDO considera que “(...) ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función...”<sup>250</sup>. VALEIJE hace una interesante conclusión en cuanto al concepto del término funcionario público, considerando que en el ámbito penal lo son no todas aquellas personas que participan en las funciones públicas sino sólo “aquellas que al amparo de una relación jurídica previa establecida con arreglo a algunos de los títulos que enumera el párrafo 2º, del artículo 24 del Código Penal español, imputan directamente su actividad al Estado, concluyendo que es funcionario público, desde el punto de vista penal, “todo aquel que está incorporado a la organización burocrática del Estado.

“El concepto penal de funcionario puede sintetizarse del siguiente modo: si, penalmente, por una parte se requiere la existencia de un sujeto activo de una base legal o un título jurídico que legitime su acceso al “ejercicio de funciones públicas” y, por otra, que esta “participación sea efectiva”, es decir, que contribuya a la formación o al desarrollo de la voluntad estatal (en cualquiera de sus esferas: estatal, autonómica o local), y si además, ninguno de los dos componentes de la definición legal pueden darse por separado, entonces se puede afirmar que no estamos en presencia de dos requisitos para adquirir la condición de funcionario, sino que ambos convergen en uno, cual es la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal”<sup>251</sup>.

En la doctrina italiana resulta completa la opinión de RANIERI, en cuanto considera que funcionario público es aquel “empleado del Estado o de otra entidad

---

249 ROCA AGAPITO, Luis, “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, págs. 61 y sig. en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, III, Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.), Ed. Tirant Lo Balnch, Valencia, 2013.

250 OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 139. Así también considera que “la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo, en cambio, el ejercicio de tal función sí impone el ejercicio del cargo”.

251 VALEIJE, ob. cit., p. 493.

pública o también la persona, aun privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin inmediato, por ejemplo la actividad legislativa y judicial, sea como fin mediato, por ejemplo la actividad administrativa. Y, por consiguiente, que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no sólo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo (por ejemplo senadores, diputados, etc.) o de la jurisdicción (ej.: magistrados, secretarios, funcionarios judiciales, testigos, peritos, etc.), sino también los sujetos, ya sean órganos del Estado o de otras entidades públicas, ya sean personas privadas que desarrollan una función en el ámbito de la Administración, con tal que esté dirigida a proveer a la satisfacción de necesidades de la vida del Estado o de otra entidad pública (por ejemplo prefectos, alcaldes, militares, agentes de la fuerza pública, etc.)”. Por último, expresa que se encuentran comprendidos en esta categoría “los particulares que ejercen funciones públicas, puesto que, aunque obran en nombre propio, no obstante desarrollan una actividad dirigida a satisfacer las necesidades que pertenecen a la vida del Estado o de otras entidades públicas”<sup>252</sup>.

En el ordenamiento penal alemán y conforme las últimas modificaciones efectuadas en cuanto a los §§ 298, 299, 300, 301 y 302, así como el tratamiento de los §§ 331-334 (corrupción de funcionario público)<sup>253</sup>, en relación con el § 11.2 c), funcionario es alguien que “es nombrado como autoridad administrativa, con un puesto o con una misión en la Administración Pública independientemente de su organización”<sup>254</sup>.

Conforme lo establece el artículo 24. 2, se considerará *funcionario público*, todo aquel que a) “*por disposición inmediata de la ley*”, b) “*por elección*” y c) “*por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones pública*”<sup>255</sup>.

---

252 RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pp. 237/238.

253 Vid. DÖLLING, Dieter, *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, ZStW 112, 2000, pp. 334/355.

254 TONIO, Walter, *Reformas en la Legislación penal y procesal (1997-2000)*, Rev. La Ley, N° 8, Julio de 2001, Madrid, 2001, p. 132.

255 Conforme considera POLAINO NAVARRETE, los modos a que hace referencia el art. 24.2, son títulos constitutivos de la cualidad de funcionario: “sólo puede ser tal a efectos penales quien cumpla, en cada caso concreto de ejercicio de su actividad, la base legal exigida” (ob. cit., pág. 275).

Resulta necesario efectuar las respectivas aclaraciones de los ítems en cuestión y mencionados precedentemente. Se debe descomponer en dos el ítem a), en primer lugar para establecer qué se entiende por “ley” y en segundo término para establecer a qué se refiere la norma cuando expresa “*disposición de la ley*”.

Sobre el sentido que se ha querido dar a la acepción ley, existen dos interpretaciones, por un lado el sentido estricto por el que se inclina el sector mayoritario de la doctrina, y por otro lado el sentido amplio.

Los que entienden el concepto ley en sentido estricto como RODRÍGUEZ DEVESA, consideran que cuando el legislador habla de “ley”, se está refiriendo a “*norma con rango de ley jurisdiccionalmente inmune*”<sup>256</sup>.

Los que están de acuerdo con el criterio amplio que debe otorgársele a la acepción ley, consideran que dentro de la “*disposición inmediata de la ley*”, deberán incluirse las contenidas en reglamentos o disposiciones de rango inferior<sup>257</sup>.

Así las cosas el derecho penal peruano ha desarrollado sistemáticamente el tema que hace al concepto de funcionario público. Se observa que el primer gran problema técnico que se presenta es el de la definición del concepto “funcionario público”, pues muchos tipos penales se refieren a él. En estos casos se trata de una problemática conocida en la doctrina bajo el concepto de los delitos especiales, o sea de aquellos tipos penales donde ya de lege lata solamente pueden ser autores del delito un grupo limitado de sujetos que reúnan las características señaladas. En el caso de los delitos contra la administración pública, se trata de sujetos que tengan la característica de ser “funcionarios públicos”.

El concepto penal de “funcionario público” no es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho administrativo, laboral o constitucional. Como la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico “funcionamiento de la administración pública” en el sentido de que sea considerado “funcionario público”

---

256 VALEIJE, ob. cit., p. 451. Cita al sector mayoritario, considerando la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA en cuanto a que “la condición de funcionario no se adquiere, si no es por una disposición expresa de la ley, no bastando que así se declare en un reglamento, bando o cualquier otra disposición con rango inferior...”.

257 Cfr. VALEIJE, siguiendo a DEL TORO MARZAL, ob. cit., pág. 451.



todo aquél que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento; o sea que ejerza una “función pública” y que haya “accedido” a ella de cualquier forma legítima.

Usualmente los Códigos penales prevén una definición más o menos detallada del “funcionario público”. En el caso peruano, en el art. 425 se prevé una lista de casos específicos con una cláusula final que permite a la Constitución y las leyes introducir otros casos de “funcionario público” en sentido penal (numeral 6).

Aparte de los casos coincidentes con las áreas extrapenales (los comprendidos en la carrera administrativa, los administradores y depositarios de caudales embargados, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales), el art. 425 prevé dos supuestos particulares. El primero es el de aquellos que “ejercen cargos políticos” y los “funcionario de confianza” (numeral 2), pues, aunque estos no entren dentro de la carrera administrativa, tienen aquella posición especial que los hace sujetos idóneos del mayor reproche penal que presuponen los tipos especiales de los delitos contra la administración pública. El caso más polémico es, sin embargo, el de empleados de empresas públicas que, aunque estén bajo el régimen laboral privado, ejerzan allí funciones públicas (numeral 3). Este caso extiende al máximo el elemento “acceso” a la función pública, pues basta con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función pública, sin que haya existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la función. Sin embargo, en los momentos actuales en los que el Estado tiende a “privatizar” una serie de actividades, dejándolas en manos de empresas privadas, resulta imprescindible para la labor protectora del bien jurídico, incluir estos casos dentro del concepto penal de “funcionario público”.

Constituye una tendencia actual en la doctrina y legislación penal trabajar con un concepto amplio de “funcionario público”. Por cierto que la técnica legislativa puede variar. Así, el CP español prevé una “cláusula amplia” a la manera de una regla interpretativa que distingue entre “autoridad” y “funcionario público”, en función de si el sujeto tiene “poder de mando y jurisdicción” o no.

El Código Penal alemán también es relativamente amplio (§ 11, numerales 2 y 4 StGB), pero, a diferencia de la mayoría de las legislaciones penales, excluye del concepto de “funcionario público” a los miembros del Parlamento, quienes, por

eso, no entran dentro de los tipos de “cohecho”. Para estos se ha previsto una figura específica: el denominado “cohecho de parlamentarios” (§ 108e StGB), el cual solamente se refiere al caso de aquél que “intenta” comprar o vender votos (tipo de “emprendimiento”) para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales.

Esto último merece un análisis breve. En la mayoría de los países el parlamentario también suele ser considerado “funcionario público” en sentido penal, y puede ser abarcado por los tipos “comunes” de cohecho pasivo, aunque en la práctica esto sea muy difícil. Por un lado, aparte de casos muy concretos (p. ej. la votación en el Congreso) no está claro cuándo el funcionario público ha “vendido” la actividad funcionarial, y por otro lado no siempre aparece tan clara la “ventaja” obtenida por éste. Aquí se debe trabajar más en una mejor regulación de las normas parlamentarias y electorales, exigiendo, p. ej., determinados requisitos en los candidatos (reglas sobre incompatibilidades) y parlamentarios (prohibición de “transfuguismo”, transparencia de la actividad parlamentaria, control de los *lobbies*) y previendo algunas consecuencias en caso de incumplimiento (sanciones de todo tipo hasta la exclusión de la función parlamentaria), así como una mejor regulación del “levantamiento de la inmunidad parlamentaria”.

Esto no quiere decir que no sea posible un “cohecho de parlamentarios”; es más, dada la elevada función que estos cumplen, una “venta de la función parlamentaria” resulta incluso más grave que la compraventa de cualquier otra función pública. El modelo alemán de prever por separado un tipo penal de “corrupción de parlamentarios”, excluyendo a estos de los tipos comunes de cohecho, resulta muy limitado y ha recibido, con toda justicia, críticas de la doctrina alemana, pues excluye muchos casos presentes en la práctica y exige demasiados elementos para la configuración del injusto 258.

En el ordenamiento penal argentino, existe acuerdo en lo esencial que el sujeto activo de un delito contra la administración pública es el “funcionario

---

258 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública*, “Autoría y participación y teoría de los delitos de “infracción del deber”, Rev. Penal, N° 14 (Abril de 2004, España), págs. 3 y sig.; “Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano (Lima, 1ª edición 2001, 2ª ed. 2003).

público”. Así, los términos “funcionario y empleado público”, como bien expresa BUOMPADRE, han dividido a la doctrina 259.

Para un grupo de autores, las dos expresiones son equivalentes y deben ser entendidas de acuerdo a lo que fija la ley penal, vale decir, según el concepto establecido por el artículo 77 del CP como : “todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente” 260.

Respecto de otro sector doctrinario, si bien en los términos pueden resultar sinónimos, el ordenamiento penal no ha equiparado estos conceptos con los del derecho administrativo, ya que el empleado público no participa en el ejercicio de funciones públicas, sino que presta un servicio a la administración pública en el ámbito de su propia relación interna. Para esta opinión 261, lo que la ley define es al funcionario público caracterizándolo como aquel que participa o cumple una función pública, en el sentido que da al término el derecho administrativo. Una persona participa del ejercicio de funciones públicas, si el Estado ha delegado en ella, de jure o de facto, de modo exclusivo o en participación con otros, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes del gobierno, nacional, provincial o municipal 262.

Así las cosas, compartimos con BUOMPADRE que el artículo 77 del Código Penal, si bien emplea los términos funcionario y empleado público como sinónimos (son la misma cosa –dice Nuñez–), no los ha equiparado, ya que sólo es funcionario público (no el empleado público) quien por delegación estatal “participa (...) del ejercicio de funciones públicas”. El 4º párrafo del artículo 77 del CP, como bien señala CREUS, sólo describe al funcionario público, pues

---

259 BUOMPADRE, Jorge, *Delitos contra la Administración pública*, Editorial MAVE, Corrientes, Argentina, 2001, pág. 42.

260 Esta posición ha sido sostenida por TOZZINI, Carlos, en *Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*, en “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, nº 1, La Ley, Buenos Aires, enero/marzo 1969. En el mismo sentido, RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, 1963, págs. 11 y sigs.

261 Cfr. BUOMPADRE, ob. cit., págs. 43 sig., citando a NUÑEZ Y CREUS, en NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho penal*, Editorial, Lerner, Córdoba, Argentina, 1988 y CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, tomo 2, Editorial Astrea, 1998.

262 Cfr. NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, volumen V, pág. 18, Editorial Lerner, Córdoba, 1988.

únicamente quien reviste esta calidad está facultado para cumplir funciones públicas 263.

En el Derecho argentino, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por el sentido amplio del término ley. Así CREUS, siguiendo a MORENO, consideraba que el término no comprendía más que a la ley en sentido formal, con lo cual las conductas que impliquen oponerse —en alguna de las formas previstas— a los reglamentos u ordenanzas, no quedarían comprendidas en el art. 248 del Código penal argentino 264.

NUÑEZ considera, por el contrario, que en el tipo, además de las Constituciones de la Nación y de las Provincias y de las Leyes nacionales y provinciales, quedan comprendidas las reglamentaciones de esas leyes y las ordenanzas municipales, al menos algunas de ellas 265.

En cuanto a “*disposición inmediata de la ley*”, no puede entenderse como una tercera vía para acceder a la función pública, como se podría interpretar del texto del artículo 24, sino que —al decir de VALEIJE— “es un requisito predicable de los otros dos” 266.

Cuando la ley habla de nombramiento de autoridad competente en los términos formulados por el artículo 24 CP, se refiere a la designación que se hace de un sujeto para el desempeño de una función o cargo, debiendo ser la misma por parte de una autoridad competente. La autoridad debe tener la facultad, competencia y atribución legítima para adscribir o asignarle a una persona un empleo público, creando una relación jurídica válida. Se puede decir así que, tanto

---

263 Cfr. CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 6 y sigs.

264 Cfr. CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, págs.193 y sigs. Editorial Astrea, Argentina, 1981, y CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, tomo 2, 6ª edición, Editorial Astrea, 1998, págs. 248 y sigs. Se hace referencia al artículo 248 del Código Penal argentino, que describe el tipo de abuso de autoridad y hace mención expresa al término “ley”.

265 NUÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, tomo V, vol. II, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1992, pág. 77.

266 VALEIJE, ob. cit., pág. 452. Así también cabe decirse que cualquiera fuere el criterio que se adopte no se violenta el principio de legalidad. En opinión de la doctrina, la expresión “« disposición inmediata de la ley », en el seno del párrafo 2º, del artículo 24, está haciendo referencia descriptiva al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera: aquellas personas que en virtud de un nombramiento legal desempeñen servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones del personal de los Presupuestos. Mediante aquel acto jurídico unilateral el funcionario adquiere el derecho al cargo y a la inamovilidad en el mismo.” (ob. cit., p. 456).

personal, eventual, interino o contratado, resultan ser funcionarios públicos a los efectos del ordenamiento penal en la medida que amparados en un título jurídico desempeñan actividades funcionariales, esto es actos estatales <sup>267</sup>.

Al referirse la norma en análisis (art. 24) a elección, se quiere hacer referencia al nombramiento que se realiza del sujeto a través de los votos para desempeñar determinado cargo. En síntesis, se trata de cargos con representación política que devienen “del ejercicio de la soberanía popular y del derecho de sufragio activo y pasivo” (diputados, alcaldes, senadores) <sup>268</sup>.

POLAINO NAVARRETE efectúa dos consideraciones sobre los términos de “*funcionario de hecho*” y las personas que se encuentran asimiladas a los funcionarios públicos. Así, considera que se denomina al primer grupo de funcionarios como aquel que “es elegido o designado funcionario público, por parte de quien tiene las legítimas facultades para ello, pero sin reunir aquel las condiciones legalmente necesarias para recibir y ostentar el meritado nombramiento jurídico”<sup>269</sup>. En cuanto al segundo grupo de sujetos considera que resultan ser aquellas personas, que en “ocasiones típicas diversas”, son tenidas o consideradas como si fuesen funcionarios, sin que lo sean, ya sea porque no reúnan los requisitos legales para su nombramiento o por no haber sido objeto de nombramiento de ningún tipo <sup>270</sup>.

Según la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros se entiende por “función pública” cualquier actividad en el interés público, delegada por un país extranjero, tal como el desempeño de una labor delegada por éste con relación a las compras gubernamentales”.

---

<sup>267</sup> VALEIJE, ob. cit., pág. 458. Por otra parte, en el Derecho comparado (v.gr. en Argentina, se entiende en el mismo sentido del art. 77 CP).

<sup>268</sup> VALEIJE, ob. cit. págs. 458 y ss.

<sup>269</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 276. Así también considera el doctrinario español: “En la medida que accede a la función pública quien no reúne las condiciones legales para ello, tal incorporación adolece de un defecto esencialmente invalidante del título de integración en el ejercicio de la función pública en concepto de funcionario”, y al respecto afirma: “Al quebrantarse el principio de legalidad, la designación es ilegal, la incorporación es nula, y el comportamiento del intruso ha de ser equiparado al de quien no es funcionario y procede a actuar como arbitrario realizador de la función”.

<sup>270</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 277 y sig., donde invoca el ejemplo de «los abogados y procuradores en los tipos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (Arts. 466 y ss. Código Penal). Así también considera que en las hipótesis de mención, «el Código Penal opera con un concepto legalmente “presunto”, más aún “ficto” *ope legis* de funcionario público, en el marco de previsiones extensivas de punibilidad y equiparadoras de lo privado y lo público, a que en ocasiones se aferra y tan propenso se muestra el legislador penal».

Por su parte, DÖLLING define como funcionario público a quien tenga confiado el desarrollo de funciones de la Administración Pública, con independencia de la forma de organización 271 .

Según La Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, por “funcionario público” se entenderá:

- i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;*
- ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;*
- iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; terminológica, conforme el ordenamiento penal vigente.*

### **1. Características normativas del funcionario público**

El concepto de funcionario público tanto en el ámbito administrativo, penal como constitucional es diverso y por ello problemático a la hora de dar con un concepto que cierre el contenido y cubra las incorporaciones producidas debido a las

---

271 DÖLLING, Dieter, “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption“, ZStW 112, págs. 334 y sig., 2000.

necesidades internas de las diferentes ramas del derecho, lo que crea dificultades en las valoraciones jurídicas en el ámbito penal al incorporar o equiparar bajo ciertos requisitos a sujetos particulares.

Los particularismos que se constatan en los diversos ordenamientos jurídicos e incluso las formulaciones propias de cada ámbito –administrativo, penal y constitucional– que coexisten, ha llevado a la regulación jurídica internacional, que en las últimas décadas se ha ocupado de la lucha contra los delitos funcionales de corrupción, aunque tampoco han superado la diversificación respecto al concepto. Así la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), en un intento de unificar términos y conceptos hace empleo del concepto de “funcionario público”, “oficial gubernamental”, “Servidor público” o cualquier funcionario o empleado del Estado o sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos<sup>272</sup>. Sin embargo el Convenio de la Unión Europea de 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 (1997), con matiz particularista, diferencia al funcionario comunitario del nacional, y a la vez distingue al funcionario del empleado público. Así establece en el Artículo 1 las siguientes definiciones:

*“A los efectos del presente convenio se entenderá por:*

- a) *“Funcionario”*: *Todo funcionario, tanto comunitario como nacional, así como todo funcionario nacional de otro Estado miembro;*
- b) *“Funcionario comunitario”*:
  - *Toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las comunidades europeas.*
  - *Toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ella funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades europeas”.*

---

272 ROJAS VARGAS, Fidel, ob. cit., p. 127.

*Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos en la medida que el estatuto de los funcionarios de las Comunidades europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.*

c) *“Funcionario nacional”: el “funcionario” o “empleado público” tal como se defina eses concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho Penal de dicho estado miembro”.*

*No obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de “funcionario nacional” en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional”.*

Por otra parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), admite tanto la tesis conglobante como la particularista. Ésta última la apreciamos en el Artículo 2, inc. I:

*“Funcionario público”: “Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo”.*

La conceptualización amplia, que incluye al servidor público aparece en el mismo artículo 2, inciso II, cuando incorpora:

*“toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.*

Debido a que la corrupción ha adquirido dimensiones supranacionales, sobre todo en lo que se refiere al soborno transnacional, la Convención ha conceptualizado la noción de “funcionario público extranjero” como *“toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea*



*designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”.*

Además considera “Funcionario de una organización internacional pública” a “*un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre*”.

Las definiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción significan fijar una posición equilibrada en cuanto a elaboración y consenso frente al principio de legalidad que prima en el ámbito penal en lo que se refiere a los delitos contra la Administración, teniendo en cuenta las características de la corrupción en el mundo globalizado.

En el caso de los delitos de estudio, es decir, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, el enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público, la utilización de información y datos de carácter reservado y la omisión de presentar la declaración jurada patrimonial, son comportamientos que sólo pueden ser realizados por aquellas personas que tienen alguna relación con la función pública. El tema es delimitar qué relación debe tener el autor del delito con la Administración del Estado.

Debido a que estamos frente a un delito especial, sólo serán sujetos pasibles de ser penados aquellos que cumplan con los requisitos que el tipo prescribe y los sujetos que no resulten extraños a la Administración.

Este elemento necesario para la delimitación del delito ha generado grandes controversias entre diversos doctrinarios y juristas. Así, LANGE define estos delitos “como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico, solo pueden ser cometidos por determinadas personas”<sup>273</sup>.

En cambio, ROXIN 274 sostiene que estos delitos son delitos de deber, en los cuales la autoría tiene su base en la lesión a un deber especial, que sería extra típico, es decir, no es necesario un dominio del hecho, sino una violación a un deber que será consecuencia de una recomendación concreta.

---

273 DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Administración pública. El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal*, “Revista de Derecho Penal”, tomo II, Argentina, 2004.

274 Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, pág. 385 sig., Editorial, Marcial Pons, Madrid, 2000.

El deber en cuestión no surgiría de la norma penal, que es la causa de la sanción, sino que estaríamos frente a un deber extrapenal, que no deben cumplir todos los implicados en el delito, sino sólo aquellos que mediante otra rama del derecho tienen una obligación.

Estos sujetos, funcionarios y con un deber especial, no necesitarán tener un dominio del hecho sino que sólo con la violación del deber estarán cometiendo un delito. Por esto no será necesario el dolo sino que el fundamento de la autoría vista desde este prisma será el deber. Este deber será siempre previo y ello en virtud de la relación del funcionario con la Administración, lo que estaría transformando a dichos delitos, en delitos de peligro. La postura de ROXIN supone transformar un delito que debe tener una acción disvaliosa como requisito para ser tal, en una infracción a los deberes de funcionario público 275.

Es necesario distinguir los bienes jurídicos primarios de aquellos que no lo son, pues esto le dará una mayor claridad al requisito de que sólo será delito si lo realizan aquellos que son funcionarios públicos.

Los bienes jurídicos primarios son aquellos que cualquier persona puede lesionar, en cambio en nuestro análisis los bienes posibles de lesionar son algunos, que no están a disposición de todos, sino que conforman estructuras cerradas y por lo tanto limitadas.

En el Derecho Penal muchos se ha discutido sobre a quién alcanza la noción de funcionario público. Así, en el derecho argentino, la doctrina acudió al derecho administrativo para conceptualizar cuál era el marco a seguir. De esta manera un funcionario público será aquel en quien el Estado ha delegado “la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público”<sup>276</sup>. Pero esta facultad se entendía que estaba en cabeza de aquellos que tuvieran mayor responsabilidad.

Actualmente la diferencia no se justifica, pues no es posible que en la Administración haya un solo funcionario que no realice alguna acción que no implique una toma de decisión o algún empleado que deba elegir algunas cosas en desmedro de otras.

---

275 ROXIN, Claus, ob. cit., págs. 386 y ss.

276 NÚÑEZ, Ricardo *El significado del concepto de 'función pública' en el Código penal*, en J.A. Doctrina, “Revista de Derecho Penal”, 1970.

La solución a estos enfrentamientos se encuentra usando los elementos que el tipo brinda. Así podrá entenderse como funcionarios públicos a aquellos que están adscriptos a la Administración Pública; que tienen una relación de profesionalidad, es decir, no colabora desde afuera; además por su función recibe una remuneración y actúa de acuerdo a un régimen jurídico propio.

Estos sujetos están en una relación especial con el bien jurídico protegido, que según DONNA puede equipararse a la del garante de los delitos de omisión impropia, pues se requiere una omisión equivalente a la acción de parte del garante 277.

De esta discusión se desprende la ambigüedad con que se define la función pública. Algunas teorías objetivas sostienen que ésta es la que el Estado realiza por el bien común. Otras afirman que depende la función del ente para poder definir qué tipo de función es la que realiza; así si el ente se somete al Derecho privado, su función será privada y lo contrario si es pública la normativa que lo rige.

En pocas palabras, como concepto el funcionario público se define por la función que cumple y en virtud de ella la posibilidad que tenga de afectar al bien jurídico con sus actos.

## ***2. Funcionario público en el Derecho penal***

Corresponde en este momento de la investigación profundizar sobre los conceptos de *Funcionario Público* y de *Administración Pública*, como así también en qué tipos del Código Penal español se encuentran mencionados dichos conceptos.

Es de tener en cuenta lo expresado por RODRÍGUEZ DEVESA, en cuanto considera que a partir del Código Penal de 1848, la ley contiene una definición de qué se ha de entender por funcionario público a los efectos penales. Así, hasta el Código Penal de 1928 la noción de funcionario público figuraba en el mismo capítulo de los delitos cometidos por funcionarios públicos. En 1928, pasa al Libro I y se amplía, detallando el concepto de autoridad y de agentes de autoridad. La

---

277 DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995, págs. 87 y sigs.

reforma de 1932, aceptó la ubicación en el Libro I, eliminando la referencia a los agentes de la autoridad y redactando el artículo 119 en la forma que todavía conserva, esta “interpretación auténtica de quienes son funcionarios públicos está sujeta, no obstante, a una serie de reservas, porque nuestra la ley penal no se caracteriza, ciertamente por una excesiva preocupación por la pureza terminológica, y no siempre se atiene a lo por ella declarado en el art. 119” 278.

Constituyen un atentado contra la *Administración Pública* los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones.

El concepto de Administración Pública abarca en sentido lato, tanto a la organización en sentido subjetivo, como la actividad pública, que puede ser de administración, legislación y de jurisdicción.

La Administración Pública puede ser impedida o perturbada por obra de los funcionarios públicos, o de personas encargadas de servicios públicos, o de aquellas que prestan servicios de necesidad pública o que tiene otra calidad, como por personas particulares<sup>279</sup>.

Así siguiendo con el análisis dogmático del término funcionario la cuestión resulta en principio analizar el término “funcionario público” dentro del tipo penal. Conforme ello, no existe duda en aceptar la calidad de funcionario público del autor es un elemento normativo del tipo penal, entendiendo este como aquellos elementos que “sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto

---

278 RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso *Derecho penal español, Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, pág. 1125. Así cabe aclarar que el Código penal español de 1848, en su artículo 322, consideraba que “para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado”. En 1870 se ensancha el concepto: “Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”.

El artículo 213 del Código Penal de 1928 expresaba: “Para los efectos penales se reputará Autoridad quien, por sí solo, o como miembro de alguna corporación o tribunal, ejerza jurisdicción propia-Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal- Se considerarán agentes de la Autoridad, no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la Provincia o del Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquellos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se exprese el carácter de tal agente”. El artículo 214 del ordenamiento sustantivo de 1928 recogía el texto de 1870 para los funcionarios públicos (RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, ob. cit., págs. 1125 sig.).

279 RANIERI, *Manual de Derecho penal*, tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1975, págs. 81 y sigs.

lógico de una nueva norma” 280. La conceptualización resulta útil a los efectos de situar el concepto, aunque como bien se sabe que esta distinción tampoco es tajante, conforme la doctrina actual 281.

El concepto de funcionario público es jurídico y eso lo convierte en un concepto normativo.<sup>282</sup> Si se pudieran, como expresa DONNA, dar los requisitos que debe tener un funcionario, se podría afirmar que es aquella persona que: a) Está adscripta a la administración pública; b) tiene una relación de profesionalidad, en el sentido que cubre el hueco dentro de la administración. Esto es que no colabora desde afuera; c) tiene una remuneración por parte de la administración pública; d) tiene un régimen administrativo propio.<sup>283</sup>

Así se puede decir que nos encontramos frente a un concepto de autonomía propia. Para esto, “hay un argumento de tipo teleológico: sólo se atiende, como delito especial, a los delitos que lleva adelante el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública.<sup>284</sup>

Conforme lo expresa QUERALT JIMÉNEZ, al abordar el concepto penal de funcionario público considera que de tal precepto se deriva yendo más allá, comprendiéndolo en todo caso, del que se ofrece en el Derecho público: art. 8 L 7/2007. Ahora, tras el cambio institucional instaurado por la Constitución Española, el artículo I.3. tiene como consecuencia la uniformidad del estatuto de la función pública, sea la Administración o ente público en el que el sujeto preste sus servicios, dado que se trata de legislación básica, a los efectos del artículo 149, I. 18ª CE. Pero las descripciones legales son poco significativas: incorporación a la

---

280 ENGISCH, Karl, en “Mezger Festschrift”, 1954, 147, citado por ROXIN, Claus, en *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., Editorial Civitas, 1998, pág. 307.

281 ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 307.

282 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español*, Marcial Pons, 1997, tomo II, págs. 274 y ss. El propio Prof. POLAINO NAVARRETE considera que “la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente, para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de la funciones públicas” (Cfr. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 275).

283 DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 47 y sig.

284 DONNA, ob. cit., pág. 47, citando a COBO DEL ROSAL, en “Examen crítico del artículo 119”, ob. cit., pág. 241.

Administración, prestación de servicios profesionales retribuidos, todo ello regido por el derecho administrativo. 285

Cabe definir, a los efectos de mayor claridad, como hace POLAINO NAVARRETE, qué significa el “funcionario público de hecho”, considerando que se denomina así a quien es elegido o designado funcionario, por parte, de quien tiene las legítimas facultades para ello, pero sin reunir aquellas condiciones legalmente necesarias para recibir y ostentar “el meritado nombramiento jurídico” 286.

La noción de empleado público implica, por otro lado, a aquellas personas que por su voluntad están a disposición del Estado o de otra entidad pública para prestar una actividad permanente o remunerada.

De esta manera en el Derecho Público encontramos los conceptos de función pública y de servicio público. Por función pública se entiende la actividad de los órganos del Estado o de otra entidad pública, que pueden desarrollar sus funciones como autoridad en el campo legislativo, administrativo o judicial.-

Así las cosas función pública es la desarrollada por órganos del Estado o de otra entidad pública y en cambio servicio público, puede ser efectuado por órganos del Estado o por otra entidad pública y también por los particulares. En el concepto de funcionario público quedan entonces comprendidos los particulares que ejercen funciones públicas.

El encargado de un servicio público del Estado o de otra entidad pública es también la persona, inclusive privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de necesidades colectivas populares, cuya defensa y protección jurídica y social ha asumido el Estado, en cumplimiento de sus funciones. Quedan así incluidos en el concepto de funcionario público los particulares que ejercen servicios públicos cuando están dirigidos a satisfacer necesidades de orden colectivo.

A este respecto POLAINO NAVARRETE considera un conjunto de sujetos asimilados a funcionarios públicos. En este sentido los considera como un conjunto

---

285 QUERALT JIMENEZ, Joan J, *Derecho penal español*, sexta edición actualizada, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1113.

286 POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal*, ob. cit., “Delitos contra la Administración Pública”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 276 y sigs.

de personas, en ocasiones típicas diversas son consideradas como si fuesen funcionarios públicos, sin serlo, tanto por no reunir los requisitos legales para su nombramiento concreto como tales, como por no haber sido objeto de nombramiento alguno 287.

Tales asimilaciones personales y equiparaciones punitivas no equivalen a identidad conceptual. Si así fuera –considera POLAINO NAVARRETE– habría que prescindir del concepto penal de funcionario público, al identificarse con el mismo sujetos que no lo son: o bien habría que operar con un concepto tan extensivo de funcionario público, que la legalidad y la tipicidad penales cederían paso a la inseguridad jurídica y a la incerteza normativa 288.

Desempeñan un servicio de necesidad pública, en cuanto concierne a la ley penal, las personas particulares que desarrollan en interés propio, una actividad profesional cuyo ejercicio está prohibido por la ley sin una habilitación especial del Estado como abogados, procuradores, farmacéuticos etc., así como las personas particulares empleadas en transportes públicos.

### ***3. Evolución histórico-legislativa española***

#### **Código penal de 1822**

Esta norma no contenía una definición de funcionario público, sin embargo el Título VI, Libro II, llevaba por título “De los delitos y las culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Es pues ésta una ley penal en la que se tipifican diferentes delitos que pueden ser cometidos por los funcionarios públicos.

---

287 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 277 sig. De este modo, considera que “así ocurre con los abogados y procuradores en los tipos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (arts. 466 y sigs. del Código Penal); los encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública aunque pertenezcan a particulares (art. 435); y sobre todo, los jurados, árbitros, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública (art. 422)”.

288 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 277 y ss.

- El art. 320 se ocupa de las negociaciones prohibidas a los empleados.
- El art. 451 preveía el delito de prevaricación de los funcionarios públicos. Establece que son jueces prevaricadores: *“aquellos que a sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado...Los funcionarios públicos de cualquier clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehúsen o retarden a sabiendas...la administración de justicia, la protección, u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que puedan o deban ponerlo.”*

Es importante el párrafo quinto cuando considera que los funcionarios siendo requeridos en forma legal, por alguna autoridad legítima, o por legítimo interesado, o advertidos por superior competente, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, o cualquier otro negocio del servicio público, o sea desobediencia de funcionario público.

- Los artículos 414 a 478 se refieren a los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público.
- En el Capítulo V, el art. 479 tipifica las acciones de los funcionarios públicos que no obedecían o no cumplían las leyes u órdenes superiores; también de los que impedirían o obstaculizaran, o se concertaran para impedir o embarazar su ejecución o la de algún acto de justicia y de los que incurriesen en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones.
- En los Arts. 492 a 500, la mala conducta de los funcionarios públicos; de aquellos que tratan mal a sus inferiores o a las personas que tienen que acudir a ellos por razón de su oficio; de los que cometen violencias en el ejercicio de sus funciones; y de los que abusaren de la autoridad o poder que tuvieren por su empleo, para asuntos particulares.



- Los arts. 501 a 505 trata sobre los funcionarios públicos que anticiparen o prolongaren indebidamente sus funciones o ejercieran las que no le corresponden.
- Los arts. 506 a 509 de los funcionarios públicos que omitieren perseguir a los delincuentes; de los que negaren o retardaren la administración de justicia; la protección o los remedios legales que debieran aplicar, no cooperan y auxilian, debiendo hacerlo, a los actos del servicio público.
- Los arts. 518 a 522 de los delitos de los asentistas, proveedores y empleados públicos que suministraren, vendieran, compraren o administraren ciertas cosas por cuenta del Gobierno.

Desde el punto de vista jurídico penal el Código de 1822 sorprende al jurista actual, con notables influencias en los subsiguientes, difiere en estructura del de 1848 y posteriores, pues en el ámbito de las doctrinas penales agrupa arcaísmos procedentes de la normativa penal preexistente con nuevas ideas punitivas y desde una perspectiva ético social, se puede observar la presencia de contenidos netamente liberales, influencia de la Constitución española de 1812 y personalistas, lo cual contrasta con una España católica, más rural que urbana, casi exclusivamente agrícola e incipientemente industrial, sin experiencia de monarquía constitucional, con el absolutismo de Fernando VII.

Es de tener en mérito la opinión de ÁLVAREZ GARCÍA, en cuanto a que desde el Código Penal de 1822 se han incorporado no pocas figuras delictivas en el ordenamiento sustantivo que protegen intereses de la propia Administración, y sin embargo –considera acertadamente– se ha producido un debilitamiento en el control por parte de los ciudadanos de la actividad de la Administración pública, y en definitiva “los intereses del ciudadano individual no están suficientemente salvaguardados en las figuras acogidas en el Título”. Ello en franca alusión a los delitos contra la Administración pública 289.

Si los Códigos posteriores con la excepción de 1928 sistematizaron su contenido en tres libros, parte general, delitos y faltas, el de 1822, que posee una

---

289 ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., págs. 36 y sig.

gran influencia francesa, incluye un título preliminar (artículos 1 a 187, una Parte Primera De los delitos contra la sociedad (artículos 108 a 604) y una Parte Segunda De los delitos contra los particulares (arts. 605 a 816).

A pesar de este esquema diferente en los códigos sucesivos, el contenido del Título Preliminar coincide con el del Libro Primero de los restantes Códigos.

Los titulares de la parte especial recuerdan en su distribución y nomenclatura a los códigos posteriores, con diferencias de los delitos contra la honestidad en la Parte Primera como contrarios a la sociedad y otros como delitos contra las personas. La ausencia de faltas, es posiblemente un acierto.

El excesivo casuismo es una característica que hoy merece críticas, la variedad de penas y la dureza en delitos no centrados en la protección de la persona, sino de abstracciones colectivas, la solemnidad y publicidad que se otorga a la ejecución, como por ejemplo que el ejecutado reo de traición o parricidio debe ser sepultado en el campo y sitio retirado fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura.

### **Código Penal de 1848**

Este Código supone un paso adelante en el desarrollo y perfeccionamiento del concepto de funcionario público al ofrecer en su art. 322 una definición legal del mismo, aunque lo denomina “empleado”.

Dicho artículo figuraba en el capítulo XVI “Disposición general”, título VIII del libro II: “De los delitos de empleados públicos en el ejercicio de sus cargos” 290.

- Art. 322: *“Para los efectos de este título se reputa empleado público todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado”.*

---

290 OLAIZOLA, ob. cit., p. 114.

Observamos que en este Código utiliza la palabra empleado en lugar de funcionario público y, como aclara PACHECO, “...todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña el cargo público entra o puede entrar aquí dentro de aquella esfera. La expresión empleado quiere decir persona pública, persona que tiene un carácter en la sociedad, dirigido en su ordenación según la ley” 291.

PACHECO explica, con relación al Código Penal de 1848, los conceptos “directa o indirectamente” de un modo amplio como alusivo al caso en que el funcionario beneficiara a su mujer, sus hijos o hermanos. La interpretación amplia presenta límites sumamente arbitrarios y de dudosa validez respecto del principio de legalidad.

La cuestión dependería de hallar el criterio de determinación plausible, tanto del tipo del texto, cuanto del principio de legalidad, que no admite dejar absolutamente abierto a cualquier circunstancia el concretar el ámbito de la prohibición y lograr una estructura típica que tenga alguna utilidad el punto de vista político-criminal.

- En el Capítulo II, se aclara que el Juez que cometiere en causa criminal la prevaricación contra alguna persona, cumplirá el mismo tiempo de prisión que el imputado; la misma suerte correrá cualquier funcionario público sin importar su categoría.
- Especifica también, referente a los regalos que pudiese aceptar, que podría llegar a perder su trabajo, no pudiendo obtener otro de ese mismo tenor, por lo menos no antes de los dos años.

Este plexo legal tuvo como antecedentes al código penal francés de 1810, al napolitano de 1819, al brasileños de 1830 y al español de 1822, y como su postura fue liberal-conservadora, tuvo fuertes sanciones para los delitos políticos y religiosos.

### **Código Penal de 1870**

---

291 PACHECO, cit. por OLAIZOLA, ob. cit., p. 114.

Este Código penal, en el capítulo XIII, “disposiciones generales”, del título VII, del libro III “De los delitos de empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”, define el concepto de funcionario público en el art. 416.

- “Para los efectos de este título y de los anteriores del presente Código se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”. Básicamente son las condiciones que en el Código actual se requieren para la adquisición de la condición de funcionario.

Si se compara con el Código de 1848, acota la función pública a través de los modos de adquisición de dicha condición, es decir, disposición inmediata de la ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Según GROIZARD (1891), debía haberse cambiado en el epígrafe la palabra empleado por la de funcionario. Además, delimita “para los efectos de este título y de los anteriores del presente Código”, por lo tanto, no tiene efectos sobre todas las leyes penales, al circunscribirlo al título VIII y los anteriores 292.

### **Código Penal de 1928**

En el último título del libro I “Disposiciones generales”, el art. 214 dispone: *“A los mismos efectos, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”*.

---

292 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1891, p. 320; cfr. OLAIZOLA, ob. cit., p. 115.

En dicho Código se amplía el alcance del ámbito de aplicación para todos los efectos penales al no limitarse a ciertos títulos determinados por la misma ley penal 293.

### **Código Penal de 1932**

Este Código varía de nuevo la ubicación del concepto de funcionario público, pasa a formar parte del libro II, título VIII “Delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos”; capítulo XI “Disposición general”. Así, el art. 410 disponía: “Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”.

Como en el Código penal de 1870, se refiere al presente título y los anteriores aunque en el código de 1932, en artículos posteriores se hace referencia expresa a agravantes para quienes ostenten la cualidad de funcionarios públicos.

Se hace referencia al “ejercicio del cargo” y se tiene en cuenta el modo de acceso al ejercicio de las funciones públicas, como en el Código de 1870 294.

### **Código Penal de 1944**

Introduce el concepto actual de funcionario público. Vuelve a la parte general del código, en el Libro I, “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas. Las personas responsables y las penas” título VI “Disposiciones generales”. El art. 119,3 dispone: “*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del*

---

293 COBO DEL ROSAL, en “RGLJ”, 1962, 222, citado por OLAIZOLA, ob. cit., p.116.  
294 OLAIZOLA, ob. cit., p. 117.

*ejercicio de funciones públicas*” y en los distintos delitos que prevén acciones contrarias a la Administración pública por parte de los funcionarios públicos hubo varios cambios, aunque el delito de negociaciones incompatibles no era previsto en la legislación penal. Dicho concepto es el mismo que recoge el actual código español.

### **Código Penal, texto refundido de 1973**

La reforma del 15 de septiembre de 1971 no introdujo cambios en los delitos de funcionarios. Leyes posteriores serían las que modificarían o suprimirían el articulado de los delitos.

De esta manera, la ley orgánica 2/1987 dejó sin contenido al Art. 381

La ley orgánica 3/1989 sustituyó la denominación del capítulo VII “De los abusos contra la honestidad” por “De las limitaciones a la libertad sexual”.

En 1991, la ley orgánica 9 modificó los art. 367, 368 y 390 e introdujo en el título VII un capítulo para el tráfico de influencias.

En esta reforma, el art. 367 tipifica la acción con el nombre de revelación de secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido. También se añade la noción de autoridad, aunque ésta resulta superflua pues todo funcionario es una autoridad.

Respecto de las críticas al Título “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, la gran mayoría de estas críticas se realizaron debido a la terminología que los legisladores emplearon para definir, por un lado el bien jurídico protegido y por otro la calidad de sujeto activo, que además de ser poco claro, pues muchas veces una persona no necesita ser empleado para realizar funciones públicas, a lo que debe sumarse que todo el título gira alrededor de la calidad del funcionario público

OCTAVIO DE TOLEDO, si bien considera que la denominación no es la más afortunada –esto ocurre con la mayoría de los títulos del cuerpo legal en cuestión–, estima que lo importante de los funcionarios en el título de análisis es que estén cumpliendo con su cargo y en dicho cumplimiento cometan un delito que perjudique a la Administración Pública.

Asimismo agrega que algunas de las figuras de este título están ubicadas en el mismo por relacionarse con la Administración Pública y no porque el sujeto activo que las debe efectuar sea un funcionario. Esto se ve claramente en el delito prescripto para los abogados o contadores que realizan alguna colaboración con la administración pública.

### **Código Penal 1995**

El concepto de funcionario público lo encontramos en el art. 24.2, ubicado en el capítulo VI: “Disposiciones generales”, del título I: “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”, que reproduce el art 119 del Código penal 1944/73.

El nuevo Código Penal incluye varias modificaciones que al variar términos y conceptos, hacen que la normativa cambie y amplíe las conductas disvaliosas.

- En cuanto al delito que nos compete, el legislador cambia el Art. 401 y lo transforma en el 439 y 440, a los que ubica en el capítulo IX del título bajo la rúbrica “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”.

Este capítulo agrupa figuras que en las legislaciones penales precedentes estaban diseminadas, lo que genera que muchos autores lo consideren un capítulo residual, en el que se ubican delitos que en otro lugar no resultan correctos.

- En el art. 439 se regula la conducta “*de aprovecharse de la circunstancia de tener que informar; por razón del cargo, en cualquier clase de*

*contrato, asunto, operación o actividad, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”.*

Esta nueva regulación, al incluir más requisitos, pierde precisión respecto de la anterior, lo que genera una difícil interpretación a la hora de analizar las acciones que se puedan enmarcar en dicho tipo penal.

- Algo similar ocurre con el art. 440 que incluye a contadores; partidores y particulares, albaceas, curadores y tutores, que se comporten de acuerdo a lo previsto en el art. 439.
- El art. 441 es una novedad dentro de la legislación penal, ya que amplía la punibilidad a acciones que se encontraban fuera de la órbita del derecho penal, pues incluye a las actividades privadas de los funcionarios que tuvieran relación con su cargo.
- El art. 442 resulta novedoso, pues prevé que solo haya ánimo de obtener beneficio económico y no un beneficio efectivo.
- El resto de los delitos previstos en este capítulo salvo el 445 proceden del capítulo VIII, título VII, del Código anterior, que desaparece en el nuevo código para pasar a formar parte del capítulo en cuestión.

El Tribunal Supremo español ha afirmado que los conceptos penales no precisan ajustarse exactamente a los administrativos formales, tanto por la diversa finalidad que persiguen dichos ordenamientos como la independencia de su actividad. A su vez, ha dicho que tal cualidad no se extrae de una relación de tipo administrativo, siendo indiferentes, a efectos penales, las definiciones contenidas en las normas reguladoras de la relación entre la Administración Pública y los funcionarios, sino que depende de la participación concreta y real en el ejercicio de funciones públicas o de administración.

El concepto abordado por el derecho administrativo no tiene trascendencia jurídica respecto a los delitos que consideran penalmente que el sujeto activo es el funcionario público. La unanimidad de criterios desaparece cuando se analizan



conceptos como disposición inmediata de la ley, nombramientos y funciones públicas, aquí la uniformidad doctrinal desaparece.

Hay dudas en cuanto a la amplitud del concepto penal y el significado del término participación, al mencionar el art. 24 “*a todo aquel que participe en funciones públicas*”, pues esta interpretación prescinde del concepto de relación subjetiva entre el sujeto y la Administración.

La noción de función pública se define mediante el reenvío al concepto de funcionario público, transformándose esta interpretación en un intercambio de palabras.

Con respecto al delito de cohecho pasivo, el art. 422 del Código Penal menciona a todo aquel que participa en funciones públicas. La única nota exigida para la existencia de funcionario público es que participe de aquella función, por lo tanto carece de sentido que establezca lo dispuesto en los artículos precedentes, será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública, porque esto es lo que da rango al funcionario público, ya que fuera del mismo se carece de dicho carácter.

Conforme el párrafo 2 del art. 24 del Código Penal español corresponde analizar el acceso a la participación pública.

Por otra parte, el término cuando reza “*disposición inmediata de la ley*”, existen posiciones contrapuestas respecto a su significado jurídico penal y “*disposición de la ley*” con el cual se está haciendo referencia, bien a la relación estatutaria que une a determinados sujetos con el Estado, o simplemente si a través suyo se trata de configurar una modalidad amplia de acceso al ejercicio de la función pública.

Por lo cual en primera instancia es necesario analizar el término ley. Ley en sentido estricto son aquellas expresiones formales emanadas del Poder Legislativo, o bien, en un sentido amplio, comprende dentro de la expresión, todas las normas estatales incluyendo el conjunto de disposiciones estatales dictadas mediante decretos, órdenes, ordenanzas, etc. Para la mayoría de la doctrina, el término ley debe interpretarse en el sentido estricto del término. En un sentido amplio podrá si se

incluyen aquellas disposiciones incluidas en reglamentos o normativas de rango inferior.

La expresión “*disposición inmediata de la ley*” se utiliza para aquellas profesiones que llevan aparejado un estatuto jurídico o un estatus que solo se adquiere cuando se cumplen los requisitos y tras la verificación de los procedimientos correspondientes establecidos por las leyes, como proceso electoral o un concurso de antecedentes y oposición.

Por otra parte disposición inmediata de la ley implica a las leyes formales emanadas por el órgano legislativo. En el supuesto examinado, la expresión citada anteriormente, no es más que uno de los elementos normativos que conforman la definición penal de funcionario y que solo interviene en relación a uno de los modos o formas de adquirir dicha cualidad.

El imperio del principio de legalidad regula aspectos relacionados con la organización y dirección de la Administración Pública, siempre y cuando haya surgido de la Ley Orgánica.

De acuerdo al párrafo 2º del art. 24, en él se hace referencia al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera, como a aquellas personas que en virtud de un nombramiento legal desempeñen servicios de carácter permanente y figuran en las correspondientes plantillas; mediante aquel acto jurídico unilateral, el funcionario adquiere el derecho al cargo y a la inamovilidad en el mismo.

Es una fórmula específica formal. Solo una vez obtenido este título y tomado posesión del cargo de funcionario, inicia una relación jurídica con la Administración

El nombramiento a los efectos del artículo 24 del Código Penal español, consiste en designar o señalar a alguien para un cargo o función. Esta designación ha de ser realizada por una autoridad (sea, aparte de gozar de mando y jurisdicción) que posea competencia o atribución legítima para adscribir un sujeto al concreto empleo público y para crear una relación jurídica válida.

Todos los agentes entran en la categoría penal de funcionario público por nombramiento de autoridad competente.

En síntesis, personal interino, eventual, laboral y contratado son funcionarios públicos a los efectos penales, en la medida en que amparados en un título jurídico desempeñan actividades funcionariales, esto es, actos estatales.

Por otra parte, nos encontramos con aquellos cargos electos de representación política que surgen como consecuencia de la soberanía popular y del derecho de sufragio activo y pasivo, así pues los parlamentarios también son funcionarios públicos.

Por ello, se puede inferir que los funcionarios públicos poseen un título que permite vincularlos jurídicamente al ejercicio de la función pública, capacitándolos para entrar en una comunidad políticamente organizada.

Desde el punto de vista penal, estaremos en presencia de un funcionario público siempre que se dé una participación en la función pública, aunque existen sujetos que desde el punto de vista técnico administrativo no revisten aquella condición, sino que poseen títulos de vinculación, por ejemplo el perito nombrado por el juez o el recaudador de impuestos municipales.

Como corolario debe tenerse en cuenta la mayor intervención de la esfera estatal en la privada, la colaboración de ciudadanos particulares para la ejecución de tareas de interés general, así pues la interpretación desde un criterio estricto de la función pública favorece la irresponsabilidad penal de importantes sectores de la Administración de justicia.

En la doctrina y la jurisprudencia española el significado de la expresión funciones públicas ha sido una de las cuestiones del Derecho Público y en especial del Derecho Administrativo y ha tenido diversas interpretaciones y matices:

a) Interpretación *teleológica*. Se consideran públicas aquellas funciones que tienden el bien común, que satisfacen necesidades colectivas.

b) Con un criterio *formal*, la función será pública o privada según que la relación sometida a consideración este sometida a Derecho Público o Privado.

c) *Combinar objetivos teleológicos con el aspecto formal*, como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, mediante las cuales el Estado persigue sus fines.

ORTS Berenguer ha teorizado sobre la concurrencia de un triple elemento: a) Elemento subjetivo (función que se lleva a cabo por un ente público), b) Elemento objetivo (actos sometidos al Derecho público), c) Elemento teleológico (la función pública persigue fines públicos) 295.

### **III.- Administración Pública**

#### **A) Concepto**

La Administración pública como organización administrativa y ejercicio de funciones públicas es vital para la interrelación entre el Estado y la sociedad, por lo cual resulta impensable una sociedad organizada jurídicamente que carezca de organización administrativa. URQUIZO OLAECHEA considera que la Administración pública es un sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos<sup>296</sup>.

Sin embargo, cuando abordamos el concepto de “Administración Pública”, la doctrina no es pacífica, ya que, según los diferentes autores, ésta tiene varios sentidos que será necesario analizar.

Así las cosas, MAGGIORE considera en el sentido más estricto y técnico, la administración pública es sólo una parte de la actividad ejecutiva y propiamente, cuanto de esta queda al excluir la actividad política o de gobierno. Este el último- el

---

295 ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho penal, Parte especial*, 3ª edición actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 735 sigs. Corresponde ahora apuntar qué entenderemos por fines públicos, siendo estos objetivos tareas del Estado (sanidad, defensa cultura, etc.), además del régimen jurídico a que deben estar sometidas ya que el Estado es un medio para la realización de todos los fines posibles.

296 URQUIZO OLAECHEA, José, *Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración pública*, en “Revista Peruana de Ciencias Penales”, año VII-VIII, nº 12, Lima, 2002, p. 235, citado en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 14.

gobierno- es una actividad de orden superior a la cual concierne el Régimen del Estado en su conjunto unitario, nos queda entonces, que la “administración” es una actividad de orden subordinado, que tiene por objeto intereses más circunscriptos y, de todos modos, menos esenciales. Tales serían –al decir del Profesor italiano–, “la defensa externa del Estado, el mantenimiento de la relaciones con los demás Estados, la aseguración del orden interno, la organización de la jurisdicción, u en general, la satisfacción de necesidades y el promover aquellos fines de elevación intelectual y moral, inseparables del progreso del Estado” 297.

En su aspecto subjetivo, la Administración Pública es –de acuerdo con MAGGIORE– el conjunto de órganos –o sujetos singulares, colegiados o institucionales– de que se sirve el Estado para conseguir los fines considerados precedentemente 298.

En abstracto, la Administración pública es el conjunto de leyes y principios que ordenan y se dirigen al cuidado, conservación y fomento de los intereses comunes y además determinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. También se llama Administración Pública a los poderes públicos que tienen a su cargo la aplicación de las leyes ejercitando la acción social.

Además, la Administración Pública puede ser entendida desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo. En sentido objetivo se entiende a la Administración Pública como los órganos que la componen; en cambio en sentido subjetivo nos encontramos frente a su actividad. Lo cierto es que ambos conceptos están estrechamente relacionados por lo cual no es posible explicar uno de ellos sin mencionar el otro.

Cuando consideramos a la Administración pública desde el aspecto objetivo, podemos afirmar que se trata del conjunto de actividades previstas legalmente desarrolladas por los funcionarios públicos mediante las cuales se realizan los fines del estado y de las diferentes entidades públicas, por ello dicha concepción está

---

297 MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, Parte especial*, volumen III, págs.127 y ss., Editorial Temis, Bogotá, 1955.

298 MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 128.

basada en la división material de las funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva y judicial)<sup>299</sup>.

Sin embargo cuando se hace hincapié en el aspecto subjetivo, se entenderá la administración como la actividad realizada por los órganos a los que se considera como tales. Si en cambio se considera su aspecto objetivo, la Administración como sujeto, será aquella que está integrada por un conjunto de órganos que realizan actividades relacionadas con el ámbito estatal.

Dentro de la postura subjetivista, se destaca lo propuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien parte del supuesto que sostiene que la Administración Pública es una persona jurídica, y por ese motivo es un sujeto de derecho que realiza todo tipo de acciones. La personificación de la Administración Pública es la base del Derecho Administrativo. Dicha postura deja sin personería al Poder Legislativo y al Judicial, por considerar que éstos no cumplen los mismos actos que la Administración Pública. De todas formas ello no implica que el Poder Ejecutivo predomine sobre los demás poderes, sino más bien que son neutrales dentro del derecho interno y en virtud de esto no poseen ningún sustrato administrable sino que en todo caso entrarían dentro de la órbita del derecho constitucional 300.

Según diferentes autores, la noción subjetiva de la Administración Pública no es suficiente para dar una explicación razonable de algunos aspectos del Estado y de los actos que realiza. Así se sostiene que la concepción subjetiva de la Administración en muchas ocasiones es incompleta para dar una respuesta satisfactoria cuando no alcanza con la calidad del sujeto del que emana el acto.

En la misma línea, GONZÁLEZ NAVARRO 301 afirma que la tesis subjetivista resulta inadecuada para los tiempos actuales, ya que la nueva realidad legislativa requiere de una nueva concepción de la Administración Pública.

Los autores mencionados consideran que el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, son instituciones que

---

299 ROJAS VARGAS, Fidel, ob. cit., p. 11.

300 Cfr. ROJAS VARGAS, loc. cit., citando a GARCÍA DE ENTERRÍA.

301 GONZÁLEZ NAVARRO, F, *Derecho administrativo español*, 2ª edición, Editorial Eunsa, Pamplona, 1993, págs. 437 y sigs.

realizan actividades administrativas aunque no por ello forman parte de la Administración Pública.

No obstante existe actualmente una perspectiva que tiende a considerar desde una perspectiva más amplia todo lo referente a la Administración pública, así pues ésta comprende no sólo funciones y competencias referentes a los tres poderes sino también a las entidades de los organismos autónomos del Estado como ser el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o el Tribunal Constitucional, los Gobiernos Autónomos y Locales entre otros.

Respecto a las cuestiones relacionadas con las empresas públicas que participan de la actividad empresarial, por lo cual están adscritas a un régimen legal de derecho privado, BAENA DEL ALCÁZAR considera que "... las empresas puede ser de total propiedad del Estado (o de otro ente público), pero también es posible que se recurra a la colaboración del capital privado fundándose una empresa mixta. Nuevamente encontramos en este supuesto una diferencia desde una perspectiva formal, pues frecuentemente se entiende que sólo son propiamente empresas públicas aquéllas en las que el capital del Estado o de otro ente público es mayoritario. Pero hay que salir al paso de este punto de vista, pues desde la perspectiva del poder lo que importa es el control de la organización y de los recursos de la empresa y esto se consigue incluso con una participación minoritaria en los casos de accionariado disperso. Por tanto también estas empresas deben considerarse públicas"<sup>302</sup>.

## **B) Bien jurídico común a todos los delitos de funcionarios públicos**

De manera muy general se puede hablar de dos modelos básicos existentes en la legislación penal para la protección del funcionamiento de la administración pública: un modelo restringido y otro amplio.

---

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

En el modelo restringido, la protección penal se limita a aspectos muy concretos del funcionamiento de la administración pública, sobre todo cuando son afectados por los propios funcionarios públicos. Las conductas cometidas por particulares, como no se trate de actos de participación con el funcionario público, constituyen mayormente atentados contra otros bienes jurídicos: la “fe pública”, el “orden constitucional”, etc. Por ejemplo, en el Código penal alemán (StGB) los delitos contra la administración pública (“Straftaten im Amt”) giran en torno de los tipos penales de “cohecho” (art. 331 y ss.), “lesiones corporales cometidas por el funcionario público” (art. 340, 343), “exacciones ilegales” (art. 353), “revelación de secretos” (art. 353b) y una serie de delitos contra la administración de justicia. Otros tipos penales como la “violencia y resistencia a la autoridad” son vistos más bien como delitos contra la organización estatal, como en la “resistencia a la autoridad” (art. 113 y s. StGB) o, en el caso de la “usurpación de funciones”, contra el orden público (art.132 y s. StGB). Y otros, finalmente, pueden ser subcasos dentro de otras figuras penales que protegen bienes jurídicos muy distintos, tal como ocurre con la “malversación de fondos” que, interpretativamente, constituye un caso específico de “administración desleal” (art. 266 StGB) o sea de un “delito contra el patrimonio”, y que es conocida como “deslealtad en la administración del presupuesto” (Haushaltsuntreue). Algo parecido ocurre con los casos de “concusión”, que están previstos como un caso agravado de las “coacciones”, cuando estas fueran cometidas por un “funcionario público” abusando de sus funciones o de su posición (art. 240, cuarto párrafo, numeral 3, StGB).

El CP español de 1995 introdujo un modelo “restringido”, bajo una moderna concepción del bien jurídico tutelado. Así ha considerado por separado, como delitos de falsedades (o sea contra la “fe pública”) a la “usurpación de funciones públicas” por parte de particulares (art. 402 CP español) y el “intrusismo” o “ejercicio ilegal de la profesión” (art. 403 CP español); como delito contra la Constitución, a “usurpación de atribuciones” de funcionarios (art. 506 CP español) y, como delito contra el “orden público”, al “atentado o resistencia contra la autoridad” (arts. 550 y ss. CP español), así como los “desórdenes públicos” en tribunales o juzgados (art. 558 CP español). Dentro de los auténticos delitos contra la administración pública han quedado los casos de “prevaricación”, que incluye a los “nombramientos ilegales” (arts 404 a 406 CP español), el “abandono de



destino” (art. 409 CP español), la “desobediencia y la denegación a auxilio” (arts. 410 a 412 CP español), la “infidelidad en la custodia de documentos” y la “violación de secretos” (arts. 413 y s. CP español), las figuras de “cohecho” (arts. 419 a 427 CP español) y “tráfico de influencias” (arts. 428 a 431 CP español), la “malversación” (arts. 432 a 435 CP español), los “fraudes y exacciones ilegales” (arts. 436 a 438 CP español), las “negociaciones” y “actividades” prohibidas y “abuso de la función” (arts. 439 a 443 CP español). Por separado se ha previsto la “corrupción transnacional” (art. 445 bis CP español).

En el modelo amplio, en cambio, los atentados contra el funcionamiento de la administración pública son clasificados distinguiendo, de manera expresa o de manera implícita, entre delitos cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios públicos”; y cada uno de los dos grupos contiene una gran cantidad de figuras. Un ejemplo de ello se puede encontrar en el Código Penal argentino de 1923 (arts. 237 a 268), el Código Penal colombiano de 1989 (arts. 133 a 165) y en el Código Penal peruano 303.

Teniendo en cuenta que para el derecho penal la Administración pública como bien jurídico debe ser considerada en sentido amplio (ejecutivo, legislativo y judicial), es decir, alcanza a todos los poderes del Estado, es necesario considerar que los delitos contra la misma lesionan o ponen en peligro valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos para el funcionamiento de la Administración y el logro de los fines del Estado. Por lo tanto se trata de un bien jurídico colectivo que busca preservar el funcionamiento correcto de la Administración pública, protegiéndola de acciones disvaliosas. De esta manera, pues el Estado será quien asuma la titularidad de sujeto pasivo.

Así las cosas, una norma jurídica, sea de la rama del Derecho que sea, tiene como función facilitar la convivencia social. La singularidad de la norma penal estriba en que sólo interviene ante la violación grave de la convivencia societal. Tan es así que la ley penal sólo intervendrá ante una la violación de aquellos bienes jurídicos que la sociedad considere pertinente proteger y, en caso

---

303 ABANTO VÁSQUEZ, *El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública*, en *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, 1ª edición, Lima, 2001, 2ª ed., Lima, 2003, págs 43 y sigs.

de inmiscuirse el Estado, sólo podrá hacerlo de manera proporcional y ante aquellos comportamientos que sean considerados antijurídicos.

Generalmente se manifiesta que el Derecho Penal es un instrumento de control social, pero esta idea es quizás un poco imprecisa pues puede entenderse como el control del Estado sobre sus miembros ante la posible violación de una norma, o bien se podrá pensar en que hay un control de un sector sobre la mayoría (dominante y dominado).

Algo similar ocurre con la terminología que postula que el Derecho Penal es un derecho “represivo” pues éste lo que reprime en realidad son las acciones que lesionan las libertades de los miembros de la sociedad y no las libertades en sí.

De esta forma debe quedar claro que el fundamento del *Ius puniendi* del Estado, es garantizar el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y remover aquellos obstáculos que se interpongan.

Así la función de garantizar que la sociedad pueda realizarse, sólo será posible en la medida que la teoría del bien jurídico sea clara en indicar qué y por qué se protege un bien jurídico. De esta manera se entiende por qué el bien jurídico es un límite al Estado.

La génesis de la idea del bien jurídico, tiene su fundamento también en la interpretación que se puede realizar del mismo a la hora de analizar una conducta disvaliosa, ya que de poder limitarse cuál es el bien jurídico que se protege, se puede ver qué acciones son antijurídicas y lo lesionan y cuáles están dentro de los límites de la ley.

Por otro lado también cumple una función de sistematización, pues la cantidad de hechos delictuosos posibles requiere de una estructura que los organice. Asimismo de acuerdo a la gravedad de la lesión, podrá ser medida la cuantía de la pena.

La institución como tal surge a mediados del siglo XIX como respuesta a las concepciones sobre delitos religiosos y como una crítica al Derecho Natural que estructuraba a la Ilustración.

Posteriormente la noción fue respaldada con la idea de que el bien jurídico era una “creación del Derecho”, en la cual el legislador optaba por determinar qué objeto merece protección. Ésta es una concepción formal acuñada por BINDING 304.

En cambio, en un intento de conformar una concepción material del bien jurídico, VON LISZT trasladó la noción a un momento previo al Derecho positivo, a la realidad social 305.

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

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

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

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

---

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

305 VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducción española de la 20 edición alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, tomo II, 2ª edición, Editorial Reus, 1927, págs. 79 y sigs.

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

Por último, está la idea que ataca a las teorías constitucionalistas, pues sostiene que las Constituciones, con el paso del tiempo, dejarían sin resguardo muchos bienes que pueden surgir a partir de los cambios sociales.

De todas formas, los defensores de las mismas sostienen que no es necesaria una reforma de la ley suprema para incluir un bien a proteger legalmente, pues la interpretación es lo que genera los posibles cambios.

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

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

Otra de las teorías del bien jurídico, es aquella que considera que el Derecho Penal debe tener como objetivo el resguardar como primera medida a los individuos y no a la estructura social en sí. Es decir, el Estado no es un fin en sí mismo, sino que debe impulsar el desarrollo de sus integrantes, por lo tanto la institución de los bienes jurídicos a tutelar deberá ser acorde con el interés que para los ciudadanos tenga el cuidado de dicho bien jurídico.

Por otra parte encontramos que parte de la doctrina postula que es necesario que se integren ambos aspectos, es decir la “referencia individual” y la “dañosidad social”, ya que de esta forma se posibilita un libre desarrollo del individuo dentro

del entramado social. Dicha teoría es respaldada por CEREZO MIR, quien sostiene que el bien jurídico es una garantía para el ciudadano en el sentido de resguardar la posibilidad de que podrá vivir en sociedad gracias al respeto que los demás tendrán de sus libertades particulares 306.

Otra teoría cuyo representante es RUDOLPHI, postula que el bien jurídico es una unidad funcional social y no un objeto estático, ya que su función es nada más ni nada menos que dar estructura a la formación social. El Derecho Penal debe de esta forma proteger y mantener el buen funcionamiento social 307.

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

Para poder hacer un análisis del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, es necesario, como primera medida, realizar un breve recorrido sobre el concepto de bienes jurídicos supraindividuales.

Esta clasificación se refiere a los bienes jurídicos que afectan indirectamente a los individuos y no directamente, como podrían ser aquellos que protegen la libertad, la propiedad o el honor.

Los bienes supraindividuales son protegidos por la ley mediante la idea del peligro abstracto, pues es a través de este instrumento que se incluye la idea de una víctima difusa y no una determinada. El problema que surge frente a este tipo de protección, es que la definición de los bienes jurídicos es bastante vaga y eso

---

306 CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general II*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 81 y sig.

307 RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 328 y sigs.

genera que se pueda creer en una vuelta a una enunciación formal de los mismos, que deja de lado el aspecto material.

Siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, los bienes jurídicos pueden dividirse en tres. Aquellos que refieren al funcionamiento del Estado, serían los bienes jurídicos *institucionales*; por otro lado están los bienes jurídicos *colectivos*, que son los que protegen la satisfacción de necesidades de la población en general; y en tercer lugar están los de *control* que son aquellos que se manifiestan para controlar la organización del aparato estatal 308.

Las tesis dominantes, especialmente en Alemania, sobre la violación de deberes por parte de los funcionarios surgen de una relación subjetiva “Estado–funcionario” cuyo quebrantamiento era considerado muy grave y por ello debía ser penado con una pena mayor que una sanción administrativa, pues estos agentes habrían violado la confianza que el Estado les habría otorgado al nombrarlos como tales 309.

Si bien hay quienes sostendrían que aunque lo que se estaría lesionando es un bien jurídico, en realidad se refería a una violación del deber que los funcionarios tienen con la comunidad que les ha confiado el mismo, dicha postura es sostenida por STOCK 310. Lo interesante de la opinión del autor se encuentra en que el mismo sabe conectar el concepto de Administración pública con la satisfacción de las necesidades colectivas.

Actualmente la discusión no gira alrededor de la lesión del bien jurídico cuando hablamos de delitos contra la Administración pública, pero aún sigue la controversia respecto al deber que se viola desde el momento en que el funcionario tiene una relación muy especial con la Administración, diferente de la de los Degas administrados y al cometer un delito que compromete dicha función en beneficio propio, estaría violando dicho deber 311.

---

308 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 312.

309 Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Editorial Comares, Granada, 2003, págs. 31 y sigs.

310 STOCK, U, *Entwicklung und Wesen der Amtverbrechen*, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1932, págs. 250 y sigs.

311 VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 54/55.

En un sentido similar, aunque desdoblado la protección, se encuentra una violación del deber impuesto al autor y por otro lado hay una violación del bien jurídico que a su vez es custodiado por dicho deber 312.

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

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

Hay además una cantidad de doctrinarios que postulan un bien jurídico adicional: “la pureza del ejercicio del cargo”. Este bien jurídico sería simplemente el orden público, en un sentido amplio. MAURACH sostiene que dicho bien jurídico común no es eficaz en todos los delitos de los funcionarios de la Administración Pública, por lo que además de éste habría otro bien jurídico protegido que determinar 313.

Dentro de la doctrina alemana hay quienes no comparten la idea de un bien jurídico único para todos los delitos del cargo. Así, BINDING entiende que no basta con que el sujeto activo tenga una cualidad personal, como ser funcionario público, sino que a esto se debe sumar que la comisión del delito se efectúe durante el ejercicio de dicha función 314.

Esta postura surge de la idea que sostiene el autor según la cual, cuando el Estado encomienda una función a un sujeto, lo ubica en un lugar donde podrá ser honesto o no a la hora de trabajar. Es decir, que la fundamentación de delitos como

---

312 Cfr. GALLAS, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, págs. 154 y sigs.

313 MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1992. Así también MAURACH – GÖSSEL – ZIPF, *Derecho penal, Parte general*, parágr. 20, III, nº. marg. 29.

314 Cfr. BINDING, Karl, ob. cit., pág. 131.

éste, para el autor surge en la posibilidad que tienen los agentes estatales de abusar de su autoridad para la realización de actos contrarios a derecho desde su función.

De esta forma, el funcionario que delinque ataca, por una parte, a los deberes que le fueron confiados y, a su vez, al Estado que fuera quien le confiara su resguardo.

Entre los autores que sostienen que no hay un solo bien jurídico en los delitos cometidos por los funcionarios públicos se encuentra WAGNER, quien sostiene que dentro de dichos delitos hay dos grupos, por un lado están aquellos que la lesión se puede imputar al Estado y por otro los que esta lesión no es imputable a éste 315.

En los primeros, el funcionario al cometer el delito lesiona un bien jurídico individual, que en virtud de la relación Estado-ciudadano, dicha lesión es imputada al Estado, pues el carácter del funcionario es el de representante del Estado.

Hasta aquí la explicación a simple vista es similar a la de los demás autores, pero la misma se complica cuando WAGNER introduce la noción de “Estado de derecho del Estado” y en virtud de ésta debe desdoblarse su explicación en esta clase de delitos, pues las acciones de los funcionarios si bien él las analiza por separado, sostiene que están unidas de forma “*indisoluble*” 316.

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

Como segundo grupo de delitos que distingue, encontramos aquellos en los que la lesión solo se promueve contra el Estado. Así la lesión se produce o bien contra el Estado o bien desde el Estado y podría decirse en nombre de éste, lo cual, como se puede observar, complica bastante las cosas, aunque solo parezca un juego de palabras 317.

---

315 WAGNER, Heinz, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, págs. 85 y sig.

316 WAGNER, Heinz, ob. cit., págs. 51 sig.

317 WAGNER, Heinz, ob. cit., págs. 51 sig. Cabe exponer, como bien lo hace ROCA AGAPITO, que en Alemania esta dirección es seguida además de por WAGNER, en la teoría del deber del cargo como bien jurídico protegido, autores como WELZEL, GALLAS, MAYER, LANGE, Armin KAUFMANN, ROXÍN, OTTO, MAIHOFFER, SCHMIDHAÜSER y SCHRÖDER (en *Amtsverbrechen*, ob. cit., Berlin, 1975, págs.



### 1. *Violación al deber como lesión del bien jurídico protegido*

Las teorías sobre la violación del deber han sido criticadas, pues las mismas son consideradas autoritarias por no tener en cuenta que la Administración y los funcionarios que en ella trabajan están al servicio de los ciudadanos y no estos al servicio de la misma.

Lo importante en este caso es el deber de la Administración y de quienes la representan, es decir, sus funcionarios, y como éstos actúan. Es decir que lo que es fundamental es el bien jurídico que estos atacan o perjudican.

La obediencia que se debe tener no es, en sí, un bien jurídico que se protege, en cambio, sí se preserva que se puede cumplir con todo aquello que depende de ser realizado a partir la obediencia en cuestión.

En este orden de ideas, OCTAVIO DE TOLEDO concluye que los delitos de esta clase son cometidos por las personas que ejercitan la función pública y así lo que se protege, es decir el bien jurídico tutelado, es el correcto funcionamiento de la función pública 318.

A esto BACIGALUPO agrega que además de lesionar el buen funcionamiento de la Administración, debe generarse un quebrantamiento de la confianza pública.319

OLAIZOLA NOGALES sostiene que lo importante es entender que este bien jurídico, cuando protege el buen funcionamiento de la función pública, lo hace pensando en que ésta ha de funcionar con imparcialidad, legalidad y objetividad. Es

---

50/80). El autor citado -WAGNER- se muestra contrario al reconocimiento de la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo, y en todo caso, en contra de la infracción del deber del cargo como contenido total del injusto común en dichos delitos. Así también Wagner divide los delitos de los funcionarios públicos (*Amtsdelikte*) en tres categorías: “delitos imputables al Estado, puros delitos no imputables al Estado y delitos no imputables al Estado lesivo de bienes jurídicos individuales”. De todas formas, parece el autor haberse inspirado en el parecer de BINDING, *Die Amtsverbrechen und seine legislativischen Behandlung*, en “GS”, vol. 64 (1904) págs. 1 y sigs., “de que el abuso por un funcionario de su posición de poder a través de una acción antijurídica no supone que el Estado no ha cometido ningún injusto” (*Vid.* ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de Malversación de caudales públicos*, J. M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 45 y sigs.).

318 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 243 sig.

319 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios*, en “Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, volumen II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 1099.

decir, que los ciudadanos que en ella desempeñan funciones deben prestarlas de acuerdo a los criterios establecidos por la norma 320.

La doctrina española ha defendido la concepción de “infracción del deber del cargo” pues ha considerado, al menos su mayoría, que los delitos previstos para los funcionarios públicos tienen en común este elemento.

De esta manera, OCTAVIO DE TOLEDO, si bien ha considerado que la agrupación de estos delitos en un mismo capítulo obedece a un criterio de interpretación muy particular, es comprensible que la misma haya ocurrido de esta manera, pues lo que se ha privilegiado es la relación de los sujetos activos del tipo con la Administración Pública y a partir de esta relación, la infracción es considerada el elemento de esencial de la antijuridicidad del tipo 321.

Por otro lado, JASO ROLDÁN consideró que la única posibilidad de unir estos delitos es la violación del deber, pues hay ciertas acciones que no llegan a ser configurativas de un delito y sí lo son de una infracción elevada a la calidad de delito 322.

Actualmente y a partir de los trabajos de OCTAVIO DE TOLEDO, esta concepción ha pasado a ser considerada totalitaria, pues considerar que el deber de cargo es el objeto de protección forma parte de una postura formalista y abstracta que requiere de una limitación posterior, lo cual resulta contraria a la función enmarcadora que debe cumplir el bien jurídico 323.

Así como se ha planteado que no hay un bien jurídico común a todos los delitos del grupo, y pensando que lo mejor es consignar en cada caso los intereses jurídicos afectados para cada una de las conductas, RODRÍGUEZ DEVESA, señala que estos delitos se configuran con un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro 324.

---

320 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 304 y sigs.

321 OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 243 sigs.

322 JASO ROLDÁN, Tomás y RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte especial*, págs. 192 y ss. (dirigido por J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ), Editorial Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.

323 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, ob. cit., págs. 268 y sigs.

324 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José M<sup>a</sup>, *Derecho penal español, Parte especial*, 18<sup>a</sup> edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, págs. 1125 sigs.

Completando esta tesis, SÁINZ DE ROBLES explica que el funcionario al acceder a su cargo, accede también a determinados medios, facultades y poderes que son útiles a su función y por ello el abuso de poder será tal en el momento en que dicho funcionario haga uso de estos medios abusivamente. De esta forma, la relación entre funcionario y Administración pública es inseparable 325.

OCTAVIO DE TOLEDO sostiene la tesis que se oponía a la violación de un deber en el cargo argumentando, como se explicara anteriormente, que el bien jurídico que se protege en este título del CP es la función pública, entendiendo a ésta como el conjunto de las funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) no dimanantes de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino del Estado, desempeñadas por éste en la persecución de su fines. Esta concepción del Estado como persona genera que la Administración no pueda ser asociada a uno de los poderes, sino una persona jurídica con diversas funciones y entre ellas la de administrar 326.

Por su parte, GARCÍA ARÁN, si bien apoya la postura de TOLEDO, no hace una distinción entre la Administración –función y Administración– persona, sino que le da importancia al análisis de las funciones del Estado dentro del marco constitucional y del contenido de las funciones que presta, sus fines y su beneficio para el administrado 327.

En Europa continental, la Administración Pública fue considerada desde el comienzo de la etapa moderna, en donde florecen los Estados Nación, como una persona jurídica, y sus distintos poderes solo como distintas funciones de una misma persona jurídica.

En España esto no fue tomado como antecedente sino que por el contrario se consideró a la Administración Pública solo desde el costado de la Administración del Estado y no el Estado como persona.

---

325 SAINZ DE ROBLES, Santa Cecilia Celia, *Contribución a la Teoría general de los delitos de los funcionarios públicos*, págs. 141/208, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985, citada también por ROCA AGAPITO, loc. cit. *Vid.* SAINZ DE ROBLES, folios 43 y sigs.

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

327 GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 37 sigs.

Algunas de las ideas de cómo tomar al Estado y a la Administración Pública fueron esgrimidas por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien consideraba que la personalidad jurídica del Estado solo era tal en tanto Estado en relación con sus pares, es decir, en el seno del derecho internacional. En su aspecto interno solo tendría personalidad jurídica la Administración Pública, concepto que surge del art. 103.1 de la Constitución española. Así, ésta es una organización servicial de la comunidad, que “aparece con personalidad jurídica propia y para el derecho administrativo es un sujeto de relaciones jurídicas” 328.

SANTAMARÍA PASTOR, en cambio, por último sostiene que el Estado español no tiene personalidad jurídica sino que son los entes administrativos los que la poseen. Esta personificación solo sería parcial, pues su fin sería regularizar lo que de hecho ocurre en la gestión 329.

### 1. *Configuración italiana de los delitos contra la Administración pública*

Antes de entrar a analizar los delitos contra la Administración pública en la legislación italiana es preciso definir qué se entiende por Administración Pública para dicho Estado.

Según quien fuera Ministro de Justicia a la hora de la sanción del Código Penal italiano, ROCCO, el sentido que se le confiere a la Administración Pública en esta norma es amplio, pues la misma es comprensiva de toda la actividad del Estado

---

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

329 SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 61.

y de los entes públicos. Es decir, se tutela la administración del Estado, pero también las funciones legislativas y judiciales 330.

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

En cambio, para PANNAIN, la noción de Administración pública en el Derecho Penal es distinta de la concepción de Administración pública para el derecho administrativo, pues ésta abarca sólo las cuestiones administrativas 331.

Siguiendo con el análisis, nos encontramos con la opinión de TAGLIARINI, quien sostiene que es necesario contemplar el sentido amplio de la Administración pública, pues al haberse producido un cambio en la legislación y por ende en el colectivo social, es diferente la visión que se tiene de la misma. Así las cosas, si se mantiene que la Administración abarca todas las funciones del Estado, esto hace que se pierda especificidad a la hora de poder limitarla, analizarla e incluso normarla 332.

En el mismo orden de ideas, BALSANO sostiene como interés que la norma penal tutela propiamente el deber de observancia por parte de los funcionarios y de los dependientes de la fidelidad del servicio o del cargo, entendido como el buen uso de las funciones y el respeto de las reglas de us en las relaciones con terceros 333.

---

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

331 PANNAIN, Aldo, *Brevi note in tema di peculato*, en "Archivo Penal", II, pág. 516.

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

333 BALSANO, Luigi, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Editorial Pellegrini, Cosenza, 1991, págs. 19 sigs.



## **CAPÍTULO IV**

### **TIPO DE NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

## **I. Consideraciones generales sobre los “Delitos contra la Administración Pública” en el Código Penal español**

Es necesario comenzar diciendo que en los delitos contra la Administración pública el objeto de protección jurídica lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público, en su aspecto mas bien externo, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcional) se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno ( de organización o de relación Administración-funcionarios), aunque sin dejar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido 334.

Ya la Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, base del Código Penal de 1995, y en este caso del actual, muy elocuentemente expresaba que: “La concepción de la función pública y el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad no es, en modo alguno, el mismo en el marco de la Constitución de 1978 que en la mentalidad del legislador histórico y los que le han ido enmendando. En el actual Código (1973) la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuridicidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparecen como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de “ultima ratio”.

---

334 MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, José M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 19.



Las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos se encuentran bajo la rúbrica de los “Delitos Contra la Administración Pública”, correspondiente al Título XIX del Libro II del Código Penal español de 1995, modificado por L.O. de 23 de junio de 2010 (BOE de 23/06/2010, N° 152).

En dicho Título, atinente a los tipos penales denominados negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de sus funciones, todos los delitos tienen como denominador común el abuso de poder o de la función pública con una finalidad directa o indirecta, con el objetivo de obtener un beneficio que puede ser económico o de otro tipo. Es decir, se usa la función pública para fines privados. Aunque sólo se hace referencia en el Capítulo a funcionarios, en los tipos que se amalgaman en el mismo se comprende también a las autoridades.

Tal como expresa POLAINO NAVARRETE, las negociaciones y actividades prohibidas son expresiones legislativas en exceso amplias y generalizadoras. Los abusos –conforme expresa el Catedrático español– encubren una pluralidad de manifestaciones típica de prevalimiento del poder público 335.

El Título XIX, más allá de ser amplio, no culmina al agotar los delitos propios de los funcionarios públicos. Es acertada la observación efectuada por POLAINO NAVARRETE al considerar que no pocos de los más graves delitos son dejados fuera del presente Título, además expresa también y en el mismo sentido que “el presente Título de los “Delitos contra la Administración Pública” resulta incompleto e imperfecto, y además manifiestamente asistemático y carente de respeto a las exigencias de proporcionalidad punitiva. Numerosos comportamientos de los funcionarios públicos que el Código ha estimado preciso tipificar han sido dejados extramuros del ámbito incriminador del Título XIX, dedicado a los delitos contra la Administración Pública”<sup>336</sup>.

---

335 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), obra conjunta titulada *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 357. Así, considera que la diversidad de los bienes jurídicos es manifiesta en las figuras legales que, además de incidir en los deberes de correcto ejercicio de la función, afectan bienes tangibles y apreciables en la cosa pública o en particulares. La delimitación de los bienes jurídicos lesionados por el comportamiento típico ha de derivarse de la descripción positiva de los delitos. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, ob. cit., tomo II, pág. 357.

336 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones*, ob. cit., t. II, pág. 268.

Preliminarmente hemos de limitar el presente trabajo a las figuras descritas en los artículos 439 y 440 del CP comprensivas del tipo básico, incluyendo el artículo 441 del mismo cuerpo legal, en virtud de tratarse específicamente en el tipo una acción de ejercicio de actividad profesional incompatible con la función pública, aunque se hará un breve referencia a la restante normativa.

El tipo descrito en el artículo 442 del CP, si bien resulta una “actividad prohibida”, no ingresa a nuestro criterio dentro de lo que puede entenderse como “negociación prohibida o incompatible con la función pública”, encontrándose, salvo algunos tópicos contenidos en el tipo, relacionado con el art. 417 CP que hace referencia a la revelación de secretos. Así, POLAINO NAVARRETE lo incluye adecuadamente dentro de los denominados “abusos en el ejercicio de la función”, de esta manera la figura queda estructurada en tipos delictivos (básico, privilegiado y cualificado), ello en función o no del beneficio económico en la cantidad pretendida o aspirada por el titular de la función pública que lleva a cabo el uso de secreto o información privilegiada, así como la entidad del daño causado 337.

Se deja planteada la cuestión, en cuanto a qué ocurre en el Derecho argentino, de que resultaría necesaria una modificación de la figura legal, puesto que tal como se encuentran configurados los tipos analizados, en especial, el artículo 439 del Código sustantivo, a más de deficiencias dogmáticas que hacen harto dificultosa la comprensión del objeto de prohibición, se ponen de manifiesto problemas que hacen a la Política criminal, toda vez que en este punto la tipificación establecida en su última redacción atenta contra la función preventivo-general positiva y negativa de la norma y por ende a la efectiva aplicación de la misma.

La propuesta de su modificación por una norma menos imperfecta resulta necesaria en virtud de la gravedad que reviste para los Estados la creciente delincuencia económico-patrimonial, a lo que se suma la dificultad en la investigación de este tipo de delitos y su esclarecimiento.

El presente artículo 439 del Código Penal aparece como el entrecruce de los artículos 404 y 401, donde emergen aspectos del fraude y las negociaciones prohibidas a funcionarios. El artículo 401 del CP (1973) resulta ser el antecedente

---

337 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones*”, ob. cit., t. II, pág. 362.

más próximo de la figura de los artículos 439 y 440 del CP; sin perjuicio de ello guardan estrecha relación también como antecedentes el art. 404, en cuanto prohibía a determinados funcionarios mezclarse en operaciones de carácter lucrativo dentro de su jurisdicción o mandato, y el artículo 198, que penaba al funcionario público que prevaliéndose de su cargo, ejerciera una profesión relacionada con dicho cargo o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro.

La ubicación de los artículos mencionados en dos partes diferentes del Código sustantivo mereció no pocas críticas, como la de MIR PUIG, quien consideró que “la falta de rigor sistemático que pone de manifiesto la ausencia de unidad en el emplazamiento de la regulación de esta materia resulta tan evidente como injustificada” en relación a los arts. 404 y 198 del CP (1973)<sup>338</sup>.

La reforma operada en 1995, si bien intentó completar y organizar de una manera más acabada los tipos penales, tampoco se caracteriza por aportar una buena tipificación considerando los aspectos técnico, axiológico y punitivo. En el Derecho comparado, más precisamente en los Códigos Penales europeos, en la mayoría de los casos no se toma la figura típica de manera autónoma a diferencia de algunos de los Códigos sustantivos latinoamericanos como el argentino, donde su tratamiento es autónomo (art. 265 CP) dentro de los Delitos contra la Administración Pública.

Resulta común a la generalidad de delitos contra la Administración Pública la cuestión de la doble sanción –penal y administrativa– que puede recaer sobre un mismo hecho realizado por el agente.

Como señala ORTS BERENGUER, la comisión de alguno de estos delitos contra la Administración Pública por parte de sus funcionarios importa para los mismos la posible imposición de una pena y una sanción administrativa, habiendo posibilidades con ello de vulnerar el principio constitucional del *ne bis in idem*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en diferentes resoluciones ha declarado la compatibilidad de ambas sanciones, cuando la conducta del funcionario además de constituir un delito, afecte el servicio público que presta. Ha establecido también

---

338 MIR PUIG, Santiago, *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, en “NEJ”, Tomo XVII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, pp. 202 y ss.

dicho Tribunal la prioridad de los Tribunales de Justicia sobre la Administración, manifestando que ésta no puede actuar mientras no lo hagan aquellos ni apartarse de sus planteamientos fácticos (*vid.* STC 2/1981, 781/1985)<sup>339</sup>.

Consideramos acertada la opinión de ORTS BERENGUER en cuanto a que la compatibilidad de las sanciones puede aceptarse en tanto y en cuanto ambas sanciones se originen en causas distintas por responder a “diferentes desvalores, a lesiones de bienes jurídicos no coincidentes y no sólo por la finalidad diversa de una y otra”<sup>340</sup>.

Destaca un sector de la doctrina que el capítulo IX en análisis tiene carácter residual, por lo cual no resulta posible encontrar un objeto de protección común a las diversas figuras delictivas<sup>341</sup>. Así, se ha estimado que dicho Capítulo es “un auténtico cajón de sastre en el que a través de un hilo conductor que esencialmente se identifica con el concepto más o menos global de la imparcialidad de la actuación administrativa, se acumulan tipos penales que no sólo tienen poco que ver entre sí en cuanto a la mecánica comisiva, o a los bienes jurídicos que con mayor o menor grado de pluriofensividad concurren con aquel, sino que en buena medida presentan una naturaleza “residual”, en cuanto que suponen instrumentos de “cierre” para cubrir posibles grietas de impunidad para conductas de aprovechamiento y abuso de la condición de autoridad o funcionario próximas sobre todo al cohecho, la prevaricación y el tráfico de influencias, pero de difícil integración en muchos casos en las descripciones típicas de tales delitos”<sup>342</sup>.

Consideramos que los tipos, tal como se encuentran normados, muestran inquietantes imprecisiones (*vid.* art. 439 CP), dejando fuera determinadas conductas que pudieron, para una mejor política criminal, encontrarse incriminadas, lo que se analizará oportunamente.

Según POLAINO NAVARRETE, se aprecia, en rigor, una diversidad de bienes jurídicos en las figuras típicas analizadas en el presente capítulo IX, ya que más allá

---

339 ORTS BERENGUER, Enrique, *Derecho penal (Parte especial)*, 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 376.

340 ORTS BERENGUER, Enrique, *ob. cit.*, pp. 736 ss.

341 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comentarios al Código Penal* (Director: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 1166.

342 CRESPO BARQUERO, Pedro, *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Coord. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, Granada 1998, p. 1741.

de ser afectados deberes que hacen al correcto ejercicio de la Administración Pública se incide en bienes tangibles que resultan apreciables en la propia cosa pública o en particular 343.

Así pues, cabe considerar que no resulta adecuada la técnica legislativa empleada, ya que incurre en deficiencias dogmáticas que obstaculizan la comprensión del objeto de prohibición. Se presentan también, conforme se encuentran redactadas las normas, en especial el art. 439 CP, ciertos problemas de delimitación con delitos que pueden resultar conexos (ej.: malversación).

Al decir de CRESPO BARQUERO, el legislador «está tratando de atajar la impunidad de ciertos supuestos “fronterizos” de aprovechamiento económico del cargo con ocasión de la intervención del funcionario en la relación Administración–particulares, sin que sea difícil vislumbrar, tras una redacción tortuosa y una técnica generadora de justificadas reticencias, el propósito de poner coto a la corrupción en unas de sus manifestaciones tópicas en el tiempo de gestación del presente Código, cual es la percepción de comisiones a cambio del favorecimiento e determinadas posiciones negociables en dichas relaciones entre la Administración y quienes contratan con ella<sup>344</sup>.

Puede decirse entonces que la configuración legal de las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos tiene un arreglo similar al utilizado para los fraudes funcionariales, con la diferencia de que en las conductas ahora desmenuzadas, se desvalora una actividad de contratación en la que prevalece el cargo y se dirige hacia el enriquecimiento ilícito del funcionario, que puede ser conseguido de manera coactiva o simplemente derivada del abuso de su cargo, sin que sea necesario que concurren las maniobras fraudulentas<sup>345</sup>.

---

343 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág.432. Considera el Profesor Polaino Navarrete que el articulado del Código en cuanto se refiere a los delitos contra la Administración Pública “abunda en el empleo de la deficiente técnica legislativa de configuración de una multiplicidad de rúbricas e incriminaciones de delitos especiales de los funcionarios públicos, que resultan ser parciales, fragmentarias y complementadoras entre sí”. Vid. POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 269.

344 CRESPO BARQUERO, ob. cit., pág. 1741.

345 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit. pág. 433. En el mismo sentido, LUZÓN PENA, Diego-Manuel, en cuanto no exige la figura “la defraudación, ni el engaño, maquinación, artificio, ni tampoco perjuicio o lesión patrimonial”, en *Actuaciones en interés propio en los fraudes de los funcionarios del artículo 401 del Código Penal*, en *La Ley*, nº 4, Madrid, 1989, p. 417.

Por último, cabe destacar que los tipos elegidos contienen la incriminación de acciones de funcionarios o autoridades que no han sido consideradas disvaliosas en otras tipologías funcionariales, incorporando la punición de comportamientos realizados por particulares a quienes se les encomienda, a través de la ley, la administración de bienes que no le son propios, afectándose la Administración Pública aún de manera indirecta.

En los arts. 439 y 441 el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de las resoluciones de la Administración Pública. Los ciudadanos tienen interés en que los actos de quienes trabajan en la función pública no se mezclen con los propios y esto pueda restringir las medidas adoptadas.

Conforme expresa QUERALT JIMÉNEZ, al referirse a los artículos 439 a 441, éstos contienen infracciones específicas de deberes contenidos en el estatuto de la función pública y en las leyes de incompatibilidades. La esencia de la infracción viene dada por el quebranto del deber de imparcialidad que incumbe a todos los funcionarios para poder servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE). Como suele ser frecuente, estas infracciones son pluriofensivas; se considera, con todo, que su agrupación sistemática en torno al título propuesto (más amplio que el tradicional de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos) resulta funcionalmente aceptable, ello por vulnerar al funcionario con esta o aquella finalidad, con este o aquel resultado, el deber de imparcialidad; más aún, el de parecer imparcial y no tomar interés en los asuntos que le afectan profesionalmente 346.

En el art. 442, que se refiere al uso indebido de secretos o información privilegiada, lo que se intenta proteger es la igualdad de oportunidades de aquellos ciudadanos que no pueden acceder a dicha información.

En el art. 443, en cambio, se protege la imparcialidad de las resoluciones de la Administración y el principio de igualdad.

La cláusula concursal del artículo 444 del Código penal español se refiere sólo a los delitos contra la libertad sexual, pero —según expone NÚÑEZ FERNÁNDEZ—

---

346 QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, Sexta edición actualizada, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, p. 1181.

esta mención al bien jurídico debe interpretarse extensivamente para abarcar a las infracciones contra la indemnidad sexual, de la que resultan titulares, entre otras personas, los menores (niñas, niños y adolescentes) que pueden también ser pasivos de sollicitación , más allá de la previsión expresa que en este sentido trae el artículo 443.2 del Código Penal 347.

Los art. 439 y 440 de la legislación española tienen como antecedente el proyecto de 1994 y el Código Penal de 1995; éstos se encontraban enmarcados en los arts. 417 y 418 del mismo. Previamente a este proyecto, el Código Penal lo preveía en el art. 401.1 y 2.

La jurisprudencia y la doctrina entendían que en el párrafo primero, lo que se consideraba como conducta disvaliosa era un accionar diferente de los previstos en el capítulo de fraude, pues no se requería la efectiva defraudación, un perjuicio o lesión patrimonial. Éste era un delito de mera actividad o conducta en el que no cabía la tentativa pues sólo era necesario que comenzara a interesarse para que se empezara a consumir 348.

---

347 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Sollicitación sexual (arts. 443 y 444 CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial, III, Delitos contra las Administraciones Públicas de Justicia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

348 MIR PUIG, Santiago, ob. cit., págs. 356 y sig.

## II. Figura típica en el Derecho penal español: artículo 439 del CP

La figura delictiva de negociaciones y actividades prohibidas se encuentra ubicada en el Código penal español dentro del capítulo que prevé los fraudes ilegales, correspondiente al Título XIX del Libro II actualmente modificado por la LO de 23 de junio de 2010 (BOE, 23/06/2010, N° 152), mientras que en la legislación argentina posee un capítulo autónomo.

El artículo 439 del Código Penal español expresa: *“La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”*.

El artículo 412 del CP de 1870 establecía: “El funcionario público que directa o indirectamente se interesase en cualquier clase de contrato u operación en que deba de intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías”.

El artículo 439 del CP de 1995 establece: “La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o



facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticinco meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”. (Concordante con los art. 401.1 y 404 CP).

El artículo 439 del Código Penal castiga a “la autoridad o funcionario público que debiendo intervenir, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”. La sanción se impone a la “autoridad o funcionario” que realice estas conductas es de “multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”.

El antecedente inmediato de esta figura lo representa el art. 401 del Código Penal de 1973, que resultaba a los fines dogmáticos y políticos criminales más claro que el actual conforme se encuentra redactado.

En aquel articulado se penaba al funcionario público que se interesaba en “cualquier tipo de contrato u operación en la que debía intervenir en razón de su cargo”, reprimiéndose la conducta con pena de inhabilitación especial y multa del tanto al triple “el interés que hubiere tomado en el negocio”. También se relaciona con el presente artículo 439 el antiguo artículo 198, que penaba la conducta del funcionario público que prevaliéndose de su cargo “ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro”.

Las negociaciones incompatibles conforman un tipo especial en el que un interés ilícito puede producirse directamente, por un tercero o mediante un acto simulado. Esta figura está redactada con cierta generalidad, ya que no se hace alusión alguna al tipo de contrato u operación que el funcionario realiza.

Esta figura puede prestarse a confusión con el delito de colusión defraudatoria, pues suele entenderse a las negociaciones incompatibles como una tentativa que ha quedado trunca, pero no debe concebirse de esta manera, ya que

esta última requiere *acordar* con los interesados, mientras que en el delito de negociaciones no es necesario este elemento objetivo.

### A) Bien jurídico protegido

Respecto a la figura conminada en los artículos 439 y 440 del Código Penal, dentro del Capítulo IX, bajo el título que se dedica al tratamiento de los delitos contra la Administración Pública y lleva como denominación “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, POLAINO NAVARRETE efectúa una razonada crítica, en relación a que dicha rúbrica se advierte una “indeterminación normativa sobre la materia objeto de regulación”<sup>349</sup>.

En este sentido opina que tanto los términos “negociaciones” y “actividades prohibidas” resultan ser términos amplios y generales que no demuestran el carácter delictivo de las mismas<sup>350</sup>. En su opinión, efectivamente, “la diversidad de bienes jurídicos se manifiesta en las distintas figuras legales que, además de incidir en los deberes de correcto ejercicio de la Administración, afectan bienes tangibles específicamente apreciables en la propia cosa pública o en particulares”<sup>351</sup>.

ORTS BERENGUER es de la opinión de que, al tratarse la figura de negociaciones prohibidas, el bien jurídico protegido “puede cifrarse en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales”<sup>352</sup>. Por ello, cuando un

---

349 POLAINO NAVARRETE, Miguel, en obra conjunta titulada *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, dirigida por el Profesor Manuel COBO DEL ROSAL, Editorial Marcial Pons, Madrid. 1997, p. 431.

350 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 432.

351 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 432.

352 ORTS BERENGUER, Enrique, en obra conjunta titulada *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, 3ª edición, revisada y actualizada, Valencia, España, 1999, p. 775. A nuestro criterio, acertadamente expresa ORTS BERENGUER: “Cuando una autoridad o un funcionario se aprovecha de su posición para beneficiarse en un asunto en el que ha de intervenir por razón de su cargo, ni actúa con la imparcialidad debida, ni lo hace con la finalidad exclusiva de servir al interés general (Cfr. SSTS del 28 de

funcionario aprovecha su rango para beneficiarse personalmente con un acto que estaba previsto beneficiara a la Administración, estamos frente a la acción típica pero también puede ocurrir que su accionar no sea imparcial, o bien actúe de una forma que no es la prevista para su función.

Por su parte, GIMENO LAHOZ y CORBELLA HERREROS consideran que el artículo 439 y 440 del Código español, en lo que hace a su bien jurídico es un “puzzle de valores, entre los que se destaca la objetividad como atributo de la Administración”. Desde ya se entiende que cuando se refiere a la Administración es la pública<sup>353</sup>.

Conforme expresan CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, el bien jurídico protegido resulta ser la imparcialidad de las autoridades y funcionarios públicos 354.

Por otra parte, completa las opiniones doctrinales la tesis de CUGAT MAURI, en cuanto, resultando indiscutida la protección que debe hacerse de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, observa que “el problema de la legitimidad de la norma nace del hecho que ya existen otras igualmente orientadas a la tutela de ese bien jurídico”. De allí que afirma sobre residualidad de esta figura delictiva 355.

En palabras de MIR PUIG, preservan la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando así su imparcialidad frente a los ciudadanos en general y frente a quienes quieran contratar con el Estado. Es decir, la intención es proteger los intereses de los ciudadanos de aquellos funcionarios que busquen beneficios personales perjudicando los de la Administración 356.

Podemos afirmar pues que el bien jurídico protegido en el delito de las negociaciones incompatibles es la preservación de imparcialidad y objetividad de la

---

setiembre 1992, 14 de mayo de 1994, 28 de setiembre de 1995, en las que se resalta la integridad, la rectitud, la misma moralidad de la actuación del funcionario, como razón del delito)”, en ob. cit., pp. 775 y ss.

353 GIMENO DE LAHOZ, Ramón / CORBELLA HERREROS, Teresa, en obra conjunta de GANZENMÜLLE, ESCUDERO, FRIGOLA (Coordinadores), pág.124, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

354 CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código penal*, tomo II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2103 s.

355 CUGAT MAURI, Miriam, *Negociaciones prohibidas*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal*, III, ob. cit., págs. 586 y sig.

356 MIR PUIG, Santiago, *Nombramientos ilegales*, “NEJ” Seix, XVII, 1982, pág. 332.

Administración Pública por sobre los intereses privados que algún agente o funcionario pueda anteponer por sobre ésta.

Por último, consideramos acertada la opinión, que compartimos, de DELGADO GIL en cuanto a que bienes jurídicos protegidos en el delito de “participación indebida del funcionario en negocios” son los principios constitucionales de “objetividad, imparcialidad e igualdad” que se ponen en peligro (los dos primeros) o se lesionan (el último) cuando el funcionario trata de lograr un beneficio de tipo económico inmiscuyendo intereses privados en los públicos; y puede alcanzarse todavía alguna conclusión más: “se trata de evitar con la incriminación del art. 439 (1995) el, al menos, riesgo de un enriquecimiento ilícito por parte del funcionario: puesto que la participación del funcionario en los negocios o actuaciones, mezclando intereses privados donde sólo debiera existir un interés público, ha de interpretarse en sentido económico, se trata de evitar el enriquecimiento injusto que puede lograr el sujeto; en definitiva, se protege el patrimonio de terceros” 357.

De allí es que resulta importante como se analizará más adelante, la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público- con especial referencia al derecho penal argentino- ello en mérito a íntima vinculación que tienen ambas figuras en el ordenamiento penal cuando se analizan los delitos que involucran corrupción de funcionario públicos.

## **B) Comportamiento típico**

La conducta típica en el antiguo Código Penal español consistía en que el funcionario se interesare en una operación o contrato en el cual debiera intervenir por su función.

En el párrafo segundo de la antigua legislación criminal, se extendía la tipicidad a aquellas personas que si bien no eran funcionarios públicos, tenían

---

357 DELGADO GIL, Andrés, *Delitos cometidos por funcionarios públicos (Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pág. 49.

acceso a ciertas operaciones o negocios en los que podrían interesarse y esto implicaba un incorrecto desempeño de dicha función. De esta forma se protegían los patrimonios particulares y los posibles abusos que los peritos, tutores, albaceas u otros funcionarios similares pudieran realizar por acceder a cierta información.

En el art. 439 del Código Penal de 1995 era *sujeto activo* la autoridad o funcionario que deba informar por razón de su cargo en un contrato, asunto operación o actividad. Actualmente, con la reforma operada en el año 2010, en el artículo 439 del Código sustantivo español se modificó la expresión “informar” por “intervenir”.

Estábamos en la redacción de 1995 frente a un deber de informar y no una mera posibilidad de hacerlo. Esta acción de informar se podía interpretar de manera amplia o estricta. La interpretación amplia permitía considerar la cuestión como entender o dar noticia, mientras que en un sentido estricto suponía emitir un dictamen. Sin embargo, esta última interpretación acotaba mucho el margen de aplicación del tipo, por lo que creemos se condice más la inferencia amplia, ya que se está agrandando el círculo de posibles actores.

El sentido correcto para entender el objeto de la información es el de cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, para luego reducirlo a negocios o actuaciones. Estas actuaciones pueden ser de carácter económico o no (como los favores sexuales previstos en los artículos posteriores).

El eje de esta conducta es la acción de interesarse y este interés puede ser directo o indirecto, por un acto simulado y en provecho propio o de terceros. Ello implica que la acción debe sobrepasar los límites que la función le otorga al sujeto activo, con miras a intereses particulares. Este interés a que se refería el Código Penal de 1995 –modificado en el año 2010 por el término “intervenir”– a su vez debía ser presente, ni futuro ni hipotético.

Respecto del mencionado artículo, hay dos vertientes sobre la génesis del mismo, así hay quienes sostienen que debe ser económico –entre ellos, GARRAUD, en la doctrina francesa 358– y quienes de una manera amplia consideran que puede

---

358 Cfr. GARRAUD, R, *Traité Théorique et pratique du Droit pénal français*, t. IV, 2ª edición, Editorial Sirey, París, 1900, págs. 76 y sig.

ser cualquiera, sin ser exclusivamente económico, necesitando que haya una incompatibilidad de la función. Aunque no todas las legislaciones coinciden con la interpretación amplia, así por ejemplo, tanto en el Derecho peruano como en el argentino, el interés debe ser de naturaleza estrictamente económica.

Ahora bien, tres son los elementos que deben hallarse dentro de la acción para ser considerada típica: interés, el contrato u operación y el vínculo funcional del sujeto activo.

La forma de interesarse puede ser *directa*, ello ocurre cuando el sujeto activo manifiesta su intención de buscar el beneficio particular por sobre el interés de la Administración; dicha ostentación puede darse durante la propuesta, celebración, negociación o ejecución del contrato.

Asimismo la afectación puede ser *indirecta*, caso que se da cuando un tercero, particular o funcionario participa de la negociación del contrato. Éstos podrán ser cómplices o meros instrumentos para la realización del ilícito.

Por otra parte, la acción puede ser efectuada *mediante un acto simulado* cuando se negocia con alguna empresa que es de propiedad del funcionario o agente, o bien con empresas que no existen.

El interés podrá ser *propio o para terceros*, lo cual amplía la gama de negociaciones que serán típicas, de lo contrario algunas acciones quedarían impunes, porque el beneficio no es imputable al funcionario.

El objeto de la negociación será un *contrato u operación*. El primero podrá ser de cualquier naturaleza en que el Estado pueda intervenir (puede ser muy variada según la repartición). Mientras que las operaciones son aquellos actos que si bien no revisten la calidad de contratos, son realizados por los agentes o funcionarios en calidad de tales.

Por último, el elemento necesario es el *vínculo profesional*, que es el que supone que el funcionario actúa como tal legítimamente, pero negocia un contrato o realiza una operación anteponiendo el interés personal por sobre el de la Administración.

Este delito requiere que el accionar del funcionario sea incompatible con las funciones que debe cumplir y con los intereses que debe proteger en calidad de su función.

En síntesis, esta conducta debe ser un aprovechamiento del cargo o función que el sujeto ostenta, lo que incluiría el dolo directo y posiblemente el eventual. Conforme a la legislación vigente, el tipo legal amplía la conducta de negociación prohibida del funcionario público al acto de “intervenir”, pero –como bien expresa POLAINO NAVARRETE–, también la restringe sólo a este ámbito de la actuación pública, en relación con el total del ámbito de las contrataciones oficiales con cargo a fondos públicos<sup>359</sup>.

Así pues, y conforme se encuentra redactada la norma, no realiza la conducta típica aquella autoridad o funcionario que “no debe intervenir”<sup>360</sup>. En este sentido, ORTS BERENGUER considera que la función de intervenir constituye el presupuesto ineludible para que la conducta típica pueda ser realizada<sup>361</sup>.

---

359 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 434. La presente figura legal, ahora tipificada en el artículo 439 del Código Penal, tiene como antecedente delictivo el tipo penal que configuraba, con notoria mayor precisión, el artículo 401 del anterior Código Penal, al conminar la conducta del funcionario que se interesaba en operaciones en que debiera intervenir por razón de su cargo, valorándose la pena de multa del tanto al triplo del interés que hubiera tomado en el negocio. El comportamiento conminado en el anterior Código integraba un delito de resultado, y no mera actividad, cuyo objeto material era constituido por el propio beneficio económico obtenido a través del <<instrumentum sceleris>> de los contratos u operaciones del carácter económico. (En este caso, con cita de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Actuaciones en interés propio en los fraudes de funcionarios del artículo 401 del Código Penal*, en “La Ley”, número 4, págs. 416 y sigs., Madrid, 1989). El tipo de injusto no exigía ningún singular elemento subjetivo, bastando la concurrencia del dolo del autor referida a la práctica del comportamiento de enriquecimiento económico conseguido en operaciones en las que habría de intervenir por razón de su cargo. (*Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 434).

360 En este sentido, CATALÁN SENDER, ob. cit., pp. 359/360, acertadamente considera que <<no cualquier funcionario puede ser sujeto activo de este delito, sino sólo aquellos que tienen facultades de evacuación o emisión de informes y además les corresponde informar el acto o contrato en cuestión según la normativa vigente sobre el particular (o sea, por razón de su cargo), de suerte que si el funcionario o autoridad emite el informe pero no lo hace por razón de su cargo, sino por otra circunstancia no estaríamos ante este delito>>. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 434, considera claramente que “cualquier autoridad o funcionario que <<no debiendo informar>> sobre las indicadas operaciones (contrato, asunto, operación o actividad) intervenga en ellas, resuelva la celebración de contratos o subcontratos, establezca las prestaciones económicas correspondientes, aprueba las estipulaciones contractuales y las condiciones de su ejecución, participe en el efectivo cumplimiento de las mismas, y a través de éstas o similares conductas cobre comisiones multimillonarias, no realizará el presente tipo de delito si no ha emitido informe ni ha tenido el deber de informar”.

361 ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., pág. 776, considera en referencia al tópico analizado, y respecto del informe a emitir por el funcionario, que el mismo “debe versar sobre <<cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad>>, esto supone, básicamente, que el funcionario ha de perseguir la participación en una actuación de carácter económico, aunque no le reporte beneficio o las posibles ventajas de esa participación favorezcan a otra persona”.

Así las cosas, el titular de la función que debe intervenir efectúa el núcleo de la conducta típica, cuando se “aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación”, la misma puede ser directa o por persona interpuesta, siempre en referencia a los negocios o actuaciones que intervenga en razón de su cargo.

Dentro de la descripción típica de la conducta, existe como exigencia normativa lo que POLAINO NAVARRETE acertadamente denomina “índole finalista del prevalimiento de la cualidad de funcionario que ha de intervenir en una negociación”, y esto es así puesto que el tipo dice que la conducta se desarrolla por parte del funcionario “para”, forzar o facilitarse<sup>362</sup>.

En consonancia con ello, estaríamos frente al “uso indebido y desmedido de una situación privilegiada que le viene dada *ex lege* al funcionario o autoridad, de un uso abusivo de una función pública para hacer provecho”<sup>363</sup>.

Lo emparentada que está la figura en análisis con otras del mismo Título resulta un dato elocuente. En virtud que el aprovechamiento ha de ser con la *finalidad de forzar o facilitarse cualquier forma de participación...*, el término “para forzar” podría dar a entender que “deberá haber habido una cierta presión o imposición, sin que se llegue al delito de coacciones; mientras la expresión para facilitarse indicaría que se ha alcanzado el objetivo (la participación) sin ejercer ningún forzamiento (...)”<sup>364</sup>.

---

362 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 435, quien considera asimismo también que “si se concibiera en sentido objetivo el tipo legal, en los distintos elementos que lo integran, el mismo constituiría un supuesto de delito plurisubsistente, en que el titular de la función que por razón del cargo ha de informar sobre una negociación oficial, y prevaliéndose de esta competencia específica, fuerza o se procura su propia participación en la actuación oficial, por sí mismo o mediante persona interpuesta. Esta interpretación no puede ciertamente soslayar el inicial absurdo indicado de que no debe ser considerado único sujeto activo posible el funcionario a quien incumbe el deber de informar, toda vez que debía haberse estimado como autor posible del delito todo titular de la función pública que interviniera con ánimo de lucro en la negociación oficial”.

363 CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 363, quien asimismo considera que el aprovechamiento del que habla la figura “no implica necesariamente un chantaje (informe en determinado sentido condicionado a la participación), ni siquiera se refiere a la idea de acuerdo ilícito entre dos o más partes, toda vez que aunque puedan existir estas situaciones, el tipo penal no las exige (en cuyo caso podría surgir concurso de delitos). Basta con que debiendo informar el funcionario, se aproveche de tal circunstancia unilateralmente. Si el funcionario o autoridad no se aprovechan (de su capacidad informante para forzar o facilitarse cualquier forma de participación), sino que simple y llanamente la otra parte, unilateral y espontáneamente, les da un beneficio u otra participación, estaremos ante la figura del cohecho si no se cumplen los presupuestos de ésta”.

364 CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 364. La segunda modalidad a que se hace referencia podría estar emparentada con la figura del cohecho.



Sustenta al respecto POLAINO NAVARRETE la opinión, que nos parece ajustada, de que el núcleo de la acción típica, tal como lo dicta el principio de legalidad, es constituido por la conducta de “aprovecharse” de la calidad de funcionario que le confiere al titular de la función el deber de informar sobre negociaciones en las que intervenga en razón de su cargo “para” forzar o facilitarse la efectiva participación en las mismas. Considera también dicho autor, en un importante aporte atinente al tópico de la política criminal, al entender que “ante la proliferación de la criminalidad funcional de la participación económica en negociaciones oficiales y del cobro de comisiones ilegales, es obvio que la configuración del presente tipo penal de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos resulta ambiciosa y contraria a la intervención mínima, haciendo difícil la aplicación práctica de la norma penal a la criminalidad económica de la corrupción política, y dejando fuera del tipo las actuaciones de autoridades y funcionarios no obligados a informar sino ante quienes se han de rendir los informes oportunos”<sup>365</sup>.

El “aprovecharse” que requiere la figura, conforme expresan CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, comporta el requisito que el funcionario persiga una ventaja o beneficio, por lo que de no ser esta la finalidad, no cabrá cumplido el presente tipo 366.

Cuando el tipo penal hace referencia a “cualquier tipo de participación”, ya sea la misma *directa o por persona interpuesta* (interpósita persona), considera que dicha participación puede ser directa o indirecta. El anterior artículo 404 CP contenía la fórmula “directa o indirectamente”, conforme la doctrina, para evitar la burla del precepto mediante la interposición de otra persona (interpósita) física o jurídica en la gestión de negocios<sup>367</sup>.

Las expresiones *negocios o actuaciones*, congloban conceptos como contrato, asunto, operación o actividad, y se refiere a aquellos negocios o actuaciones sobre los cuales el funcionario o autoridad debe informar en su condición de tal, no requiriéndose que el funcionario forme parte o integre el negocio (se convierta en

---

365 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 436.

366 CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (Directores), *Comentarios al Código penal*, t. II, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2104.

367 MIR PUIG, Santiago, *Negociaciones prohibidas a los funcionarios*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 204.

socio), sino que el funcionario realizará acción típica al tener participación de la manera que lo expresa el tipo para que se configure la conducta normada.

La participación del funcionario público debe ser en los negocios o actuaciones que deba informar en virtud de su cargo y no en otros contratos, operaciones o asuntos, lo cual conforme la doctrina, dicha técnica legislativa no deviene razonable ni adecuada<sup>368</sup>. Así y en referencia a la participación se ha dicho que la misma ha de derivarse del aprovechamiento de la circunstancia de que el funcionario debe intervenir en ese acto o contrato concreto, o sea, que el funcionario ha de usar de su especial posición en la estructura administrativa efectos de poder conseguir su propósito de beneficio. Ello significa, en síntesis que el ejercicio de las facultades generales 369.

Más allá de la dificultosa redacción que se formula en el tipo penal (art. 439 CP), nos encontramos frente a un delito de mera actividad, puesto que la conducta típica consiste en emitir el informe por parte del funcionario, quien debe hacerlo en razón de su cargo para forzar o facilitarse la participación en el negocio o acto; por lo cual se podría decir que se trata de un delito formal [CRESPO BARQUERO], y la acción típica entonces que se encontraría consumada con la emisión del informe<sup>370</sup>.

Por lo tanto la figura no exige la obtención de un beneficio, aunque pueda ser esa la finalidad que se persiga<sup>371</sup>. Ello es así puesto que cuando la figura habla de aprovecharse, lo hace en el sentido de estar en presencia de un abuso o prevalimiento del cargo por parte del funcionario y no exclusivamente de la persecución de un fin de lucro, lo que no excluye que pueda suceder.

---

368 CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 365, observa que puede que el legislador haya querido que, en caso de la ventaja en otros negocios estemos ante la figuras delictivas del cohecho o tráfico de influencias". *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 434 y ss.

369 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador), JUDEL PRIETO, Ángel, PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo II, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005, págs. 554 sig.

370 CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1743, considera que "la "participación", constituye tan solo un elemento finalístico subjetivo del tipo, con lo que se excluyen las formas imperfectas de ejecución, salvo quizá en algo remoto supuesto de actos encaminados a la elaboración del informe, que finalmente no llegue a emitirse con el contenido pretendido por el autor.

371 En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 776, citando jurisprudencia (STS de 29 de octubre de 1998), considera que la consumación « parece que se produce cuando se consigue la participación merced a las maniobras del funcionario -aunque no se obtengan beneficios por ello-, quedando en tentativa el intento infructuoso de lograrla. CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1743, es de la opinión que la participación no parece que forzosamente deba tener contenido económico, aunque esto sea lo normal que suceda.

## C) Sujetos

### Sujeto activo

Estos delitos especiales se diferencian de los comunes –en los que el sujeto puede ser cualquier persona– debido a que los funcionarios están sometidos a un deber, por lo que son quienes pueden incumplirlo. Se trata de delitos especiales *proprios* porque la calidad del sujeto es excluyente para poder afirmar que se ha cometido una acción disvaliosa, de lo contrario el hecho será atípico.

Los delitos especiales en sentido estricto, o propios son aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico; este es el caso de los delitos de funcionarios públicos 372.

En el caso autor sólo puede ser el funcionario público, de modo que el extraño, únicamente responde dentro de los límites del autor. Ello así el funcionario a que se hace referencia debe ajustarse a la forma legislada en el artículo 24 del Código Penal español 373.

Estos delitos especiales se diferencian de los comunes -aquellos en los que el sujeto puede ser cualquier persona- debido a que los funcionarios están sometidos a un deber, por lo que son quienes pueden incumplirlo y cometer también delitos de comisión por omisión.

A su vez los delitos especiales se pueden dividir en *proprios e improprios*. Serán *proprios* aquellos que la calidad del sujeto es excluyente para poder afirmar que se ha cometido una acción disvaliosa, de lo contrario el hecho será atípico. En el caso de los delitos *improprios*, por el contrario, el sujeto no necesariamente tiene que ser una persona con acotadas características, sino que cualquiera podrá ser incluido dentro de los parámetros del tipo. En estos casos, si el delito lo cometiera un sujeto especialmente cualificado habría una variación que derivaría en un tipo

---

372 Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, Editorial, Tecnos, Madrid, 1990, t. II, pág. 334.

373 Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coordinador), ob. cit., págs. 554 y sig.

penal impropio. Es decir, que se trata de delitos comunes especialmente cualificados 374. Tal por caso y dentro del ordenamiento penal español, en el delito de impago de pensiones- ya no en delitos contra la administración pública-, también encontramos delitos de los denominados especiales propio en cuando a que el sujeto activo tiene que “ostentar la cualidad establecida en el tipo en relación a las concretas prestaciones que se incumplen”375.

En referencia a los delitos especiales propios, resulta claro lo expresado por NÚÑEZ CASTAÑO, en cuanto a que “el fundamento material de los elementos de autoría en los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica, determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial para el ejercicio de aquella función; relación que constituye una relación de *dominio social típico*, que constituye, además, el fundamento material de las posiciones de garante y del deber de actuar. En esta línea, el ejercicio del dominio social típico y la asunción de la posición de garante respecto de determinados bienes jurídicos, constituyen los elementos que fundamentan la limitación de la autoría a determinadas clases de sujetos”376.

El sujeto activo en este tipo penal es el funcionario que tiene la facultad para intervenir, contratar o realizar alguna operación en relación a su cargo dentro de la Administración Pública. Así las cosas, el sujeto activo del comportamiento delictivo, en este tipo de delito –especial propio– sigue siendo la autoridad funcionario, pero –como expresa POLAINO NAVARRETE– “no se trata de cualquier autoridad o funcionario que ciertamente actúa con prevalimiento del cargo, sino

---

374 En el mismo sentido se ha expresado BLANCO LOZANO, Carlos, en cuanto expresa que “son delitos especiales propios aquellos en los que el sujeto activo aparece configurado en la descripción típica como una persona especialmente caracterizada en virtud de una específica cualidad que ostenta”. Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, Editorial La Ley, 2003, pág. 816.

375 Vid. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *El delito impago de pensiones*, Ed. J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 1997. Así también en los denominados Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, art. 305 del Código penal español- contra la hacienda pública estatal-, el sujeto activo del delito será “el contribuyente, el obligado tributario, lo que le otorga el carácter de delito especial”. Vid. REQUEJO CONDE, Carmen “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Miguel Polaino Navarrete (Director), Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 217 y sig.

376 NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial”, en *REJ, Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008, pág. 157 y sig.

exclusivamente de aquel titular de la función que por razón de su cargo <<deba emitir informe>> en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad”, así pues, conforme a la redacción actual, el funcionario que deba intervenir 377.

El presupuesto de la comisión del delito analizado es la existencia de un deber de *intervenir* en el asunto por razón del cargo. Quedan excluidos del tipo, en opinión de CUGAT MAURÍ, los supuestos en que quien tiene la condición de funcionario interviene en un expediente de contratación fuera del ejercicio de sus competencias públicas 378.

En el mismo sentido, BLANCO LOZANO ha expresado que lo característico del concepto penal de autoridad y que se encuentra en su propia esencia definitoria es el hecho de “tener mando” o “ejercer jurisdicción”. Así puede entenderse por tener mando, tener la facultad de disponer, “obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de los ordenado en el ámbito público” 379.

Este delito puede perpetrarse por una o varias personas. Éstas pueden ser cómplices, pero es necesario tener en cuenta que para la comisión de un delito especial es necesario y excluyente la calidad de funcionario público, a lo que debe agregarse la necesidad de que el autor tenga la facultad de negociar o manejar operaciones.

### **Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo en el delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos es de manera inmediata la “Administración pública” y mediatamente la sociedad en general, puesto que —como se viera anteriormente— en este tipo de delito no sólo se afecta a la Administración en sí misma sino que también se dañan

---

377 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 434.

378 CUGAT MAURÍ, en ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, ob. cit., págs. 589 y sig.

379 BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, Editorial La Ley, Madrid, 2003, pág. 827. Así, expresa que de manera más pormenorizada se ha considerado autoridad a los “jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros, alcaldes, entre otros, pero no, por ejemplo los tenientes de alcalde o concejales. En todo caso los dos últimos casos citados si podrán considerarse funcionarios públicos”.

los intereses de la comunidad en cuanto a que la misma tiene “interés” en la imparcialidad de la Administración pública<sup>380</sup>.

Lo característico de los delitos contra la Administración pública es que mayormente sus figuras delictivas se encuentran reservadas a funcionarios públicos y autoridades, ello toda vez que cuando se llevan adelante subvierten el correcto funcionamiento de la administración. Es de allí que la doctrina se ha expresado en el sentido que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es el correcto funcionamiento de la Administración; que debe ser matizado en el sentido “de que el mismo se tutela con el fin de que aquella rinda a la comunidad los servicios a que viene obligada y que justifican su propia existencia, en la forma establecida en el art. 103.1 CE, según el cual: <<la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho>>”<sup>381</sup>.

Tal como lo expresa RANIERI, puede entenderse Administración pública, sin perjuicio de las opiniones ya vertidas, en “sentido lato”, ya que abarca” tanto su organización en sentido subjetivo, como su actividad pública, que puede ser de administración, de legislación y de jurisdicción”<sup>382</sup>.

#### **D) Aspectos subjetivos del tipo**

Este tipo de delito requiere dolo directo, por virtud de la concurrencia de argucias que el sujeto activo debe efectuar para poder negociar en beneficio propio, ya que no es posible que se beneficie sin intención en una negociación. Otros

---

380 Así, MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 204, considera cuando analiza la antigua fórmula del artículo 404 C.P. que “la sociedad no aparece aquí únicamente por razón del interés genérico que siempre tiene de que no se cometa ningún delito, incluso los que agreden bien individuales, sino como sujeto del interés objeto de específica tutela por el artículo 404.

381 ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la Administración pública” en *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.2004, págs. 891 sigs.

382 RANIERI, Silvio, ob. cit., págs. 233 y ss., quien expresa que el normal funcionamiento de la Administración pública “puede ser impedido o perturbado tanto por obra de los funcionarios públicos o de personas encargadas de servicios públicos, o de personas que prestan servicios de necesidad pública o que tienen otra calidad, como personas particulares”.

autores consideran que a pesar de que la acción requiere indudablemente el dolo, el mismo puede ser directo o eventual, admitiéndose cualquiera de ellas<sup>383</sup>.

En opinión de SERRANO GÓMEZ, si bien se trata de un delito doloso, la situación de superioridad que tiene el funcionario y de la que se aprovecha para forzar o facilitar la participación de terceros cierra el paso al dolo eventual<sup>384</sup>.

Resulta absolutamente correcta y completa la formulación de POLAINO NAVARRETE, en orden a que la figura descrita en el artículo 439 CP “no integra un tipo pluripersonal, que exige la concurrencia de una pluralidad de elementos de acción realizados por el sujeto activo para la concreción del tipo, sino que constituye un delito subjetivamente configurado que exige la realización dolosa de una conducta básica objetiva, con la finalidad ulterior trascendente del ámbito propio del dolo y cuyo contenido no ha de alcanzarse objetivamente para la concreción del tipo”.

En el Código penal aparece exigida la denominada “aceptación de ventaja”, en tanto su artículo 331 especifica que, si una persona que trabaja en el Servicio público solicita alguna deferencia, ya sea para sí o para tercero, será castigado con cárcel de tres años o con multa. Si en cambio fuese juez o árbitro, el castigo será de 5 años o multa. Pero si le ofrecen una ventaja (que él no hubiese pedido) el hecho no es susceptible de la presente imputación.

En su artículo 332, el Código penal habla de corruptela y, al igual que el art. 331, describe dicha conducta, en términos en que, como en el artículo 439, este delito requiere del conocimiento y voluntad del sujeto para perfeccionarse.

Nos encontramos, pues, ante un delito exclusivamente doloso y como adelantáramos previamente no hay posibilidad legal de realización culposa del tipo. Si bien no hay exigencia de otro elemento subjetivo, como el ánimo de lucro, en general estas acciones buscan un beneficio económico.

---

383 En este sentido, CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 370, citando a MIR PUIG, ob. cit., p. 204, considera que se admite el dolo en cualquiera de sus formas, así mismo considera que « Aunque no lo precise expresamente la redacción del tipo, así se deduce del principio según el cual salvo que se desprenda lo contrario, la “voluntariedad” requerida por el 1º del Código Penal debe alcanzar a la conducta típica en su completo significado y no sólo a la causación imprudente de la misma”.

384 SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, 3ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, págs.. 755 sigs.

## **E) Consumación y tentativa**

El delito se consumará cuando el funcionario o autoridad pública actúen de manera paralela en la Administración y en el ámbito privado, es decir, se consuma cuando se puede verificar el interés personal o para terceros que el funcionario o agente pone en los contratos, el cual es el rector de su comportamiento.

Por otra parte es posible que el contrato no se lleve a cabo, o bien que el beneficio no se concrete o que el perjuicio contra el Estado no prospere, con lo cual, según una parte de la doctrina se estará frente a una tentativa.

Lo que realmente mueve a penar esta acción es que haya una actividad que tienda a buscar un interés personal antes que el interés del Estado en su conjunto, que está representado en cabeza del funcionario en cuestión.

Esta consumación, en palabras de MIR PUIG, es anticipada, ya que si el interés en la operación en la que luego como funcionario tendrá intervención, se produce, ya habrá consumación del delito. Este interés que supone la consumación no necesita que haya un beneficio particular, sino que con el simple interés ya hay un accionar disvalioso 385.

Como bien señalaba LUZÓN PEÑA, en el tipo del artículo 401 CP se trata de un delito de “consumación anticipada”, puesto que bastaba con que el funcionario público tomara interés propio, aunque no consiguiera el beneficio, sino que además era suficiente con que se interesase particularmente en operaciones o contratos en las que luego intervendría en razón de su cargo, por lo cual en ese mismo momento se producía la consumación<sup>386</sup>.

---

385 MIR PUIG, Santiago, ob. cit., págs. 204 y ss.

386 LUZÓN PENA, Diego-Manuel, ob. cit., p. 420, también considera que la consumación se produce en el momento indicado “...aunque luego el funcionario, por enfermedad, cese, por ser descubierto, por anulación de la convocatoria, etc., no llegue a poder resolver o intervenir de otro modo oficialmente en la operación, e incluso aunque, tras haberse interesado particularmente en la operación, luego el funcionario, por miedo a ser descubierto o por amenazas, etc., acabe actuando o resolviendo de modo contrario a su interés particular: el tipo del artículo 401 no utiliza una fórmula en que se castigara al funcionario <<que, habiéndose interesado en un contrato u operación en el que deba intervenir por razón de su cargo, practique tal



Resulta llamativa la actual redacción, toda vez que no hace más que oscurecer la figura en tiempos en que la corrupción pública ha avanzado considerablemente en cuanto a sus formas y modalidades, y además pareciera haberse enquistado en la Administración, puesto que tal como se encuentra redactado el tipo penal vigente, se impide o al menos se obstruye el fin preventivo-general de la norma incriminadora y su efectiva aplicación.

La acción típica consiste en el “aprovecharse” del deber funcional al intervenir en cualquier tipo de contrato, asunto, operación o actividad con el fin de forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones. En este sentido se ha considerado que “no basta con informar en un contrato, asunto, operación o actividad en el que se tienen intereses, sino que lo que concede a esta modalidad de conducta su carácter de injusto penal es hacerlo aprovechándose de ese deber de informar para forzar o facilitarse una participación en tales negocios o actuaciones”<sup>387</sup>.

Resultan requisitos para la perfección del delito, en primer término que la autoridad o funcionario público se interese en contratos, asuntos, operaciones o actividad en razón del cargo que ostenta, y en segundo término que se aproveche de esta situación para forzar o facilitar la participación de terceros (otras personas) en los referenciados negocios o actuaciones <sup>388</sup>.

Asimismo se ha considerado que, para la consumación del delito, no resulta necesario que el funcionario público obtenga algún tipo de beneficio económico o irroque algún tipo de perjuicio <sup>389</sup>.

---

intervención conforme a su interés>>, sino que se anticipa el núcleo típico al interesarse en la futura operación”.

387 Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan M<sup>a</sup> (Directores), en obra conjunta titulada *Comentarios al Código Penal*, Editorial Iustel, pág. 919, citando a FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo en “Comentarios al Código penal”, ob. cit., p. 1167.

388 Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, 3<sup>a</sup> edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pp. 754 y ss. Consideramos que la figura prevé el “aprovechamiento”, de la autoridad o funcionario para “forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta”, no coincidimos, respetuosamente, que la acción de aprovecharse lo sea para “forzar o facilitar la participación de otros en los referidos negocios”, como expresa SERRANO GÓMEZ.

389 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la Administración pública”, en *Comentarios al Código penal*, en obra conjunta: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Director), Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 1167 y ss.

Una parte de la doctrina [RAMOS GIL] considera que la conducta típica consiste en “intervenir” de tal manera que se “fuerce” o “facilite” la participación de la autoridad o funcionario público en el negocio<sup>390</sup>.

Por otra parte, CRESPO BARQUERO ya consideraba –aun con la anterior redacción– que conforme la redacción actual del artículo 439 CP y su notoria imprecisión, no se encontraría impedido de entenderse que “el deber de intervenir, únicamente es un referente de cualificación o determinación del sujeto activo, pero no configura necesariamente la acción típica, aunque la delimita precisamente porque ésta consiste en aprovecharse de tal circunstancia. Es decir, que si bien sólo puede cometer este delito el funcionario que deba intervenir y lo “normal” es que se aproveche de esa “circunstancia” (expresión altamente significativa en este contexto) precisamente informando en determinado sentido, en realidad, siempre que la circunstancia concurra, puede consumar el delito mediante cualquier acción que sirva para el fin típico (forzar o facilitarse la participación en el asunto o negocio)”<sup>391</sup>.

Por último, se ha sostenido por parte de la doctrina que la consumación se produce cuando el funcionario consigue con su intervención forzar o facilitar la participación de alguien en los negocios o actuaciones en los que deba intervenir. Resulta posible la tentativa, en este tipo de delito y si ocurriera una defraudación podemos estar frente al caso de un concurso con el delito de estafa 392.

## **F) Autoría y participación en los delitos de negociaciones incompatibles**

---

390 RAMOS GIL, citado por CRESPO BARQUERO, ob. cit., pág. 1741.

391 CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1742, considera asimismo que la interpretación que ensaya, que considera amplia -no extensiva- en cuanto a los <<medios de comisión>>, de ser acertada “revela que el artículo 439 C.P., es una auténtica fuente de conflictos con otros tipos penales (prevaricación, cohecho e incluso el uso de información privilegiada del art. 442) en que la responsabilidad penal proviene de la utilización de determinados mecanismos de actuación administrativa al margen de cuál sea su contenido o finalidad material concretos. Conflictos que, una vez resueltos conforme a los principios de especialidad, consunción y en último caso alternatividad, relegarán la aplicación de este artículo 439 prácticamente a casos extremos y marginales”.

392 Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “Delitos contra la administración pública” en obra conjunta *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pág. 636. En el mismo sentido se ha pronunciado DELGADO GIL, Andrés, en “Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. 2008, pág. 172.

En los delitos especiales propios la realización del tipo está ligada a una concreta cualidad personal, esto es cuando dicha cualidad pertenezca al tipo y condicione su misma existencia 393.

Puede ocurrir que en una contratación haya aportes de otros funcionarios o particulares que instiguen a la comisión del mismo. Éstos podrían ser investigados como partícipes o como instigadores pero el único sujeto activo posible por la figura es la «autoridad o funcionario», en virtud de que nos hallamos frente a un delito especial propio, y son los mencionados los que resultan ser sujetos activos del tipo. En la figura descrita en el artículo 439 CP, es sujeto activo la autoridad o funcionario, pero no cualesquiera, sino aquellos que actuando con abuso o prevalimiento de su cargo “deban intervenir” en cualquier clase de “contrato, asunto, operación o actividad”.

Se ha propuesto una interpretación que no deja de ser interesante, en cuanto a que el sujeto activo ha debido informar y no resolver, estando la primera a cargo de los funcionarios y no de las autoridades, conforme a la legislación en vigencia, de forma que la figura abarcaría a los funcionarios y no a las autoridades, tratando a éstas con mayor benignidad. Ello no parece desacertado, contando con el antecedente del artículo 404 CP en cuanto se excluía del tipo penal a los alcaldes, pudiendo, con la nueva redacción, quedar fuera del alcance de la normativa<sup>394</sup>.

Sin perjuicio de las interpretaciones que la figura permite, queda claro entonces que únicamente resultan sujetos activos de la figura “la autoridad o funcionario”, que deban intervenir en razón de su cargo en cualquier tipo de

---

393 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 132.

394 CATALÁN SENDER, ob. cit. p. 359. El artículo 404 contenido en el Capítulo XII, el último del título VII, Libro II, penaba expresamente a “Los jueces, los funcionarios del Ministerio Fiscal, los jefes militares, gubernativos o económicos, con excepción de los alcaldes, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclaren directa o indirectamente en operaciones de agio, tráfico o granjería, dentro de los límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios(...), esta disposición no es aplicable a los que impusieren sus fondos en acciones de banco o de cualquiera empresa o compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervención directa, administrativa o económica.” (FERRER SAMA, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Editorial Estades, Madrid, 1965, pp. 211 y ss.)

negocio o actuación<sup>395</sup>. Ahora bien, es necesario conforme la amplitud de los términos su delimitación.

Se trata de un delito especial, pues sujeto activo será la autoridad o funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel que “deba intervenir”. Al describir al sujeto activo del delito, el artículo 439 lo determina con la expresión siguiente: “*la autoridad o funcionario público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad*”, expresión que limita la autoría del delito a los funcionarios que deben intervenir en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación (cfr. 1887/2002, de 13 de noviembre, La Ley 167/2003)<sup>396</sup>.

Conforme expresa VILLAVICENCIO TERREROS, en referencia a los delitos de infracción del deber, la posibilidad de la autoría se halla limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal, tal como es el caso del prevaricato, en donde sólo permite considerar como autor a la persona que tenga la calidad de juez o fiscal. En el caso de las negociaciones prohibidas (art. 439 CP), la autoridad o funcionario público 397.

La doctrina alemana acepta la aplicación de la autoría mediata o coautoría según el papel que juegue el sujeto que, cometiendo el delito, cumpla o no con las características especiales del tipo.

En los casos en que el accionar fuera cometido por distintas personas que cumplieran papeles disímiles, las cosas pueden ser de dos formas diferentes. En caso de que, quien cumpliera el papel de “hombre de atrás” fuera o no quien poseyera las características requeridas por el tipo.

Así, si quien estuviera oculto fuera quien cumple con los requisitos, la autoría mediata es la opción, caso contrario si quien estuviera oculto fuera un sujeto común solo cabría la posibilidad de la participación.

---

395 En el mismo sentido, LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ Concepción *Derecho penal español (Parte especial)*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, págs. 441 sig.

396 RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *Código comentado y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, págs. 954 sig.

397 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal (Parte general)*, Editorial Grijley, Lima, 2007, págs. 108 sig.

Diferente será si el delito debe ser cometido directamente por el sujeto especial, pues entonces no podría hablarse de autoría mediata.

El hecho de que haya una persona oculta que sea la calificada para considerar típica la acción, complejiza el análisis del mismo. Al respecto, JESCHECK considera, en su Tratado, que estamos frente a una cuestión de aplicación del dominio del hecho, toda vez que para ser autor del delito hay que ser titular de un deber, aunque no implica que todo titular del deber tenga que tipos especiales propios, a personas que poseen una caracterización especial (*v.gr.*, funcionarios públicos)<sup>398</sup>.

De todas formas, la influencia dominante del sujeto calificado es indispensable, pues sin su comportamiento típico, antijurídico y culpable es imposible plantear un hecho perseguible penalmente. Dicho sujeto, al tener la influencia sobre el sujeto no calificado, puede tener dominio del hecho y de esta manera ser quien genera que haya una violación al bien jurídico tutelado, que en caso contrario no ocurriría, pues al ser el sujeto activo una persona común, el hecho sería atípico. Así se cumpliría con los dos elementos necesarios para poder hablar de dominio del hecho. Por un lado, la cuestión psicológica que ejerce el sujeto calificado sobre el no calificado; por otro, al cumplir con las características del tipo, nos enfrentamos a un delito especial que se ha configurado según la doctrina del dominio del hecho.

Otra posición doctrinal postula ROXIN, quien sostiene que sólo es una cuestión de infringir el deber, lo que resulta de vital importancia a la hora de definir que se puede saltar la accesoriadad <sup>399</sup>.

En el caso de quien se encuentra oculto, éste no cumple con los requerimientos especiales del tipo, por lo tanto no estaríamos frente a la autoría mediata, sino frente a una inducción. En caso de que el sujeto oculto sea el calificado, no habrá inducción, pues el extraño no puede ser autor por carecer de los requisitos típicos. Así nos enfrentaríamos a un caso de autoría mediata.

ROXIN, plantea que el criterio de dominio del hecho es un principio rector para la figura central y no un principio universal. Este criterio tiene dos excepciones: los delitos de infracción de deber y los delitos de propia mano <sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> JESCHECK, ob. cit., pág. 286, y hace referencia en el mismo sentido a los soldados.

<sup>399</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 385 sig.

Los delitos de la primera excepción son los que deben ser cometidos por aquellas personas que lesionan un deber especial que surge por fuera del derecho penal y se manifiesta a través del tipo. Allí encontramos los delitos pasibles de ser cometidos por un funcionario público, en los que el deber surge desde el derecho público y no por el dominio del hecho.

En el caso de los delitos por propia mano, estos sólo podrán ser realizados mediante la ejecución corporal de la acción típica. Para ROXIN, estos delitos actualmente son infracciones de deberes altamente personales. Cabe agregar que en esta clase de ilícitos la coautoría o la autoría mediata están excluidas 401.

Por su parte, MIR PUIG, mencionado por GÓMEZ MARTÍN, al referirse a los delitos especiales propios, alude a la que denomina teoría de “pertenencia del hecho” Así, al responder a la pregunta ¿Quién es el responsable principal del hecho?, considera que la respuesta a este interrogante afectaría la determinación de la autoría y debería ser contestada del siguiente modo: “es autor del delito el sujeto a quien habiendo interpuesto una causa del hecho, y siéndole éste imputable objetiva y subjetivamente, <<le pertenece el hecho>>. En los delitos especiales, ello ocurriría con respecto a aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, se presenten como protagonistas del mismo, como sujetos protagonistas de su realización” 402.

Por último hay una posición intermedia o mixta que conjuga parte de las previamente explicadas. Esta postura considera que el dominio del hecho no basta y se requiere que el autor sea quien tiene un deber especial. El problema se manifiesta cuando el sujeto con el deber especial no tiene el dominio del hecho.

En este supuesto los requisitos que demanda la autoría se encuentran en dos personas distintas. Es una forma mixta de participación que reúne elementos de la autoría y de la instigación, pero que no puede ser considerada una autoría mediata puesto que generaría la impunidad de ambos sujetos y sería entonces necesario acudir

---

400 ROXIN, ob. cit., págs. 386 y ss.

401 Cfr. ROXIN, ob. cit., págs. 386 y ss.

402 GOMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, págs. 379/380, Editorial B de F y Edisofer (Madrid- Montevideo), 2006. Cita el autor a MIR PUIG en el desarrollo que el mismo realiza en *Derecho penal, Parte general*, respecto de la causa del resultado, 7ª edición, Reppertor, 2004. En opinión de MIR PUIG, al ser la conducta del “intraeus” (su supresión mental traería consigo la eliminación del resultado) y crear un riesgo típicamente relevante que se realizaría en el mismo, en los supuestos de referencia existiría base suficiente para afirmar la autoría mediata del “intraeus” (cfr. MIR PUIG, ob. cit., págs. 14 sig.).

a la autoría inmediata para quien tiene el deber que cumplir y ha menoscabado su obligación.

Así pues, los funcionarios infringen el deber que les impone su cargo cuando realizan la acción prevista por el tipo penal y por ello ninguna otra persona puede efectuar la acción típica ya que no cumple con las características que el tipo objetivo requiere. En consecuencia, aquellos funcionarios que comenten un delito en el ejercicio de sus funciones –lo cual implica un deber con la Administración pública– serán autores del hecho disvalioso cuando éstos tengan dominio del hecho. Por lo tanto, en el caso de que haya un colaborador en la ejecución del hecho de un delito propio, pero que éste fuera extraño a la Administración pública, sólo podrá ser considerado partícipe.

Los delitos especiales que tiene un sujeto oculto (hombre de atrás), en caso de que éste fuera el sujeto calificado, será considerado autor mediato. Pero si el hombre de atrás fuera el extraño solo podrá ser tenido como inductor.

### **G) Autores de negociaciones incompatibles por equiparación**

El art. 440 del Código Penal español prescribe: *“Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos por tiempo de tres a seis años”*.

Como bien expresa la doctrina, el artículo 440 del CP resulta ser casi una transcripción del antiguo artículo 401 del Código Penal de 1973.

El tipo prohíbe a determinadas personas que no son funcionarios públicos, pero que tienen deberes jurídicos o “posiciones jurídicas especiales”<sup>403</sup>, la realización de determinadas actividades. Como se denota, no se protege por la norma el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública, sino más bien de otras instituciones.

La finalidad de este precepto, conforme entiende QUINTERO OLIVARES, es la de extender la responsabilidad penal a sujetos –que la propia norma indica– que, debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes a que se refiere el artículo 440 CP, aprovecharan su intervención para obtener una ventaja de carácter personal 404.

Conforme expresa CONDE-PUMPIDO FERREIRO, el artículo 440 del CP español extiende la sanción penal a los casos en que la conducta consistente en aprovecharse a los fines de obtener alguna ventaja patrimonial sea realizada por peritos, árbitros y contadores partidores respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido o por tutores, curadores o albaceas respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos o testamentarias 405.

Tal como es apreciado cuando se entiende que “ni los sujetos que se enumeran son funcionarios públicos, ni los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación intervienen tienen o (al menos no tienen por qué tener) carácter ni aplicación públicos, ni en fin parece existir razón alguna para entender que tales conductas incidan sobre el bien jurídico protegido en dicho título XIX, que se supone que es la Administración Pública, salvo muy remotamente, en la medida en que tales actos puedan obtener algún tipo de convalidación o aprobación administrativa o incluso judicial”, resulta acertada la observación de que “más allá de la tarea correspondiente a los peritos será ciertamente raro encontrar aplicaciones posibles de esta norma penal a los otros sujetos indicados como tutores o albaceas. Si bien es posible y hasta frecuente que puedan “interesarse” en

---

403 FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1167.

404 Conf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, pág. 1268, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

405 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal Comentado*, pág. 1279 sig., Editorial Bosch, Barcelona, 2004.



los negocios en que intervienen en nombre o por cuenta de otro, el esfuerzo de imaginación del legislador a la hora de tipificar el aprovechamiento ilícito que puedan obtener “en el deber de informar por razón de su cargo” es ciertamente notable”<sup>406</sup>.

En sí, lo que aparentemente el legislador ha querido con la inclusión de esta norma, ha sido prohibir y evitar con ella cualquier conducta de los sujetos mencionados en la misma que implique un aprovecharse de su cargo para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en el acto en que intervengan.

El artículo 440 del CP reprime entre otros sujetos a los tutores, curadores o albaceas que se condujeran del modo previsto en el artículo 439 CP, respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos o testamentarias. Conforme considera VIZUETA FERNÁNDEZ, nos encontraríamos frente a una ley penal en blanco, que se remite para la determinación de la acción prohibida a otra ley, el artículo 439 del Código Penal 407.

La tutela es “la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los incapacitados no sujetos a la patria potestad, y para la administración de su patrimonio” 408.

En el caso de la curatela se confiere a un sujeto la potestad de asistir, en determinados actos a un menor emancipado o a un declarado pródigo 409.

La doctrina en cuanto al término albacea, designa a la persona nombrada por el testador para asegurar fielmente el cumplimiento de sus últimas voluntades. Tienen los albaceas en el ejercicio de su cargo, una cantidad de facultades, así

---

406 CRESPO BARQUERO, ob. cit., p. 1744.

407 VIZUETA FERNANDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Editorial Comares, Granada, 2003, págs. 184 sig.

408 VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., págs. 185 y sig. En ese contexto, conforme lo expresa el autor, resulta fácil pensar en un tutor que en una de estas actuaciones con marcado contenido patrimonial se aproveche de su posición para facilitarse cualquier tipo de participación que le reporte beneficio económico. (VIZUETA FERNANDEZ, ob. cit., págs. 186 y sig.

409 PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, M, *Derecho de familia*, págs. 595 y sig., Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1989. Ambas instituciones (tutela y curatela), en opinión del autor aunque tienen su origen en un acto público (el nombramiento judicial), dan lugar a una relación jurídica del Derecho civil y a derechos subjetivos. Se confieren las potestades tutelares a determinados sujetos, no en cuanto servidores del Estado y para realizar intereses públicos conforme las directrices oficiales, sino en cuanto personas privadas a las que, como tales, el Derecho amplía su esfera de autonomía para la realización de los propios fines personales (entre los que están no solo los individuales, sino también otros familiares y sociales). Ob. cit., págs. 554 y sig.

como regla general, el Código civil establece en su artículo 901 que éstas serán las que expresamente les haya conferido el testador, siempre que no sean contrarias a las leyes 410.

Así toman importancia, en referencia la figura, aquellas que tienen que ver con el patrimonio del causante. De esta manera el testador puede facultar al albacea a tomar posición de sus bienes, pagar deudas, percibir rentas y frutos, y también, enajenar bienes de la herencia 411.

Considera POLAINO, respecto de las deficiencias técnicas del tipo extensivo, que la mayor de ellas es “la remisión que en él se efectúa de la delimitación del comportamiento típico, a la descripción del tipo básico, mediante la expresión se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, referida a los sujetos ahora cualificados”<sup>412</sup>.

Como se observa, y conforme a los términos emergentes del tipo, el mismo devendría inaplicable. Ello es así puesto que la conducta que se prevé en el artículo 439 CP no resulta otra que la de aprovecharse de ser funcionario (prevalimiento funcional), que tiene el deber de intervenir por razón de su cargo para (elemento típico subjetivo finalista) forzar o facilitarse participación personal o a través de una tercera persona en negocios o actuaciones sobre “bienes ajenos e incompatibles a la disponibilidad económica del propio autor”<sup>413</sup>.

Según POLAINO NAVARRETE, el aspecto troncal del tipo descrito es la participación propia del sujeto activo en negociaciones o asuntos sobre determinadas funciones y a quien le está prohibido intervenir en cualquier tipo de negociación sobre los mismos, de forma que “la figura legal impone al juzgador la tesitura de dejar inaplicable el tipo o de forzar una interpretación correctora, extensiva, abiertamente *contra reo* y por ello incompatible con el principio de legalidad penal”<sup>414</sup>.

---

410 Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 188 y sig.

411 Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 188 sig.

412 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 437 sig.

413 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 437.

414 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 437.

### **III. Actividades prohibidas a autoridades y funcionarios**

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto es dable referirnos má específicamente a lo dispuesto en el artículo 441 del Código Penal español que expresa: *“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”*.

En el Código Penal de 1932, se recogió por primera vez una acción típica que resulta similar, si bien más correcta, a la contemplada en el artículo 441 del Código Penal de 1995. Se trata del artículo 221 del CP de 1932 415.

Esta conducta, si bien cambiando el sujeto activo, aparece recogida en el artículo 198 CP de 1944, trasladándose finalmente al Código Penal de 1973, con la misma numeración. Así, es de observar que el actual delito de ejercicio de actividades incompatibles con la función pública *ex art. 441CP* posee un doble origen, el art. 404 del Código Penal de 1973 y el art. 198 CP de 1973, ello sin perjuicio de las reformas sustanciales a la actualidad.

La conducta típica está constituida por la intersección o cruce de la actividad pública que realiza normalmente y el asesoramiento a una empresa privada. Antes la legislación española en el art. 198 preveía todas las posibles actividades que realizará en el ámbito privado, es decir, realizar actividades profesionales o de asesoramiento a entidades privadas en algún tema o cuestión que se relacione con la actividad dentro de la Administración Pública del sujeto activo.

Se debe tener en cuenta que hay muchas actividades del ámbito privado que no son incompatibles con el ejercicio de lo público y por otra parte no siempre que se viole la prohibición del ejercicio de una acción privada se está cometiendo un delito ya que en caso que el asesoramiento fuera de o/a otra entidad pública no se estaría cometiendo un delito. Cualquier tipo de acción que el funcionario realice debe ser en relación con el área donde ejerce sus competencias, de lo contrario no estaríamos frente al delito de negociaciones incompatibles puesto que este artículo sólo pena aquella actividad que tenga relación con la que el funcionario realiza en el ámbito público, aunque no intervenga personalmente, sino que se halle dentro de su órbita.

Quedan exentos de pena aquellos casos que la ley permite expresamente. En caso de la suposición de una autorización, habrá error de tipo que podrá ser: invencible, en cuyo caso no se podrá penar al sujeto; o vencible, que tampoco será

---

415 Art. 221 CP de 1932 expresaba: “El Ministro de la República que durante el desempeño de su cargo ejerciere alguna profesión o interviniera directa o indirectamente en Empresas o Asociaciones privadas, con móvil de lucro incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de 10.000 a 100.000 pesetas”.

punible, pues no hay opción a la comisión por imprudencia, al no preverse la descripción del tipo culposo.

En el art. 441 CP se protege una vez más la objetividad con que debe trabajar cualquier funcionario público. La misma podrá verse afectada si algún funcionario cumple funciones dentro de la esfera privada, además de en el ámbito público, a esto debe agregarse que los intereses de la actividad privada pueden sobreponerse a los de la actividad pública.

Se ha entendido que la acción en el artículo 441, supone la realización por sí o por persona interpuesta de una actividad de carácter profesional o de asesoramiento en un asunto en el que deba intervenir o hayan intervenido algunos de los sujetos enumerados en la norma en razón de su oficio.

Así también se estiman en su análisis dos supuestos que se desprenden de la norma, en el primer caso, el sujeto activo primero efectúa “una actividad profesional o de asesoramiento o ambas a la vez, y luego interviene como autoridad o funcionario sobre ese mismo objeto o asunto”; en el segundo supuesto, el sujeto activo “primero interviene por razón de su oficio en cierto objeto o asunto y luego realiza una actividad profesional o de asesoramiento sobre el mismo”<sup>416</sup>. En este artículo el injusto es la conducta de infracción o violación de incompatibilidad, además de una posible falta administrativa.

El fundamento de esta clase de delito es potenciar el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, de una manera preventiva, intentando disuadir mediante la amenaza de una sanción penal a quienes realizan este tipo de acciones que son incompatibles.

Conforme expresa ALEGRE ÁVILA, objetividad / imparcialidad es el “binomio que define el bien jurídico protegido por el artículo 441 CP 1995”. Así, objetividad como sinónimo de imparcialidad es característica con la que él funcionario debe servir a los intereses generales y la misma puede verse trastocada si el funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un

---

416 CATALAN SENDER, ob. cit., págs. 359 y sig.

tiempo, “con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera” 417.

Tal como expone POLAINO NAVARRETE, el artículo 441 del Código Penal español, referido a las denominadas “actividades profesionales incompatibles con la función pública”, se encuentra bajo la rúbrica de las negociaciones prohibidas a los funcionarios 418.

En lo referente al *bien jurídico protegido*, y al sólo efecto de complementar lo ya expuesto, lo que se intenta proteger en el tipo penal es la transparencia de la actuación de los funcionarios dentro de la administración pública 419.

En cuanto a los elementos típicos, el sujeto activo únicamente puede serlo una autoridad o funcionario público. Así quien haya dejado de ostentar tal condición no incurrirá en el tipo analizado 420.

El tipo legal, conforme expone POLAINO NAVARRETE, configura un delito de mera actividad, que no requiere que se produzca ningún resultado material. El comportamiento típico se “limita al ejercicio de cualquier actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental” 421.

Debe entenderse conforme se encuentra estructurado el tipo penal que la conducta típica implica incurrir en un “abuso del cargo” determinante de la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la función pública y de la actividad privada 422.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, sólo resulta punible el accionar doloso del agente, pudiendo considerarse la posibilidad del dolo eventual.

---

417 ALEGRE ÁVILA, Juan M, “Incompatibilidades en el ejercicio de la función” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, ob. cit., págs. 607 y sig.

418 POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Fraudes y exacciones ilegales. Estafa y apropiación indebida. Negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función. Corrupción en las transacciones comerciales internacionales” en *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 360, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

419 Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, ob. cit., págs. 635 y sig.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones (...)*, ob. cit., págs. 361 y sig., considera que el bien jurídico protegido es “la imparcialidad funcional, jurídicamente exigida en el ejercicio de la función pública, junto con la incorruptibilidad económica de los funcionarios en relación a los cometidos propios del desempeño del cargo”.

420 CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., págs. 2106 y sig.

421 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones (...)*, ob. cit., págs. 360 y sig.

422 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones (...)*, ob. cit., págs. 361 y sig.

La consumación se produce al tiempo de hacerse efectiva la relación profesional o de asesoramiento del funcionario público con la empresa privada o particulares. No se exige por parte de la figura una relación de permanencia, ello toda vez que el delito puede cometerse con un solo acto de asesoramiento 423.

## **VI. Abuso en el ejercicio de la función pública. Uso de secreto o información privilegiada con ánimo de lucro**

El art. 442 describe de manera singular la divulgación de secretos: *“La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos*

---

423 SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, ob. cit., págs. 636 y sig.

*a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.*

*Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.*

Los antecedentes inmediatos se encuentran en el artículo 395 del Proyecto del Código Penal de 1994, ubicado en el Capítulo IV: “De la infidelidad de la custodia de documentos y de la violación de secretos”, inmediatamente después del delito de revelación de secretos funcional (art. 394), al igual que en el artículo 400 del Proyecto de 1992, de redacción análoga, y en el artículo 368 del CPA, redactado conforme a la Ley orgánica 9/1991, del 22 de marzo del año de mención.

El tipo configurado en el art. 442 CP prevé como conducta disvaliosa la divulgación de los secretos, pero no en el sentido que le otorga el concepto de violación de un secreto, sino que el significado aquí refiere al uso del secreto que por la función se conoce y que implica un beneficio particular para el funcionario o un tercero. La conducta típica se lleva adelante haciendo uso del secreto o de la información privilegiada 424.

Conforme expresa POLAINO NAVARRETE –en opinión que compartimos–, nos encontramos en la estructura legal con varios tipos penales (básico, privilegiado y cualificado), ello en función o no del beneficio económico, en la cuantía que pretende el funcionario público que lleva a cabo el uso del secreto o información privilegiada, así como de la entidad del daño causado. Si se “persigue, facilita u obtiene en menor cuantía de la pretendida por el sujeto el beneficio económico, se realiza el tipo privilegiado. Si se obtiene el beneficio en la misma cuantía

---

424 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, pág. 850 s., Tirant Lo Blanch, Valencia. 1996. Se plantea el problema de si puede entenderse por tal la comunicación del secreto o la información a un tercero. Considera que ello no es posible, pero no se crea al menos para el funcionario, en esta interpretación una laguna de punibilidad, porque siempre sería aplicable el art. 417, que prevé la revelación de secretos.



perseguida, se concreta el tipo básico. Si se producen los daños descritos, se concreta el tipo cualificado” 425.

Según SERRANO GÓMEZ, los requisitos que exige la ley son: a) tener conocimiento, por razón del oficio o cargo, de un secreto o de información privilegiada; b) hacer uso indebido de los mismos, y c) que dicho uso se realice con ánimo de obtener un beneficio económico para el autor o para un tercero. Por secreto es dable entender lo que conoce una persona o un grupo reducido, que no debe ser transmitido a otros, salvo en los supuestos legalmente establecidos 426.

La conducta típica es el uso de la información que luego implicará un beneficio al funcionario, autoridad o un tercero. Como expone OTERO GONZÁLEZ, el Código penal de 1995 introdujo dos novedades en la figura. La primera se refiere a la ubicación por en el Código penal anterior se encontraba en el Capítulo IV, junto con la revelación de secretos e informaciones, trasladándose hoy al IX, dentro de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, por lo que se puede concluir a qué concreta conducta trata de prohibirse en el nuevo precepto. La segunda, en cuanto a la consumación del delito, que se produce en el ordenamiento penal actual cuando se realiza el uso – siempre que se efectúe con ánimo de obtener un beneficio– 427.

Por usar debe entenderse utilizar los conocimientos. El mero “uso” supone ya la ruptura del vínculo de lealtad que une al funcionario público con la Administración pública, y que por ende obliga al mismo a abstenerse de toda actuación relacionada con la información de que dispone o posee con motivo de su cargo, constituyendo de por sí el “uso” un abuso 428.

Por el término “secreto” debe entenderse lo que conoce una persona o un grupo reducido, que no debe transmitirse a terceros, salvo en los supuestos legalmente establecidos 429.

---

425 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., págs. 362 y sig.

426 SERRANO GÓMEZ, ob. cit., pág. 799.

427 OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Abuso de secreto o información privilegiada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, III, págs. 647 y sig.

428 OTERO GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 648 y sig.

429 SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, ob. cit., pág. 637.

El secreto a que se refiere el artículo 442 CP será aquello conocido por pocas personas y que se pretende que quede oculto, siempre que se utilice –por parte del sujeto activo–, con ánimo de obtener un beneficio económico, su utilización implique la instrumentalización del cargo de funcionario para fines ajenos a los públicos y exista “una norma jurídica, acto o resolución que lo establezca o permita establecerlo” 430.

Al referirnos al término información privilegiada, la misma se encuentra definida en el párrafo 2º *in fine* del artículo 442 CP, ello tomado del artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores. Así se entiende que “es toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

Tal descripción de la acción típica suscita diversidad de opiniones en cuanto al resultado de los beneficios, toda vez que si se requiere la obtención del beneficio, la conducta típica se vería restringida por la necesidad de la obtención del beneficio económico.

En cambio, hacer uso del secreto con ánimo de obtener un beneficio se transforma en un elemento diferente, ya que al no requerirse el efectivo favor material, la conducta típica es más factible. De lo contrario y al no obtenerse el beneficio, el delito quedaría en una simple tentativa.

En cuanto al secreto, éste debe ser usado para obtener un beneficio, pero si además fuera hecho público se estaría frente a un concurso de delitos.

El sujeto activo será el funcionario o autoridad que tenga conocimiento de un secreto en virtud de su función.

Nos hallamos frente a un delito especial propio, como en los del presente capítulo, no exigiéndose la revelación del secreto o de la información privilegiada, pues sólo se habla de “hacer uso”, así las cosas podrían surgir supuestos en los que la información permitiera obtener el beneficio buscado, sin tener que vulnerar la confidencialidad.

---

430 DELGADO GIL, Andrés, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 303 y sig.

La finalidad del uso del secreto se concreta de manera efectiva con la obtención de un beneficio económico, ya sea para el funcionario público o para un tercero; puede tratarse de un beneficio dinerario o de cualquier otra índole siempre que resulte valuable 431.

Su consumación se produce cuando se hace uso de la información, lo cual no implica haber obtenido los beneficios, que serían parte del agotamiento del delito.

El autor del delito podrá ser quien es funcionario público, si hay un particular que se suma a la comisión del mismo, sólo podrá ser investigado como partícipe. Conforme expone MIR PUIG, en el caso de interpretarse el precepto como un delito de resultado de modo que el “beneficio económico” forma parte del tipo penal, cabría la posibilidad de tentativa 432.

Nos encontramos frente a un delito subjetivamente configurado, incorporando como se desprende de la figura un elemento subjetivo del injusto, que se integra por el ánimo del funcionario de obtener un beneficio económico por parte del funcionario público para sí o para un tercero 433.

La figura legal conforma un delito intencional de resultado cortado 434, en el que el sujeto activo lleva adelante un determinado comportamiento con la finalidad de obtener una meta ulterior, no dependiente de la voluntad del propio agente.

El dolo de la figura analizada abarca en este caso el conocimiento del secreto o información privilegiada, el carácter reservado de la misma y la utilización abusiva del conocimiento.

---

431 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador) / JUDEL PRIETO, Ángel / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo II, *Parte especial*, Editorial Thomson-Civitas, tercera edición, Navarra, 2005, págs. 558 y sig.

432 MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Editorial J. M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 371.

433 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones (...)*, ob. cit. págs. 364 y sig.: “El ánimo de obtener un beneficio económico equivale al ánimo de lucro inherente a los numerosos delitos de enriquecimiento patrimonial mediante desplazamiento, que puede reportar un beneficio económico al propio autor o a un tercero, satisfaciéndose la finalidad lucrativa del sujeto con el logro del enriquecimiento económico para sí o para un tercero. El ánimo de apropiación personal de un determinado bien patrimonial, a favor del autor, no coincide con el ánimo de lucro, a favor de ese mismo tercero”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, ob. cit., págs. 365 y sig.

434 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 365 y sig.

A más de ello como se dijera “supra” el ánimo de lucro implica el elemento subjetivo del injusto que exige “la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio propio o ajeno” 435.

El tipo básico se consuma con la mera realización de la conducta de uso del secreto o de la información privilegiada con ánimo de lograr un beneficio económico, lo que en opinión de OTERO GONZÁLEZ, plantea la dificultad de calcular la multa en torno al beneficio perseguido 436.

La figura cuenta con un tipo privilegiado, el mismo comparte con el tipo básico los elementos esenciales del mismo, con la diferencia que no requiere la obtención de un beneficio económico, y para el caso de obtenerse debe ser de orden inferior al pretendido por el sujeto activo. La sanción penal que se impone en este caso, resulta ser la misma que la del tipo básico, pero no ya en su mitad superior sino en la total extensión previsto por la propia norma.

El tipo agravado se produce cuando resultare “un grave daño para la causa pública o para un tercero”. En este caso se impondrán las penas en su mitad superior, de obtenerse el beneficio económico y habrá una inhabilitación para ejercer la función pública.

En este último párrafo se prevé una segunda modalidad agravada (tipo cualificado). Se requiere entonces que el sujeto activo conozca o haya podido conocer que con la utilización del secreto o de la información privilegiada se pueda causar perjuicio 437.

Esta conducta típica sólo es susceptible de realización dolosa, cuando concurra el elemento subjetivo del tipo integrado por el “ánimo de lucro” 438.

---

435 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 365 y sig.

436 OTERO GONZÁLEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, págs. 666 y sig.

437 CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., págs. 2110 y sig.

438 Conforme expresa POLAINO NAVARRETE: “La especulación con ánimo lucrativo sobre el conocimiento de secreto o de información privilegiada puede generar daños a la Administración o a los particulares. De ser graves los daños irrogados, se concreta el presente tipo cualificado, que resulta ser agravado no por el mayor enriquecimiento subjetivo sino por la entidad de los daños producidos”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones*, ob. cit., págs. 366 y sig.

## V. **Solicitud de favor sexual por el funcionario**

Los artículos 443 y 444 del Código Penal español tienen sus antecedentes en los artículos 383 y 384 del Código Penal anterior (1973), en su redacción dada por la ley Orgánica 3/1989, del 21 de junio del mismo año, situados estos dos últimos preceptos bajo el epígrafe: “De las limitaciones a la libertad sexual” constituyendo el capítulo VIII del Título VII del Libro II del Código Penal anterior.

Del mismo modo puede afirmarse que los artículos 443 y 444 proceden de los artículos 420, 421 y 422 del Proyecto de 1994, y de los artículos 422 y 424 del Proyecto de Código Penal de 1992, constituyendo asimismo un antecedente lejano del CP 1822.

El art. 443 CP dispone: *“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.*

*“2 El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.*

*3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo*

*su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.*

Como bien expresa POLAINO NAVARRETE, la incriminación de la sollicitación sexual cometida por los titulares de la función pública constituye una autónoma conminación penal de un comportamiento que, de no existir esta configuración típica, solo en ciertas condiciones de ejecución resultaría subsumible en los delitos contra la libertad sexual con el agravante del prevalimiento del carácter público del culpable, y eventualmente con la de abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente 439.

Nos hallamos frente a una conducta pluriofensiva, en la que se agrede el valor libertad sexual 440, pero del mismo modo se incide en el valor Administración

---

439 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 446.

440 BASILICO / POVIÑA / VARELA, en *Delitos contra la libertad individual*, Editorial Astrea, págs. 6 sig., en cuanto al concepto de libertad consideramos que: Pareciera imposible pensar en el hombre y no pensar seguidamente en libertad, por ser una condición inherente a la persona. En cuanto al contenido de la libertad que tutela el ordenamiento jurídico, para Montesquieu había dos tipos de libertades la filosófica (aquella en la que el hombre plasma su voluntad) y la política (la propia seguridad que debía proveer la organización, para que un ciudadano, no temiera de otro). Para algunos comprende la libertad de pensamiento y movimiento, otros que sostiene que comprende la libertad individual o natural (es decir aquella que permite su desarrollo no sólo como individuo sino también como persona inserta en la sociedad) y la libertad civil o política (es decir, la de participar en la cosa pública, sujeto a las normas de orden público). El hombre, por su condición humana, tiene tendencia a agruparse, para de este modo realizar sus objetivos. Durante el desarrollo de la historia, podemos observar cómo se sometía a esclavitud a ciertos hombres, a tal punto de considerarse a los esclavos como cosas, y por tanto podían ser vendidos, comprados, y hasta incluso ser utilizados como objeto prendario. Luego, eran estos mismos quienes se entregaban en manos del señor feudal, a cambio de protección. Hasta que, como consecuencia de la convergencia entre los abusos sufridos a manos de las organizaciones gubernamentales y el auge ideológico de los derechos del hombre que elevaba como respuesta a aquella situación, llegó la Revolución Francesa, en que surge como propuesta jurídica la de organización social sobre las ideas base, libertad e igualdad. Así entonces la libertad es la potestad que tiene el hombre de pensar, querer y hacer conforme a su propia voluntad, sin admitir que por sobre ella exista otra individual o colectiva y reconociendo como único límite la constitución y la ley”, de este modo se diferencia a la libertad de los derechos, definiendo a estos últimos como la expresión de la libertad. Al referirnos al término libertad es sinónimo de derecho, debido a que no puede considerarse ni sentirse libre, un hombre, si no puede ejercer plenamente los derechos conferidos por la propia naturaleza. Por todo lo expuesto y partiendo de la categorización que efectúa Muñoz Conde (ob. cit., pp. 134 s.) podemos considerar la libertad desde cuatro dimensiones:

- 1) Un primer plano dual que involucra un aspecto psicológico comprensivo de un momento interno de formación del acto volitivo, en que el sujeto analiza las posibilidades y elige una por sobre las otras, y por otra parte un aspecto material que involucra la propia exteriorización del acto como sustancia de la opción volitiva.
- 2) Un plano social en el que su actuar voluntario se ve limitado por la vida en sociedad, es decir por el respeto a la libertad del otro. El <<neminem alterum non laedere>> como compromiso básico indisponible de la vida social.
- 3) Un plano político, que consiste en la aplicación de normas tendientes a la protección de la libertad, que incluye en ciertas circunstancias privar de la libertad ambulatoria a aquellos que no han sabido respetar estas normas. Como contrapartida los sistemas constitucionales y los ordenamientos normativos reconocen trazan el cauce que representa el límite al ejercicio del poder punitivo. Dentro de este plano también se ubica la

Pública y el valor ejercicio de un servicio público. Así las cosas consideramos que el bien jurídico lo constituye la imparcialidad de las resoluciones de la Administración Pública, así como el principio de igualdad de oportunidades<sup>441</sup>.

En este sentido se ha expresado POLAINO NAVARRETE, al estimar que el tipo de sollicitación sexual por parte de la autoridad o funcionario, ante quien la víctima tiene pretensión administrativa pendiente, constituye una hipótesis de delito pluriofensivo, que comprende la lesión de dos bienes jurídicos distintos.

La sollicitación sexual funcional impacta y afecta en primer lugar al bien jurídico supra individual del correcto ejercicio de la función, la imparcialidad del oficio público frente a los abusos en interés propio de los titulares del mismo. Por otra parte, el comportamiento típico incide, eventualmente, en la libertad sexual del

---

responsabilidad del Estado de promover la implementación de los derechos humanos removiendo las dificultades o impedimentos que imposibiliten su ejercicio.

4) Por último, un aspecto jurisdiccional para garantizar la tutela efectiva de la libertad en sus distintas manifestaciones.

Como límite a esta libertad, para que no peligre el gobierno de la misma, se imponen el principio del respeto a la libertad del otro, para esto el Estado establece las normas ya evaluadas en el plano político. En nuestro país, como así también en la Constitución Española, la propia Constitución Nacional establece el principio de libertad, estableciendo que en la Nación Argentina son absolutamente libres en el pensamiento y decisión, protegiendo así el ámbito privado. Luego para completar esta idea de libertad establece que nadie será obligado a hacer lo que la ley no estableciere, ni privado de hacer lo que esta no prohibiere. Es así, como el derecho penal es el encargado de proteger un valioso derecho que establece la Constitución Nacional. Puede decirse que la libertad individual ambulatoria, es la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera arbitraria o ilegítimamente en la esfera de la reserva o de intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley. A ésta debe agregarse la libertad psíquica, puesto que están tipificados los delitos de amenazas y coacciones. En cuanto a la libertad ambulatoria, surge una discusión doctrinaria sobre lo que ocurre con aquellas personas que gozan de incapacidad para elegir a dónde dirigirse, como por ejemplo los menores de edad, resolviéndose que en el caso de bebés que por no poseer capacidad física ni psíquica volitiva de dirección, no pueden ser sujetos pasivos. Distinto es el caso de aquel mayor de edad que por distintas situaciones se somete a estados de inconciencia, ya sea para dormir o bajo efectos del alcohol o estupefacientes, en este caso se resuelve que es decisión de la persona permanecer en el lugar en el que se ha sometido a este estado. Quizás ninguna de las categorías de delitos legisladas en la actualidad presenta características tan heterogéneas e imprecisas como el grupo de figuras que ha sido nucleado bajo el Título de los delitos contra la libertad. El devenir histórico nos indica que la organización autónoma y sistemática de este conjunto de delitos no tiene mucho tiempo y es consecuencia de situaciones políticas y sociológicas que se desarrollaron durante el siglo XX. Ello explica por qué muchas de las figuras que actualmente conocemos, y que cuentan con una notoria tradición, hayan sido agrupadas no hace mucho tiempo, configurando formas específicas de tutela del bien jurídico de la libertad. La primigenia falta de sistematización de las figuras que ahora se enmarcan dentro de los delitos contra la libertad tiene su fundamento en la naturaleza del bien jurídico de la libertad, toda vez que en muchos bienes o intereses jurídicos ella se encuentra involucrada. Podríamos decir que la mayoría de las denominadas ofensas a la libertad resultan ser infracciones dentro de las cuales yace la ofensa a algún otro bien jurídico que se vulnera bajo la forma de trabar o impedir su ejercicio, estando la libertad como realmente está, en el fondo de todo otro derecho. Era necesario que la libertad estuviere particularmente tutelada y para ello debía considerársela como un atributo primordial de la persona humana, lo que ocurre en el siglo XVIII como consecuencia de los importantes movimientos políticos y filosóficos de la época, que elevan al individuo, con sus atributos, a la más alta dignidad personal.

441 Cfr. MIR PUIG, C., ob.cit., pág. 375.

sujeto pasivo, frente al requerimiento de que es el objeto de una acción sexual por quien tiene competencia en una pretensión administrativa sobre la que tiene interés la víctima.

El defecto del bien jurídico de la libertad sexual es apreciable la libertad general del sujeto pasivo como posible objeto individual de tutela frente a la exigencia de un comportamiento requerido por el titular de la función pública 442.

En el artículo 443 del Código Penal español se contemplan delitos en los que el bien jurídico protegido es doble, pues se protege la libertad de las personas a la hora de elegir con quien mantener una relación sexual y por otra parte se protege el recto ejercicio de la función pública<sup>443</sup>.

El sujeto activo será el funcionario o autoridad que tenga acreditados los dos preceptos que prevé el artículo. El sujeto pasivo se desdobra en, por un lado el Estado y el correcto funcionamiento de la Administración y por el otro la persona sexualmente ofendida.

Esta conducta tiene su núcleo en la solicitud de un favor sexual y con esta solicitud se estaría frente a la comisión del delito. En caso de que la actividad sexual se verifique luego de la solicitud, podrá haber un concurso real entre las dos acciones.

El aspecto subjetivo del tipo, esto es la presencia de dolo, en el caso del artículo 443. 1 CP, no resulta acompañada del ningún elemento subjetivo del injusto, que por otra parte no es requerido por el tipo penal. La pena para esta figura prevé la prisión y la inhabilitación.

En referencia al tipo del artículo 443. 2 y 3 CP, a más de lo ya expuesto de manera integral con la totalidad del artículo citado, penaliza al funcionario público

---

442 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español*, Tomo II, ob. cit., págs. 448 sig.

443 Así también es válido respecto del punto analizado al referirnos al artículo 443 del ordenamiento penal español, lo expresado por OLMEDO CARDENETE, al analizar exhaustivamente parágrafo 225 StGB y en referencia al sujeto activo, en cuanto a que “la posición de deber del sujeto activo en este grupo de casos es la propia de la (...) funcionarios adscriptos a establecimientos penitenciarios o juveniles y personal de centros. Vid. OLMEDO CARDENETE, Miguel, “La violencia el entorno doméstico: un análisis de derecho comparado en Europa, en Morillas Cueva, Lorenzo (Coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 609-658.



que prevaliéndose de las funciones propias del cargo, solicita sexualmente a una persona, que en este caso está bajo su guarda.

Los aspectos centrales de esta modalidad delictiva radican, por una parte, en la especial condición del sujeto activo –funcionario de instituciones penitenciarias o de un Centro de protección o corrección de menores– y, por otra parte, en la relación de este con el particular destinatario de la solicitud –persona sujeta a su guarda–. Por último, cabe destacar que el centro de la acción típica se encuentra en el abuso de la relación que une al funcionario y al particular, para obtener favores sexuales de este último o de alguno de sus parientes 444.

El sujeto activo, será en primer lugar, un funcionario público de Instituciones Penitenciarias. En los artículos 79 y 80 LOGP, se establece específicamente la norma que establece el estatuto de los funcionarios referenciados, así como los preceptos que deben cumplir. En segundo término el sujeto activo puede ser un funcionario de centros de protección o corrección de menores.

La figura expresa el término “sujeta a su guarda”, lo que implica que únicamente pueden ser sujetos activos del delito aquellos funcionarios que tengan de manera inmediata a su cargo la custodia de la víctima.

El comportamiento descrito en el art. 443, 2 y 3, es coincidente con el tipo básico la principal característica diferenciadora se da en la relación entre el autor del delito, que ha de tratarse de un funcionario público de prisiones o centro de menores y el sujeto pasivo, en cuanto persona sujeta a su guarda, dándose una especial relación de dependencia personal, la que se hace extensiva a personas familiar o afectivamente próximas a la víctima.

El tipo subjetivo, consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de pretensiones del particular pendientes de su actuación profesional. La expresión "pendientes de resolución" no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra, sino que

---

444 MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al nuevo Código penal*, Editorial Aranzadi, España, 1999, pág. 1920.

quiere decir pendiente de una toma de decisión que de hecho esté al alcance del funcionario 445.

En lo referente a la incriminación, se alude a la ejecución de penas privativas de libertad de prisión o arresto de fin de semana, impuestas por sentencia condenatoria, así como también la situación de aquellos que se encuentren en prisión provisional y alojados en un centro penitenciario. Así también se hace referencia a los menores alojados en el interior de centros de protección o corrección.

En referencia a la penalidad el denominado tipo cualificado (art. 443, 2 y 3, CP), se produce un aumento del quantum punitivo, duplicando el máximo de la pena de prisión, manteniéndose en la misma duración la pena de inhabilitación prevista 446.

---

445 RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Código penal comentado y con jurisprudencia*, Editorial La Ley, 2ª edición, Madrid, 2007, pág. 961.

446 Resulta muy adecuada la observación efectuada por el Prof. POLAINO NAVARRETE, en cuanto a que “desde el punto de vista político-criminal, la tipicidad incurre en quiebra del principio de proporcionalidad al circunscribir la cualificación punitiva a los funcionarios de Instituciones penitenciarias y Centros de menores”. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones (...)*, ob. cit., pág. 369 y sig.

## **VI. Concurso de delitos**

El artículo 444 CP establece: “Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos”.

Así se puede decir que constituye la inclusión de una regla concursal, que permite confirmar la distinta naturaleza de los delitos de abusos contra la libertad sexual en el ejercicio de la función pública (arts. 443 y 444 CP) y los delitos de agresión o abuso sexual pues los primeros se encuentra dirigidos a proteger o tutelar la imparcialidad de las resoluciones de la Administración y la igualdad de oportunidades, en definitiva el correcto funcionamiento de la Administración Pública, siendo secundaria la protección de la libertad sexual, aunque siempre nos hallamos frente a delitos de carácter pluriofensivo.

Por último, conforme exponen CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, en el caso de llevar a cabo el sujeto activo, no solamente el tipo previsto y reprimido en el artículo 443 CP en sus apartados 1 y 2, sino además un delito contra la libertad

sexual de agresión o abuso sexual, deberá estimarse un concurso real de delitos e imponerse abuso o agresión sexual 447.

## **VII. Legislación latinoamericana especialmente relacionada**

### **A) Referencia a algunos sistemas legislativos próximos**

#### **1. Colombia**

Art. 145 CP (1980): *“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 (seis) meses a 3 (tres) años, en multa de mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a 5 años Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000*

Por su parte, la Ley 599 del año 2000, en el Título XV de los denominados “Delitos contra la Administración Pública, Capítulo Cuarto, bajo la nominación

---

447 CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pág. 2114.

“De la celebración indebida de contratos”, se prevé en el artículo 409 del Código Penal:

*Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.*

Como se puede observar, la norma es prácticamente idéntica a la disposición del Derecho penal argentino, ello en lo que hace no sólo a la acción típica, sino también a la estructura general de la norma. Así la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia se ha expresado en cuanto al núcleo de la figura que “incurre en este delito el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”. El interés previsto tampoco ha de ser, necesariamente pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones. Referencia a la interceptación de comunicaciones privadas sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Nelson PINILLA PINILLA, octubre 25 de 2000).

## **2. Perú**

Art. 399 CP: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor

*de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal” (texto según la modificación efectuada por el Art. 1 de la ley 28.355 /2004).*

La fuente directa del artículo transcrito precedentemente, se halla en el artículo 345 del Código Penal de Perú de 1924:

“El funcionario o empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de las cosas o bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren, y a los guardadores y albaceas, respecto a sus pupilos o testamentarios”.

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175 del Código Penal francés de 1810 y art. 324 del Código Penal español de 1850, que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991, argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980 448.

Por último, es de señalar que la ley 28.355 no ha efectuado reformas de fondo con relación a la estructura de la redacción típica limitándose únicamente a agregar la frase “en provecho propio o de terceros” y modificando el régimen de penas, con el consiguiente aumento de la privación de libertad y la expresa anotación de la pena de inhabilitación.

### **3. Chile**

Art. 240 Código Penal: *“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado*

---

448 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Grijley, Perú, 2007, pág. 816 sig.

*medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.*

*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, participación o administración intervienen, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes sus pupilos y testamentarias.*

*Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a algunos de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad hasta el tercero grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.*

*Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, diere interés a terceros asociados con él con las personas indicadas en el inciso precedente o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma”.*

Así, en el ordenamiento penal chileno el delito de negociaciones incompatibles se encuentra tipificado en el artículo 240 del Título V, Libro II de nuestro Código Penal, como uno más del título consagrado a los crímenes o simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El desarrollo doctrinario de este delito ha sido menor respecto del resto de los delitos contenidos en dicho título, donde figuras como el cohecho, fraude al Fisco, malversaciones, etc., han sido perfeccionadas y reestructuradas adecuándolas a las exigencias actuales de probidad y transparencia en el ejercicio de la Administración pública.

El mensaje del ejecutivo, en la dictación del Código Penal chileno en el año 1874 y respecto de los delitos mencionados, señaló que en el Libro segundo se ubicarán, entre otros, todos aquellos delitos que impidan el libre ejercicio de los poderes públicos y que destruyan la marcha regular del Estado. Para ello, enfatizó

en entregar sólidas garantías para el ejercicio de los demás derechos que dependen directamente de la organización del Estado, dictando reglas para robustecer la fe pública.

Desde la publicación de este Código, el delito de negociaciones incompatibles no sufrió ninguna modificación, hasta que en la década de los 90, cuando el fenómeno de la corrupción adquirió mayor relevancia, el Estado chileno suscribió y ratificó convenciones internacionales que luchaban por la transparencia y probidad tanto en los actos públicos como privados.

La redacción original del artículo 240 sobre negociaciones incompatibles señalaba: “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarías.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si el negocio u operación confiados a su cargo dieran interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos”.

Como se ha señalado, importantes avances se lograron con la creación de la Comisión de Ética Pública por Decreto Supremo N°423 el 5 de abril de 1994, a través de la cual se confeccionó el “Informe sobre Probidad Pública y Prevención de la Corrupción” que sirvió de base para las diferentes propuestas legislativas que surgieron con posterioridad.

En el año 1999, a partir de una moción parlamentaria que tenía por objeto “introducir rápidas reformas en aquellos preceptos del Código Penal más



directamente relacionados con la protección de la probidad, como bien propio del ejercicio de la función pública, cualesquiera que ésta sea”, se promulgó la Ley 19.645 que introduce modificaciones a las disposiciones del Código Penal que sancionan los denominados “delitos funcionarios”.

Esta Ley implicó severas reformas a los tipos legales comprendidos en el Título V, dentro de los cuales, el delito de negociaciones incompatibles no quedó exento, realizándose las siguientes modificaciones: “para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio”.

Dos principales motivaciones tuvieron los parlamentarios que presentaron la moción de este proyecto. Una de ellas se refiere a la adecuación y aumento de la penalidad de algunos tipos penales y la otra para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en la suscripción de nuestro país con la Convención contra la Corrupción. De esta manera, adecuándose a las exigencias internacionales sobre esta materia se aprobó la ley y con ello se modificaron, sustituyeron y reemplazaron algunas figuras penales del Código Penal.

El proyecto original, respecto del delito de negociaciones incompatibles, establecía dos cambios en su penalidad. Por una parte, aumentaba el grado de aplicación de la pena desde reclusión menor en su grado medio a reclusión menor en su grado máximo, y por otra, establecía una variación en la pena accesoria, desde inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio a inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos. Sin embargo, la Cámara Revisora del Senado, sólo aprobó la modificación en cuanto a la pena accesoria, justificando que el rechazo al aumento de la pena de reclusión se debía a que se le estaría imponiendo el mismo castigo que al delito de Fraude al Fisco, siendo inconsistente la propuesta, ya que éste ofende más de un bien jurídico, a diferencia del delito de negociaciones incompatibles que, al tratarse de un delito formal, no requiere un resultado para su consumación.

Por último, el fundamento del aumento de la pena accesoria, compartido por la cámara de origen y revisión, fue que, dado el carácter de ésta sanción, la penalidad anterior daba pie para situaciones un tanto excesivas y resultaba inconsecuente, por tanto, sancionar a un sujeto por cometer un acto ilícito,

inhabilitándolo para ejercer el mismo cargo, sin embargo, no para ejercer otros de similares características y dentro de la misma función pública.

#### **4. *Brasil***

El artículo 321 del Código Penal Brasileño titula como (advocacia administrativa) y al considerar la figura expresa: “Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionario. Pena. Detenção de 1 a 3 meses, ou multa.

Se o interesse é ilegítimo. Pena. Detenção de 3 meses a un año”.

#### **5. *Uruguay***

El Código Penal de la República Oriental del Uruguay se sancionó por Ley 9.155 e incluyó la figura ahora analizada dentro del Título IV de los denominados “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo II que lo ha denominado “Abuso de autoridad y violación de los deberes inherentes a una función pública”

Art. 161. Conjunción del interés personal y del público.

“El funcionario público que, con o sin engaño, directamente o por interpuesta persona, se interesare con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero en cualquier acto o contrato en que deba intervenir por razón de su cargo, u omitiere denunciar o informar alguna circunstancia que lo vincule personalmente con el particular interesado en dicho acto o contrato, será castigado con pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 10.000UR (diez mil unidades reajustables).

Constituye circunstancia agravante especial que el delito se cometa para obtener un provecho económico para sí o para un tercero. La redacción anterior dada por el art. 8º de la ley 17.060. El texto anterior, bajo el nomen “Conjunción del interés personal y del público” es el siguiente:

El funcionario público que sin engaño, directamente o por interpuesta persona, se interesare en cualquier clase de acto o contrato en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con multa de veinte a quinientas Unidades Reajustables y la inhabilitación especial de dos a seis años”.

Así las cosas es dable agregar que el original había sido modificado por el art. 18 inciso 1º de la ley 14.068; el Código Penal de 1934 preveía la pena de 100 a 2000 pesos de multa. Se expresa en Unidades Reajustables creadas por la ley 13.728, de acuerdo con el art. 216 de la ley 15.903 de 10.11.87. La pena conjunta de inhabilitación especial fue agregada por la misma ley 14.068.

## **6. Costa Rica**

El ordenamiento sustantivo de Costa Rica ha previsto en el artículo 347 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo”.

*(Así reformado por Ley N° 8056 del 21 de diciembre del 2000) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 345 al 347) Así reformado por Ley N° 8056 del 21 de diciembre del 2000) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 345 al 347).*

## **7. Bolivia**

El Código Penal de Bolivia que incluye el Decreto Ley 10426 del 23 de agosto de 1972, elevándolo a la categoría de Ley el 10 de marzo de 1997. Ley 1768, incluye modificaciones según ley 1768 y actualización según Ley 2494 del 4 de agosto de 2003.

Artículo 150.- “Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”: “El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días”.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales, por razón de su oficio, intervinieren y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos, curados, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos.

## **8. *El Salvador***

Conforme la publicación del 06/10/1997, se sancionó el Código Penal de El Salvador, bajo el Título XVI, Delitos relativos a la Administración Pública, en el Capítulo II, “De la corrupción”, aborda las denominadas “Negociaciones ilícitas”

Art. 328.- “El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechara de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.

## **9. *Guatemala***

Por Decreto No. 17-73, El Congreso de la República de Guatemala, sancionó el Código Penal y sus disposiciones Reglamentarias, asignando el Título XIII, a los

denominados Delitos contra la Administración Pública, tratando el Capítulo V, las Negociaciones Ilícitas y la Concusión, expresando:

Artículo. Comete el delito de concusión:

“1o. El funcionario o empleado público que, directa o indirectamente o por actos simulados, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones que como tales desempeñen.

2o. El funcionario o empleado público que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o dictamen que debe pronunciarse ante la misma.

Los responsables serán sancionados con prisión de uno a tres años y multa de trescientos a tres mil quetzales”.

Así cabe agregarse que, salvando la legislación uruguaya (cuyo tipo penal resulta más restringido), las disposiciones extranjeras que se han expuesto no ofrecen mayor dificultad y guardan similitud con el artículo 265 del Código Penal argentino.

## **B) La incriminación típica en el ordenamiento penal de la Argentina**

### ***1. Configuración legal de las negociaciones incompatibles***

Dentro del Título XI, Delitos contra la Administración Pública, Capítulo VIII, Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, encontramos el artículo 265 del Código sustantivo, que en su redacción actual ha quedado estructurado de la siguiente manera: “*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”.*

## **2. Antecedentes legislativos**

El único artículo (265) que constituye el Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, del Título XI: “Delitos contra la administración pública”, no ha experimentado cambios esenciales en su contenido a través de los antecedentes nacionales.

Proviene del Código de Tejedor, que incluye una disposición por la que se sanciona al empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo.

En Argentina el Proyecto del Dr. Carlos TEJEDOR trataba el tema en los artículos 418 y 419 incluyéndolos en el capítulo X junto con los Fraudes y Exacciones. En ambos casos utilizaba la expresión “empleado público”.

Así el artículo 418 expresaba: “El empleado público que en los contratos que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de dos años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años”.

Dicho artículo del Proyecto TEJEDOR tenía su antecedente en el Código español artículo 323 que castigaba el hecho con “presidio correccional e

inhabilitación perpetua especial” y se tiene también como antecedente el Código de Baviera.

Resulta interesante lo expresado por PACHECO en cuanto estima: “En el delito que aquí se prevé, entran dos elementos criminales: uno el robo o fraude que al Estado se causa; otro, al abuso de funciones y poder con que se comete (...) El artículo tiene también la generalidad necesaria. En todos los puestos cabe la clase de delito que comprende. En unos será cuando la celebración de los contratos, en otros será cuando se verifiquen los pormenores de su ejecución, cuando se liquiden sus consecuencias la pena se aplica con justicia a todos los casos, porque en todos puede igualmente delinquirse 449.

El segundo artículo mencionado resulta más cercano a la redacción de dicho tipo en el Código Penal de 1921 y rezaba: “El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial por uno a cinco años, y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, o en su defecto prisión de un año.” En una segunda parte expresaba: “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, o adjudicación ó partición interviniesen, y a los guardadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

En referencia al artículo 419 del Proyecto, tiene su antecedente en el Código Español, artículo 324 que reprime el hecho con pena de inhabilitación temporal especial y multa de diez al cien por ciento del valor del interés que hubiese tomado en el negocio. Se cita también como antecedente el Código francés artículo 175, el Código Brasileño artículo 146 y art.147.

### **1) Proyecto TEJEDOR (1867)**

En el Libro II, “De los crímenes, delitos y sus penas”, Sección II, “De los crímenes y delitos públicos y sus penas”, Título II, “De los crímenes y delitos

---

449 PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, Ed. Viuda de Perinat y Cia, Madrid, 1856.



peculiares a los empleados públicos”, Capítulo X, “Fraudes y exacciones”, se regula la figura analizada, específicamente por medio de los arts. 418 y 419. En ambos casos utilizaba la expresión “empleado público”.

Art. 418: “El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de dos años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años”.

El segundo artículo de este Proyecto, que resulta el más cercano al texto del Código Penal de 1921, rezaba: Art. 419: “El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial por uno a cinco años, y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado el negocio, o en su defecto prisión de un año”.

En una segunda parte expresaba: “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, o adjudicación o partición interviniesen, y a los guardadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

Comentando los artículos 418 y 419 del Proyecto TEJEDOR, precisamente en la nota al artículo referido en último término, Pacheco refería que: “Es un gravísimo delito, el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar al hacienda pública, delito y grave es convertirse en contratista del empleado de modo que trate en rigor consigo mismo. Aquí la ley teme y presume el fraude, y le teme y le presume con razón, porque no es de creer que ninguno descuide sus intereses, no que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es él mismo quien ha de fijar los límites de su ganancia. Nada hay pues más justo que la idea de este artículo; nada más claro que la disposición de la primera parte. El empleado que ha de intervenir en un contrato, de cualquier modo que esta intervención sea, no ha de llevar ningún interés directo ni indirecto. Entre las clases posibles de interés directo, es el de los parientes próximos, no digamos ya de la mujer que vive con su marido, o del hijo no emancipado; más aún el de éste que lo está y tiene un peculio; aun el de los hermanos; aun el de aquella que se maneja por

sí sola; la razón y la conciencia general exigen esta inteligencia como indispensable.

Explica además PACHECO: “En el delito que aquí se prevé, entran dos elementos criminales: uno el robo o fraude que al Estado se causa; otro, al abuso de funciones y poder con que se comete...El artículo tiene también la generalidad necesaria. En todos los supuestos cabe la clase de delito que comprende. En unos será cuando la celebración de los contratos, en otros será cuando se verifiquen los pormenores de su ejecución, cuando se liquiden sus consecuencias. La pena se aplica con justicia a todos los casos, porque en todos puede igualmente delinquirse”.

Con referencia a los arts. 418 y 419 del Proyecto, presentan su antecedente en los artículos 323 y 324, respectivamente, del Código Penal español de 1848. En el Código español, el art. 323 castiga el hecho con presidio correccional e inhabilitación perpetua especial, mientras que el art. 324 reprime el hecho con pena de inhabilitación temporal especial y multa de diez al cien por ciento del valor del interés que hubiera tomado en el negocio. Asimismo, se ha tomado como referencia el artículo 412 del Código español de 1870.

Como antecedentes se cita también el Código de Baviera, art. 361, el Código peruano, arts. 200 y 201, el Código boliviano, arts. 409 a 411, el Código francés, art. 175, y el Código brasileño, arts. 146 y 147. Otra fuente del art. 265 del Cód. Penal argentino ha sido el art. 176 del Cód. Penal italiano de 1889 .

## **2. Proyecto VILLEGAS – UGARRIZA – GARCÍA (1881)**

Las disposiciones del Proyecto Tejedor fueron tomadas por el proyecto de los doctores VILLEGAS, UGARRIZA y GARCÍA.

En el Libro II, “Los delitos y sus penas”, Título II, “Delitos peculiares a los empleados públicos”, Capítulo IX, “Fraude y exacciones”, se prevé este ilícito, a través de los arts. 165 a 167.

El artículo 165 establece: “El empleado público que en los contratos en que intervenga por razón de su cargo, o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión media e inhabilitación general absoluta”.

El art. 166 dispone: “El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial mayor y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiese tomado en el negocio, o en su defecto prisión menor”; y el art. 167 prescribe que: “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación o adjudicación o partición interviniesen, y a los guardadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

### **3. *Código Penal de 1886***

Contempla este hecho punible en el Libro II, “De los delitos y sus penas”, Sección II, “Delitos políticos y delitos peculiares a empleados públicos”, Título II, “De los delitos peculiares a los empleados públicos”, Capítulo IX, “Fraudes y exacciones”, arts. 272 y 273.

Art. 272: “El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años”.

Art. 273: “El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir, por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial por uno a cinco años y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, o en su defecto, prisión de uno a tres años. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación o partición interviniesen, y a los guardadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

#### **4. Proyecto PIÑERO – RIVAROLA – MATIENZO (1891)**

El libro II, Título X, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, incluye en el art. 312 la figura en cuestión. Divide el Capítulo denominado “Fraudes y exacciones” del Código Penal de 1886 en dos secciones: una que trata de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, y otra, de las exacciones ilegales.

El art. 312 es similar al art. 273 del Cód. Penal de 1886, se elevaron las penas e introdujeron cambios en la redacción a los fines de lograr aclarar ciertos términos empleados en este último.

Así, el art. 312 prescribe: “El funcionario público que, directamente, o por persona interpuesta, o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que interviniera por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría de seis meses a dos años e inhabilitación absoluta por doble tiempo. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto de los pertenecientes a sus pupilos, testamentarias o concursos”.

Entre las concordancias se enumeran los siguientes códigos: español (art. 412); italiano (176); francés (art. 175); belga (art. 245); chileno (art. 240) y uruguayo (art. 178).

Destaca MORENO que el Proyecto de Código Penal de 1891, el que en lo esencial es seguido por el de 1906 y por el Código Penal de 1921, “no trae como el Código y proyectos anteriores un capítulo destinado a reprimir fraudes y exacciones; esa materia la divide en dos secciones: una trata de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, y en otra de las exacciones ilegales .

El proyecto de 1891 separó las materias de fraude y la negociación simple. En la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 se decía: “El artículo 8º de este

Título reprime a los funcionarios que se interesan en las negociaciones incompatibles con las funciones públicas. El Código actual ha dedicado a este material dos artículos: el 272 y el 273; pero ha dado al delito el nombre de fraude, sea que consista en un concierto fraudulento con los acreedores o deudores del Estado, sea que consista en interesarse en contratos u operaciones con el Estado, sin defraudar (...) El segundo funda el artículo 312 del proyecto, único del Capítulo que explicamos y casi idéntico 263 del Código, cuyos términos apenas han sido empleados para aclararlos” .

##### **5. *Proyecto SEGOVIA (1895)***

El Libro II, Parte Especial, “De los delitos y sus penas”, Título X, “Delitos contra la autoridad y administración públicas”, Capítulo IX, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en el art. 350 establece lo siguiente:

“El funcionario público que, directamente o por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que interviniere o deba enseguida intervenir por razón de su cargo, será reprimido con tres meses a dos años e inhabilitación absoluta por doble tiempo. Esta disposición es aplicable a toda clase de perito y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los bienes o cosas pertenecientes a sus pupilos, testamentarias o concursos”.

##### **6. *Ley de Reformas 4189***

Mantiene la redacción de los artículos 272 y 273 del Código de 1886.

## **7. Proyecto de 1906**

El Libro II, Título XI, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en el artículo 284 establece:

“Será reprimido con multa de diez al sesenta por ciento del valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, e inhabilitación absoluta por uno a cinco años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarias o concursos”.

## **8. Proyecto de 1917**

Mantiene la fórmula del art. 284 del proyecto anterior, aunque sustituye la pena de multa por la de prisión, trasladándola al art. 265 coincidente con el orden de ubicación del Código Penal vigente.

## **9. Código Penal de 1922**

El 30 de setiembre de 1921 el Congreso Nacional sancionó la ley 11.179, que estableció el código penal vigente; el 29 de octubre del mismo año, el Presidente Hipólito Yrigoyen lo promulgó, entrando en vigencia seis meses después de su promulgación, es decir, el 29 de abril de 1922 (Ley 11.179).

La regulación legal en la materia fue idéntica a la del Proyecto de 1917.

El Código de 1922 tenía, como la actual redacción, dos apartados que comprendían casos diferentes.

Ya desde su primera redacción se incriminaban hechos realizados o ejecutados violando los deberes contraídos, que consistían, básicamente, al decir de Moreno, en “tomar de una manera directa o indirecta un interés privado en actos de la administración en la cual se ejerce el cargo o en actos que se refieren a particulares, pero que se tramitan ante la justicia” .

#### **10. Proyecto COLL – GÓMEZ (1937)**

El Libro II, Título XII, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo VIII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, contiene las figuras en cuestión en los arts. 336 y 337.

Art. 336: “Se impondrá prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por uno a cinco años, al funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que interviniere por razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto de los pertenecientes a sus pupilos, curados, testamentarias o concursos”.

Art. 337: “Se impondrá la sanción establecida en el artículo anterior, al funcionario público que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad o dictamen que deba pronunciarse ante la autoridad”.

#### **11. Proyecto PECO (1941)**

El Libro II, Sección IV, “Delitos contra los bienes jurídicos del Estado”, Título III, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo I, “Delitos contra los deberes de la función pública”, contiene la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas en el art. 328.

Peco explica en la Exposición de Motivos que acompaña el Proyecto que “...el art. 328 del Proyecto reproduce el art. 265 del Cód. Penal. Sólo en el segundo párrafo se agrega el vocablo ‘árbitros’, como en la fuente legal, el art. 406 del Cód. Penal español y el art. 312 del Proyecto de 1891”.

## **12. Proyecto DE BENEDETTI (1951)**

El Libro II, Título XIII, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo I, “Delitos de los funcionarios públicos”, tipifica la conducta por medio del art. 473 estableciendo que: “Al funcionario público que, directamente, o por interpósita persona, o por acto simulado, se interesare privadamente en cualquier acto de la administración en el que interviniere por razón de su cargo, se impondrá prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena. La norma se aplicará a los peritos, árbitros y arbitradores y amigables componedores, contadores, tutores, curadores, albaceas y síndicos judiciales, en cuanto a los actos inherentes a las funciones que desempeñaren conforme al ordenamiento jurídico”.

## **13. Proyecto LEVENE – MALDONADO – LAPLAZA (1953)**

El Libro II, Sección IV, “Delitos contra la Nación”, Título V, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo I, “Delitos cometidos en el ejercicio de la función pública”, criminaliza las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública a través del art. 383 estableciendo que: “Al funcionario o empleado público que, por sí o por interpósita persona, en forma ostensible o simulada persiguere un interés privado en cualquier acto de la administración pública donde



intervenga en razón de su cargo, se le impondrá prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por doble tiempo. Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros, amigables componedores, contadores, tutores, curadores, albaceas, interventores, inventariados, liquidadores, martilleros y síndicos, que intervengan en un proceso civil, penal o administrativo, respecto de los actos inherentes a sus funciones como tales”.

#### **14. Proyecto SOLER (1960)**

La Parte Especial, Título XVI, “Delitos contra los deberes de la función pública”, Capítulo II, “Corrupción de funcionarios”, contempla esta figura legal en el art. 347, expresando que: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

SOLER explica en la nota respectiva que: “Por supuesto que la segunda parte se refiere a persona que no pueda ser calificada como funcionario público de acuerdo con el art. 7º, como ocurre con un interventor judicial, o administrativo que caería siempre dentro de la primera parte del presente artículo”.

#### **15. Ley 16.648 (1964)**

Sancionada el 30 de octubre de 1964 y promulgada el 13 de noviembre de 1964. Sustituye la penalidad de diversas normas penales, entre las que se encuentra

la figura aquí estudiada, estableciendo como pena la “reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años” (cfr. art. 12).

La ley 16.648 aumentó la pena conjunta que establecía en la redacción original del art. 265 (prisión e inhabilitación), introduciendo la pena de reclusión.

#### **16. Proyecto SOLER – CABRAL – AGUIRRE OBARRIO (1979)**

Esta figura punible está prevista en la Parte Especial, Título XVI, “Delitos contra los deberes de la función pública”, Capítulo II, “Corrupción de funcionarios”, art. 360, que mantiene, con variaciones en el monto de la pena, la redacción del art. 347 del Proyecto de 1960.

#### **17. Ley 25.188 (1999)**

Conforme señala COLOMBO, a partir de la década de los años 90, casi todos los Estados del mundo tomaron la decisión política de crear un orden jurídico internacional anticorrupción. Lo expuesto se vio manifestado con la sanción de dos Tratados: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Así también con notable incidencia sobre las legislaciones de los estados se sancionó una tercera Convención que se denominó Convención sobre Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Denominada “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública”, sancionada el 29 de septiembre de 1999, fue promulgada el 26 de octubre de ese mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 1º de noviembre del mismo año. Sustituye el art. 265 del Código Penal y fija la redacción típica que rige en la actualidad (cfr. art. 35).

Se agrega el párrafo que hace referencia al funcionario público que se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, modificándose la segunda parte del artículo, en lo que hace a la enumeración de posibles sujetos. Así también, establece la ley una pena que es de prisión o reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

En concreto, la figura quedó redactada de la siguiente forma:

“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”.

Según entiende RIMONDI, el simple cotejo de las dos redacciones transcriptas demuestra que la conducta reprimida no ha variado en lo sustancial, ya que tanto la ley 25.188 como sus antecedentes incriminan al funcionario público que se interesa en un “(...) contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”. De tal modo, nos encontramos ante el mismo verbo típico (interesarse), el mismo objeto (contrato u operación) y la misma circunstancia personal en el autor (que su intervención en el contrato u operación sea en razón del cargo público que ejerce). Así las cosas, la reforma, en cuanto a la descripción típica, sólo ha tenido en miras delimitar debidamente la motivación de la acción del agente. Frente al silencio al respecto de sus antecedentes, el actual art. 265 establece expresamente que el funcionario público será punible si se interesa en “(...) beneficio propio o de un tercero (...)”. Obvio resulta decir que, con o sin referencia expresa, la figura de las negociaciones incompatibles con la función pública sanciona a quien obra en

provecho particular, dado que interesarse en beneficio del Estado no sólo no es ilícito, sino que constituye el deber del funcionario en cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo. Así, ya MORENO –siguiendo a PACHECO–, al comentar el Proyecto de Carlos TEJEDOR, afirmaba –tal como expresamos antes–: “Entre las clases posibles de interés indirecto, es el interés de los parientes próximos, no digamos ya de la mujer que vive con su marido, o del hijo no emancipado; más aún que el de éste que lo está y tiene un peculio; aún el de aquella que se maneja por sí sola. La razón y la conciencia general exigen esta inteligencia como indispensable”. En consecuencia, la formulación establecida por la ley 25.188 determina la extensión del ánimo que motiva al autor, ya que, conforme a ella, se reprime a quien se conduce en beneficio propio, como así también al que lo hace en favor de un tercero.

Respecto del segundo párrafo de la norma, que contenía y contiene una extensión de la punición a conductas vinculadas al patrimonio de particulares, la ley 25.188 incorpora nuevos supuestos a ella. Por un lado, amplía los posibles sujetos activos, en atención a sus calidades especiales, agregando a los árbitros, amigables componedores y liquidadores. Por el otro, aumenta los casos en los que puede resultar de aplicación la figura con relación a los peritos y contadores particulares, limitados antes a las funciones de tasación, partición y adjudicación.

La mayor entidad de la reforma radica, a criterio de RIMONDI, en la amenaza punitiva legalmente establecida. La pena privativa de libertad permanece de modo alternativo entre la reclusión y la prisión, disminuyéndose su mínimo –un año- a efectos de adecuarlos a otras figuras del título, como, por ejemplo, el cohecho (art. 256). Asimismo, se abandona la aplicación de la inhabilitación absoluta, rémora de la antigua muerte civil con extremos de dudosa constitucionalidad, por la más apropiada inhabilitación especial a perpetuidad.

Cabe destacar que en el Derecho comparado, a diferencia de nuestro ordenamiento positivo, en los modernos códigos penales europeos no se recoge autónomamente esta figura delictiva. Claro ejemplo de ello son los sistemas francés e italiano, en los que algunos de los aspectos de esta conducta son encuadrables en tipos penales más genéricos, como el caso del delito de tomar interés (especie de fraude) en Francia, o el de abuso de oficio (especie de prevaricación) en Italia.

**18. *Anteproyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación (2006)***

El Libro II, “De los Delitos”, Título XIII, “Delitos contra la administración pública”, Capítulo VII, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, tipifica la conducta estudiada por medio del art. 308, al establecer que: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial por el doble tiempo que el de la condena 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 que intervenga por razón de su cargo, aunque no exista perjuicio particular para la administración particular”.

**19. *Proyecto 1331-D-2009***

Con relación a la figura típica que se viene analizando se propone sustituir su redacción por la siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

En la doctrina latinoamericana el modelo seguido por el Código Penal Peruano respecto de la figura en estudio (negociaciones incompatibles con la función pública), guarda similitud con nuestro ordenamiento y el Código sustantivo colombiano (vid.art.409 año 2000). Se debe aclarar en este punto que el Código

Penal de Perú a diferencia de nuestra normativa, no consigna expresamente el componente “provecho patrimonial” ( en beneficio propio o de un tercero)

Las disposiciones del Proyecto TEJEDOR son tomadas por el Proyecto de los Doctores VILLEGAS, UGARRIZA y GARCÍA.

En el Código penal de 1921, el artículo referido a las negociaciones incompatibles tenía, como la actual redacción, dos apartados que comprendían casos diferentes. Ya desde su primera redacción se incriminaban hechos realizados o ejecutados violando los deberes contraídos que consistían en “tomar de una manera directa o indirecta un interés privado en actos de la Administración en la cual se ejerce el cargo o en actos que se refieren a particulares, pero que se tramitan ante la justicia”.

La ley 25.188 (1999) le dio la redacción que tiene en la actualidad. Ella efectuó un agregado al tipo penal; extendió la autoría del segundo párrafo a personas que antes no estaban comprendidas en la disposición; disminuyó el mínimo de las penas de reclusión o prisión, alternativamente amenazadas, de dos a un año, en tanto que cambió la pena paralela de inhabilitación que era absoluta, haciéndola especial y aumentando su monto, que de ser de tres a diez años, pasó a ser perpetua.

Conforme señala COLOMBO, a partir de la década de los años 90, casi todos los estados del mundo tomaron la decisión política de crear un orden jurídico internacional anticorrupción. Lo expuesto se vio manifestado con la sanción de dos Tratados: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Así también con notable incidencia sobre las legislaciones de los estados se sancionó una tercera Convención que se denominó Convención sobre Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) 450.

El 29 de setiembre de 1999 se sancionó la Ley 25.188 de Ética de la Función Pública que fue publicada en el Boletín Oficial el 1 de noviembre del mismo año. Se derogó el decreto 494/95 modificando el Código Penal al sustituirse el artículo

---

450 COLOMBO, Marcelo / HONISCH, Paula, *Delito de las contrataciones públicas*, Editorial Ad-Hoc- Buenos Aires, 2012, págs. 19 y sig.

265. Se agrega en el primer párrafo, que hace referencia al funcionario público en los siguientes términos: “se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero” de indiscutible valor en lo que se refiere a no dejar dudas sobre el interés del sujeto activo. En el segundo párrafo se cambia la enumeración de posibles sujetos culpables de la conducta típica. Así también establece la ley una pena que es de prisión o reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

Se agrega el párrafo que hace referencia al funcionario público que se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, modificándose la segunda parte del artículo, en lo que hace a la enumeración de posibles sujetos. Así también, establece la ley una pena que es de prisión o reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

En concreto, la figura quedó redactada de la siguiente forma:

“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”.

Según entiende RIMONDI, el simple cotejo de las dos redacciones transcriptas demuestra que la conducta reprimida no ha variado en lo sustancial, ya que tanto la ley 25.188 como sus antecedentes incriminan al funcionario público que se interesa en un “(...) contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”. De tal modo, nos encontramos ante el mismo verbo típico (interesarse), el mismo objeto (contrato u operación) y la misma circunstancia personal en el autor (que su intervención en el contrato u operación sea en razón del cargo público que ejerce). Así las cosas, la reforma, en cuanto a la descripción típica, sólo ha tenido en miras delimitar debidamente la motivación de la acción del agente. Frente al silencio al respecto de sus antecedentes, el actual art. 265 establece expresamente que el funcionario público será punible si se interesa en “(...) beneficio propio o de un tercero (...)”. Obvio resulta decir que, con o sin referencia expresa, la figura de las

negociaciones incompatibles con la función pública sanciona a quien obra en provecho particular, dado que interesarse en beneficio del Estado no sólo no es ilícito, sino que constituye el deber del funcionario en cualquier contrato u operación en la que intervenga en razón de su cargo. Como se ha indicado, MORENO afirmaba: “Entre las clases posibles de interés indirecto, es el interés de los parientes próximos, no digamos ya de la mujer que vive con su marido, o del hijo no emancipado; más aún que el de éste que lo está y tiene un peculio; aún el de aquella que se maneja por sí sola. La razón y la conciencia general exigen esta inteligencia como indispensable”. En consecuencia, la formulación establecida por la ley 25.188 determina la extensión del ánimo que motiva al autor, ya que, conforme a ella, se reprime a quien se conduce en beneficio propio, como así también al que lo hace en favor de un tercero.

Respecto del segundo párrafo de la norma, que contenía y contiene una extensión de la punición a conductas vinculadas al patrimonio de particulares, la ley 25.188 incorpora nuevos supuestos a ella. Por un lado, amplía los posibles sujetos activos, en atención a sus calidades especiales, agregando a los árbitros, amigables componedores y liquidadores. Por el otro, aumenta los casos en los que puede resultar de aplicación la figura con relación a los peritos y contadores particulares, limitados antes a las funciones de tasación, partición y adjudicación.

La mayor entidad de la reforma radica, a criterio de RIMONDI 451, en la amenaza punitiva legalmente establecida. La pena privativa de libertad permanece de modo alternativo entre la reclusión y la prisión, disminuyéndose su mínimo –un año- a efectos de adecuarlos a otras figuras del título, como, por ejemplo, el cohecho (art. 256). Asimismo, se abandona la aplicación de la inhabilitación absoluta, rémora de la antigua muerte civil con extremos de dudosa constitucionalidad, por la más apropiada inhabilitación especial a perpetuidad.

Cabe destacar que en el derecho comparado, a diferencia de nuestro ordenamiento positivo, en los modernos códigos penales europeos no se recoge autónomamente esta figura delictiva. Claro ejemplo de ello son los sistemas francés e italiano, en los que algunos de los aspectos de esta conducta son encuadrables en

---

451 RIMONDI, Jorge Luis, *La codelinuencia en el cohecho*, La Ley, Buenos Aires, 2002 A- 1039.



tipos penales más genéricos, como el caso del delito de tomar interés (especie de fraude) en Francia, o el de abuso de oficio (especie de prevaricación) en Italia.

Por último, SANCINETTI considera que una de las fuentes de Derecho extranjero del artículo 265 del Código Penal argentino fue el Código Penal español, pues se toma como base el artículo 324 del Código Penal español de 1848 y el artículo 412 del Código español de 1870. Otra fuente del artículo 265 del Código Penal argentino ha sido el artículo 176 del Código Penal italiano de 1889<sup>452</sup>.

### 3. *Bien jurídico protegido*

Es común la idea de entender que el bien jurídico protegido por el artículo 265 del Código Penal es la “administración pública” 453.

---

452 SANCINETTI, Marcelo A., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1985.

453 Cfr. ABANTO VASQUEZ, “Tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública”, en “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”, también en *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 1ª edición 2001, 2ª edición 2003, págs. 2 y ss. Así y en referencia a la concepción actual de la “administración pública” ha expresado el autor en lo esencial que, hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la “administración pública” como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos. Debido a eso se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este “poder”, tales como el “prestigio”, el “honor”, la “intangibilidad”, ciertas facultades monopólicas, etc. Bajo esta concepción se legitimaba la existencia de tipos penales como la “usurpación de insignias, títulos y honores” (art. 362 CP peruano), que penan el “atrevimiento” de los ciudadanos de ostentar públicamente insignias o distintivos propios de los funcionarios públicos, o el “desacato” (arts. 374 y s. CP), por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple atentado contra la persona de éste, era considerado un atentado contra el “honor” o el “decoro” de la función pública. Por esto también la sistemática de los delitos contra la administración pública tenía ciertas peculiaridades que hoy en día nos parecen inexplicables. Así, tendía a absorber una serie de figuras que ahora se consideran que atentan contra otros bienes jurídicos; p. ej. el “ejercicio ilegal de una profesión” (art. 363 y s. CP), figura que, en realidad, tiene que ver con el ejercicio de la profesión, aunque, bajo la lógica de la concepción antigua, era vista como un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de títulos, lo cual llevaba (y lleva aún de lege lata en el CP peruano) a la absurda situación de dejar impune a aquél que ejerce una profesión sin tener título alguno. En la actualidad se ha cambiado de concepción pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente sólo interesa proteger su correcto funcionamiento de la administración pública. La protección penal de este bien jurídico se da a través de diversos tipos penales que, en concreto, reprimen conductas que atenten contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento (o sea, los “objetos de protección”); p. ej. en el “cohecho pasivo propio” (art. 393 CP), se trata de proteger la “imparcialidad” y “legalidad” en el ejercicio de la función;

Dicho concepto de Administración pública ha sido definido –en su dimensión funcional– como el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios públicos que se encuentran sujetos, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad 454.

Con relación a este tema, MILLÁN sostiene que el bien jurídico tutelado es la “Administración pública en lo relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro” 455.

A criterio de SOLER, “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” 456.

Por su parte, NÚÑEZ señala que “el Capítulo VIII del Título ‘De los delitos contra la administración pública’ resguarda, por un lado, la fidelidad funcional pública en contratos y operaciones realizados entre la administración pública y terceros. Por otro lado, resguarda la fidelidad de las personas particulares que intervienen en la tasación, partición, adjudicación o administración de bienes también particulares. En ambos casos lo punible no es un acto de fraude

---

en el “peculado” (art. 387 CP), el “patrimonio” de la administración pública; en la “usurpación de funciones” (art. 361), la “legalidad del ejercicio funcional, etc. Es decir, mientras existe un bien jurídico tutelado, propio de todos los delitos contra la administración pública, el cual alberga una serie de “objetos de protección” que son directamente atacados por las conductas ilícitas. Esta precisión se basa en una distinción entre “bien jurídico” y “objeto de protección” que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos. Por supuesto que este cambio de concepción sobre el concepto “administración pública” trae algunos problemas en la aplicación de tipos penales ya vigentes y que fueron introducidos bajo la concepción ya superada. En estos casos, se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Por ejemplo, los problemáticos tipos penales ya aludidos de “desacato” y “usurpación de insignias” tienen que interpretarse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un “objeto de protección” del bien jurídico. Luego, en el “desacato” no bastará con un mero “atentado contra el honor” de la persona del funcionario público (para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor), sino que se deberá ser de tal gravedad que afecten de algún modo el “ejercicio ordenado y tranquilo” de la función pública. Y tampoco bastará con una mera “ostentación pública” de distintivos propios de una función pública si ésta no es idónea para sugerir en el público la legitimidad de tal ostentación. En el caso mencionado del “ejercicio ilegal de la profesión”, la interpretación solamente se puede dar en el sentido de que se trata de un atentado contra la “fe pública”; por lo tanto, la lesividad de las conductas debe verificarse en el sentido de que el sujeto no reunía las cualidades “materiales” para el ejercicio (y no solamente se trata de infracciones formales); el vacío existente (la impunidad del ejercicio de una profesión sin “título” alguno) tiene que ser llenado por la vía legislativa.

454 CNCP, Sala IV, 7/7/99, “W.E. J.A. 2000-III-745, CNfed. C.Correc. Sala I, 4/7/88 “S.K: C.E” JA 1989-III-533.

455 MILLAN, Alberto S., “El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en *Doctrina Penal*, pag. 28. En igual sentido, la CNCCorr, Sala I, 18/9/96, en autos W,C.”, 1998-II\_266.

456 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10ª reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1992.

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” 457.

De otra parte, TERRAGNI ha señalado: “La ley procura que las funciones de Administración, por ella indicadas, sean cumplidas separando los intereses generales de la comunidad de los particulares de los agentes. Se trata del fiel, correcto e imparcial cumplimiento de las tareas de la Administración en sentido amplio, manteniendo de esa forma el prestigio de las instituciones. Se defiende la necesidad de que los órganos estatales actúen imparcialmente, y al mismo tiempo, de que tampoco se creen sospechas de parcialidad; y más que parcialidad, de deshonestidad” 458.

Por su parte, DONNA considera expresamente que el “el correcto desarrollo de la actividad pública no sólo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública” 459.

En la doctrina extranjera, a más de la conocida posición de POLAINO NAVARRETE, que ya hemos desarrollado “in extenso” 460, es de considerar lo expuesto por SERRANO GÓMEZ al afirmar “la necesidad de garantizar la imparcialidad de los funcionarios en su actuación pública y la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la Administración” 461.

MIR PUIG, respecto del artículo 401 del Código Penal español, anterior a la reforma del año 1995 (semejante al artículo 240 de nuestro Código Penal), señala que “el bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario

---

457 NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Lerner, Córdoba T. V, Volumen II, Córdoba, Argentina, 1988, pág. 128 y sig.

458 TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Editorial Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, págs. 267 y sig.

459 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, tomo III, págs. 359 y ss.

460 POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 431 y ss.

461 SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal, Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid. 2001, pag.795 y sig.

al resolver, garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en las contrataciones en particular” 462.

Confirma ABOSO que esta exégesis es la aceptada comúnmente por los autores nacionales 463. Por su parte, VILLADA estima que el bien jurídico protegido consiste en la exigencia genérica de que “observe una conducta tal que toda intervención que realice al respecto, sea irreprochable, transparente, insospechable y esencialmente prescindente de sus intereses particulares” 464.

En definitiva, la doctrina sostiene que la imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo de las cuestiones públicas sometidas en el marco de su competencia resulta ser el interés penalmente tutelado por la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

Y puede concluirse entonces que las diversas opiniones sustentan la idea de que la probidad y la lealtad deben ser las notas comunes que caractericen el ejercicio de la función pública. Todo apartamiento de estas reglas cardinales por parte del funcionario público implicaría un ejercicio “abusivo” del cargo público, sin necesidad de asociar a esta exégesis el requisito del ilegítimo beneficio patrimonial del agente.

En cambio, algunas otras sentencias consideraron que el bien jurídico tutelado es el “prestigio de la administración”, o “el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad”.

---

462 MIR PUIG, ob. cit., págs. 352 y ss.

463 DONNA, ob. cit., pág. 314; SANCINETTI, Marcelo A., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en *Doctrina Penal*, año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 72; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo VII, pág. 334; SIERRA, Hugo Mario, El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en *Rev. La Ley.*, 2000-E-1129, Doctrina.

464 VILLADA, Jorge L, *Delitos contra la función pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 455 y sig.

ABOSO critica dicha postura, y objeta la identificación del bien jurídico protegido con el “prestigio” de la administración pública. A su criterio ello es una ficción y el Derecho penal no puede trabajar con ficciones 465.

El prestigio de la administración pública no puede constituirse sin más en un interés tutelable, por cuanto este atributo de buen nombre de la administración pública, hoy en día severamente cuestionado por la sociedad, puede no pertenecer a la realidad y resultar directamente un deseo compartido, una meta alcanzable, pero nunca integrar per se un valor ético-jurídico que justifique la amenaza de pena.

Esta circunstancia de identificar al bien jurídico con la “apariencia de integridad de la Administración pública” no es una cuestión ajena a otros sistemas jurídicos.

Así se ha citado un precedente de la Corte Suprema canadiense, en el cual se debatió el contenido y alcance de la tutela proporcionada por la figura de la corrupción. La mayoría de los integrantes afirmaron que el objetivo crucial del delito no es simplemente preservar la integridad del gobierno, sino también preservar la apariencia de integridad; entendiéndose que puede causar un perjuicio contra la integridad del gobierno cuando los funcionarios reciben beneficios, incluso en ausencia de un motivo ilícito 466.

La posición minoritaria sostuvo, por su parte, que la importancia del delito radica en “garantizar la integridad de sus funcionarios”.

Tal como señala ABOSO, las distinciones marcadas por ambas posturas son indudablemente significativas.

La posición mayoritaria entiende que el objeto de tutela es la integridad de la administración pública que incluye la mera “apariencia” de esta cualidad. No parece ser otro el interés necesitado de protección penal: la apariencia de integridad ética del Estado. Ni puede ser otra la interpretación cuando se afirma en la sentencia que el crimen se relaciona con el comportamiento del agente que debe ajustarse al código de ética de una sociedad, pero lo preocupante es el esfuerzo por

---

465 ABOSO, Gustavo, “Delitos contra la Administración Pública” en *Revista de Derecho Penal*, Año 2004-I, dirigido por DONNA Edgardo, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 51/59.

466 *Vid.* “R.c/Hinchey (1996), 3 R.C.S. 1128. En igual sentido, “R.c/ Vander Zalm (1992) B.C.J. N° 1390 (S.C.); Supreme Court of British Columbia 26-3-2000.

mantener sin fisuras un aparente velo de integridad ética en el ejercicio de la función pública.

Así, entonces, se desdibuja la regla de comportamiento de la norma y se vacía de contenido apto para guiar las conductas de los funcionarios públicos.

En cambio, desde una perspectiva personal, la minoría identifica correctamente –a criterio de ABOSO 467– el bien jurídico tutelado penalmente con la integridad ética de sus miembros, es decir, parte desde una postura personalista del bien jurídico y coloca a la persona en el centro de esta tutela. La importancia de la integridad de la administración pública en el manejo de los asuntos públicos está dada por la actuación correcta y desinteresada que debe guiar a sus integrantes, vale decir, el bien jurídico protegido se relaciona con la actuación ética de los funcionarios en la esfera de los asuntos públicos.

Esta contraposición entre las dos tesis permite comprender cabalmente los puntos de vista dominantes de la discusión que se viene desarrollando desde hace décadas en el seno de la doctrina penal. Mientras algunos sostienen que el bien jurídico debe ser concebido, modelado, desde el punto de vista del Estado, otros participan de la idea antropocéntrica del bien jurídico y la necesidad de su protección penal como instrumento para el desarrollo de los planes de vida de las personas.

El problema radica en el propio objeto de tutela de la “Administración pública”. En este punto, los autores atienden, por lo corriente, al aspecto global de este bien jurídico que se identifica con el normal y correcto desarrollo de las funciones sociales que cumple el Estado. Sin embargo, los preceptos penales enumerados dentro de esta planificación genérica atienden a las relaciones internas que median entre los funcionarios públicos y el ejercicio de esa función pública. En este aspecto interno debe detenerse realmente el estudio del contenido del bien jurídico en esta clase de delitos. En esta vinculación jurídica entre el funcionario público y la función que cumple el Estado dentro de una sociedad pluralista, donde la persona es el centro del sistema y no su contorno.

---

467 ABOSO, ob. cit., págs. 51/59.

A partir de allí entonces corresponde intentar delimitar con mayor precisión cuál es la esencia del interés jurídico protegido penalmente.

Todas las infracciones previstas en el Título XI del Código Penal argentino protegen de forma amplia el correcto desarrollo de la administración pública en su acepción más extensa. Las conductas ilícitas deben provenir, en su mayor parte, de funcionarios públicos que, por su posición dentro de la administración pública y el encargo privativo del manejo de la cosa pública, son las personas mejor ubicadas en relación con este bien jurídico para lesionarlo.

Los sujetos pasivos de esta especie de delitos se encuentran obligados a observar un cierto número de deberes especiales íntimamente ligados con el ejercicio de la función pública. Precisamente la infracción de estos deberes especiales, que marcan el correcto desempeño de la función pública, es el contenido de lo injusto de esta clase de delitos de carácter especial.

En el caso de la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, que el deber de fidelidad en la observancia prioritaria de los intereses públicos se erige como el prototipo del bien jurídico protegido. Así, el funcionario público que viola este deber al priorizar otros intereses, sean propios o ajenos, en perjuicio de los intereses públicos que debe cuidar, comete este delito. Esta inobservancia funcional en el manejo de la cosa pública es la lesión concreta al bien jurídico intermedio de la Administración pública.

Por el contrario, la idea de identificar el bien jurídico tutelado con el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo de asuntos públicos se presenta para interpretaciones equívocas. Por esta razón el autor formula las siguientes observaciones.

a) El funcionario público que interviene, en función de su cargo, en cualquier contrato u operación debe perseguir un interés público en dicha contratación. Este interés se identifica con el interés de la administración pública. Por esto no puede hablarse lisa y llanamente de una imparcialidad en el ejercicio de su función. Todo lo contrario. El funcionario público debe colocar, en primer lugar, los intereses de la administración al momento de preparar, concertar o ejecutar un contrato u operación; siendo que el mismo representa en dicha concertación a una

de las partes interesadas que es la que tiene las funciones de administración, manejo y cuidado de la cosa pública. Lo que se impone al funcionario público en su ejercicio es el deber de fidelidad en la correcta prelación de los intereses en juego.

b) De acuerdo a este punto de vista, la postura de la doctrina mayoritaria sobre el tema de la imparcialidad como eje central del bien jurídico protegido tampoco se contrapone con la exégesis aquí propuesta. Para esto es menester aclarar que el agente público actúa en esta clase de delitos especiales desde una doble posición: por un lado, desde la relación administración-funcionario, está obligado a observar el deber de fidelidad durante la génesis y ejecución del contrato u operación en la que intervenga en función de su cargo; por el otro, desde la relación funcionario-particulares, la infracción de aquel deber deberá repercutir en la lesión de la imparcialidad que debe exigírsele a los funcionarios públicos, en su carácter de representantes de la función pública.

c) Lo contrario implicaría convertir esta figura penal en un delito de sospecha, donde sería innecesario acreditar la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario público hacia la administración pública, sino tan sólo la presencia de los intereses contrapuestos, sin necesidad de justipreciar la vital subversión del orden de preeminencia que media entre ambos<sup>468</sup>.

d) El Código ético establecido por la ley 25.188 impide sostener ahora la cuestionada indeterminación de los deberes a los que se encuentra obligado el funcionario público. En adelante, el funcionario público deberá observar esta auténtica tabla de deberes éticos en el ejercicio de sus funciones y evitar así recaer en conductas lesivas para los intereses penalmente tutelados bajo la rúbrica “Administración pública”.

e) Estos deberes específicos que tiene el funcionario público traen aparejadas diversas consecuencias para la teoría del autor y la participación criminal. Así, ROXIN 469 propuso desechar hace tiempo la aplicación del criterio rector del dominio del hecho por el de la infracción de deber. La infracción

---

<sup>468</sup> A modo de ejemplo, si el funcionario público obtiene un precio ventajoso, un mejor servicio para la administración pública que LOS ofrecidos en plaza, o por cualquier otro oferente, no comete el delito de negociaciones incompatibles, siempre y cuando coloque en primer lugar los intereses públicos. El ámbito de aplicación de esta figura no alcanza el legítimo beneficio de gestiones o negocios concertados de acuerdo a las pautas jurídicas establecidas para su formación y adjudicación.

<sup>469</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, ob. cit., págs. 385 y ss.



consciente del deber por parte de aquellos que deben ajustar su conducta a esta regla general de actuación importa el fundamento de la autoría. Estos deberes son de naturaleza extrapenal. Esta limitación del círculo de autores impuesta por los deberes específicos extrapenales implica que todo aquel que no se encuentre abarcado por una relación de sujeción a dichos principios éticos no podrá ser considerado autor, tan sólo partícipe.

En síntesis, según la postura doctrinaria objeto de estudio, este delito de negociaciones incompatibles protege el deber de fidelidad del funcionario público en el manejo de la cosa pública, la que se contrapone a la idea de la apariencia de integridad o prestigio de la administración pública, como a la impuesta imparcialidad subjetiva del funcionario público.

#### **4. Elementos objetivos del tipo**

La acción típica normada y rectora es la de “interesarse” con miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación que el funcionario intervenga en razón de su cargo. En este sentido, ESTRELLA / GODOY LEMOS, considera que existe en el funcionario un desdoblamiento actuando como interesado y a su vez como funcionario público. Los autores destacan que “A los fines del tipo no basta que el autor pretenda sólo favorecer al tercero, se requiere que sea parte de la negociación”<sup>470</sup>.

Además, SOLER considera que la existencia de una situación simultánea de parte y de funcionario resulta independiente de un interés contrapuesto entre el Estado y el particular. Pone como ejemplo la circunstancia de que “un sujeto haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros. Ello no obstante, si ese proveedor es al mismo tiempo el funcionario encargado de la proveeduría el hecho constituye negociación incompatible”<sup>471</sup>.

---

470 ESTRELLA, Oscar Alberto / GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal (Parte especial. De los delitos en particular)*, tomo 3, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 432.

471 SOLER, ob. cit., p. 246.

Por lo cual, en lo que hace al tipo, no alcanza con el hecho de que el autor pretenda el favorecimiento de otro (tercero), es necesario que sea parte de la negociación que se realiza<sup>472</sup>.

La conducta que resulta punible, como claramente señala CREUS, es la de “interesarse” en un contrato u operación, ello implica hacer intervenir en éstos (contratos u operaciones) un interés propio y a su vez particular<sup>473</sup>. El término “interesarse” puede entenderse, como considera CREUS, criterio que compartimos en “volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros”<sup>474</sup>.

Así en la Jurisprudencia argentina se ha entendido en cuanto a la configuración del tipo objetivo que: “La actuación parcial de los órganos administrativos que define el ámbito de lo injusto de este delito deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la administración, por la inserción de un interés particular.

El procesamiento dispuesto en orden al delito de negociaciones incompatibles con la función pública debe ser revocado si en el auto en crisis no se han expuesto los argumentos que permiten tener por demostrada la incompatibilidad en la actuación del imputado, pues lo que el artículo 265 Código Penal sanciona es la conducta del funcionario que actúa como tal en un negocio u operación en la que concurre un interés particular que hubiera justificado su apartamiento.

Si dicho requisito típico no ha sido ni mínimamente analizado por el a quo, quien –tras descartar que haya sido en beneficio de un tercero–, sólo se limitó a afirmar, dogmáticamente, que fue en provecho propio, más en ningún momento indicó cuál era el interés concreto que el funcionario público perseguía al desdoblar

---

472 Cfr. ESTRELLA / GODOY LEMOS, ob. cit., p. 432.

473 Cfr. CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 371.

474 CREUS, ob. cit., p. 371.

su actuación, debe revocarse lo decidido y disponer que no existe mérito para procesar ni sobreseer” 475.

“Para establecer si los imputados incurrieron en la conducta típica es necesario determinar cuál fue la posición que asumieron, en cuanto funcionarios intervinientes, al momento de la selección de sus co-contratantes; es decir, discernir si le es atribuible un interés en la negociación, en cualquiera de sus etapas, que impediría catalogar sus conductas como insospechables de parcialidad, o, dicho en otros términos, si obraron teniendo en miras un beneficio –patrimonial o de otra índole– propio o de tercero.

Procede confirmar sus procesamientos en orden al delito de negociaciones incompatibles con la función pública si se halla acreditada la instrumentación de un método de compra que les permitió beneficiar con contraprestaciones pecuniarias a quienes finalmente resultaron adjudicados –cuando debían adoptarse mecanismos que podrían haber generado un desenlace diverso al efectivamente sucedido, destinados para evitar el favoritismo en la selección del cocontratante del Estado–, esto es en razón de la decisión de contratación directa –cuando procedía una licitación privada, aun de hacerse por contratación directa, debió hacerse bajo algún parámetro de competencia de oferentes–, por un lado, celebrada para la compra de una embarcación con invocación de razones de urgencia (inexistentes) y, por otro, de una contratación directa –cuando en un caso procedía una licitación pública y en otro una privada– para la adquisición de tela de gabardina y de prendas de vestir, con invocación de razones de exclusividad meramente aparentes” 476.

En la jurisprudencia latinoamericana, con similar redacción típica se ha dicho en relación al término interesarse que “incurrir este delito el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato en que deba intervenir por razón de su cargo o funciones. El “interés” previsto tampoco ha de ser necesariamente pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los

---

475 CNFed.CCcorr., Sala II, 146-2011, "Nielsen", Cattani, Irurzun, Farah.

476 CNFed. CCcorr., sala II, 26-3-2010, "Musumeci", c. 28.597, Cattani, Irurzun, Farah.

principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato y operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones” 477.

En lo que hace a la naturaleza del interés, en la doctrina se dan claramente dos tendencias: por un lado los italianos admiten, como bien dice SOLER, un concepto amplio de interés que no se queda en lo puramente patrimonial; en la doctrina francesa y conforme emerge de su texto legal, exige un “interés” de tipo pecuniario<sup>478</sup>.

En Argentina, SOLER es de la opinión, siguiendo a la doctrina francesa, de que debe tratarse de un interés de tipo económico, lo que es deducido no solamente de las expresiones “contrato u operación”, sino de la designación que se hace del capítulo cuando se utiliza el término “negociación”<sup>479</sup>.

Aunque la doctrina mayoritaria sostiene que el carácter del interés que tiene el funcionario (agente) debe ser necesariamente de naturaleza económica, esta opinión no resulta uniforme, toda vez que siguiendo a la doctrina italiana entienden algunos doctrinarios que para la configuración del tipo “basta la injerencia de un interés particular cualquiera sea la naturaleza”<sup>480</sup>. Así, CREUS considera que el

---

477 Corte Suprema de Justicia de Colombia,, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Nelson Pinilla Pinilla, Sentencia Octubre 25 de 2000, Ref. Expte 15273. Más recientemente, considera también la Corte suprema de Justicia de Colombia que incurre en esta conducta el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones. Es de recordar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En este delito la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se encuentran implícitos en todos los tipos penales vinculados a la contratación estatal generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados. La razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad por parte del estado de mantener la función administrativa dentro de los moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. La ilicitud del comportamiento, que se analiza se circunscribe entonces al “interés” que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Dicho interés ilícito se liga indefectiblemente al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva. El interés previsto tampoco ha de ser necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistit enmostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación M.P.: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego, Sentencia, Abril 18 de 2002). También citada en ARBOLEDA VALLEJO, Mario, “Código Penal y Procedimiento”, Editorial, Leyer, Bogotá, 2013, pag. 569.

478 SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 247.

479 SOLER, ob. cit., pág. 247. En el mismo sentido, ESTRELLA / GODOY LEMOS. En la jurisprudencia italiana, tal como sostiene SANCINETTI (ob. cit., p. 882), se ha admitido que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal.

480 CREUS, ob. cit., pág. 299. Siguiendo a SABATTINI, expresa que “es suficiente que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica” (ob. cit., p. 300)

“interés” particular insertado en el negocio debe tener a su vez contenido de carácter económico, independientemente de la finalidad ulterior del autor<sup>481</sup>.

Por su parte, SANCINETTI propone una interpretación que puede tomarse como extensiva del término “se interese”, no limitando el término al interés personal, sino también el provecho que se obtiene de la Administración Pública o el aprovechamiento de la misma, en beneficio ilegítimo del autor (funcionario) o de un tercero<sup>482</sup>.

El tipo exige dos maneras o formas de intervención personal del funcionario público en el “negocio u operación” en cuestión. En primer lugar, lo puede hacer directamente respecto del negocio en el que interviene en su carácter de funcionario y un segundo modo de intervención puede ser, acudiendo a la intervención de otra persona como interesada<sup>483</sup>.

Como bien expresan ESTRELLA y GODOY LEMOS, actúa por acto simulado el funcionario público que hace intervenir a una persona jurídica inexistente, aclarando que el tercero interpuesto es sancionado de acuerdo con las reglas de la participación criminal<sup>484</sup>.

El tipo especifica cuál debe ser el acto en el cual debe centrar el funcionario su interés. No debe ser cualquier acto de la Administración, sino que se refiere a “contratos u operaciones”. SANCINETTI no comparte la limitación efectuada por la

---

481 Cfr. CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 300. Así, compartiendo con CREUS, ESTRELLA / GODOY LEMOS (ob. cit., p. 433) expresan que “no obstante el contenido patrimonial del interés particular puesto de manifiesto en el negocio estatal, ello no es obstáculo para que coexista otro interés de diversa naturaleza, como, por ejemplo político, afectivo, etc.”.

482 SANCINETTI, ob. cit., p. 886.

483 Así opina CREUS, seguido por DONNA y ESTRELLA / GODOY LEMOS (Ob. cit., págs. 321 y 433, respectivamente.) En lo que hace a la intervención por persona interpuesta, DONNA aclara que esta persona “aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización de un negocio u operación, cuando en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función” (DONNA, Ob. cit., p. 321). En este sentido también es muy claro NÚÑEZ cuando expresa que “el funcionario o el asimilado a él puede interesarse en el contrato u operación no sólo en forma personal o por mandatario (directamente), sino también a través de un personero, es decir, de un tercero que aparente obrar por su propia cuenta y riesgo pero que, en realidad, actúa por el funcionario o asimilado (persona interpuesta); o puede hacerlo por acto simulado” (NÚÑEZ, Ob. cit., p. 130).

484 ESTRELLA / GODOY LEMOS, Ob. cit., p. 434. SOLER observa que “El interés tomado debe ser personal, aunque no es necesario que la operación se efectúe directamente, antes al contrario, la ley con criterio que responde a lo que más frecuentemente ocurrirá, se refiere al acto simulado y a la persona interpuesta. En ambos casos se trata, en el fondo, de una vinculación, pues la persona interpuesta no es en definitiva, sino una simulación parcial del negocio, que recae sobre los otorgantes, de manera que aparece como interesado un sujeto que, en realidad, no lo es, o no lo es en la extensión declarada o supuesta por el contrato” (SOLER, Ob. cit., p. 247).

doctrina argentina en lo referente a limitar el interés solamente a los contratos u operaciones<sup>485</sup>.

Cuando el tipo se refiere a contratos, se aplica lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Civil, en tanto que las operaciones son las disposiciones de carácter económico en donde la Administración actúa a título singular, ejemplo de ello pueden ser la subasta de elementos secuestrados, una licitación, etc.

Como expresa DONNA, la ley prevé como medio de comisión el llamado acto simulado, entendiendo éste como la ausencia de relación entre la voluntad que se manifiesta y la real voluntad del agente<sup>486</sup>.

FONTÁN BALESTRA considera que el acto simulado es aquel que “contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido”<sup>487</sup>.

La norma en estudio busca la imparcialidad de funcionarios públicos en los contratos u operaciones que pueden llevarse adelante legítimamente, no cuando se está frente a actos ilegítimos, en donde el funcionario puede quedar comprendido en otros delitos<sup>488</sup>.

---

485 Expresa SANCINETTI que “La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha admitido siempre que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal. La doctrina argentina ha dado, sin embargo, también en este punto una respuesta restrictiva (especialmente SOLER), sobre la base de que la ley argentina se refiere a contratos u operaciones, en tanto el Código Penal italiano menciona a cualquier acto y también, en razón de que el segundo párrafo del artículo 265, que extiende la responsabilidad a los albaceas y síndicos, se refiere siempre a operaciones de carácter económico. En verdad -continúa SANCINETTI-, estos argumentos serían insuficientes, por sí solos, para aceptar esa restricción, porque el hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva de que el interés perseguido deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico y quedar la Administración tan afectada como si se tratara de un interés económico” (SANCINETTI, Ob. cit., p. 882).

486 DONNA, Ob. cit., p. 322.

487 FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, tomo VII, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 297.

488 Cfr. CREUS, Ob. cit., pág. 374. Menciona que, tal como sostiene la jurisprudencia, el artículo 265 no “sanciona negocios prohibidos sino negocios incompatibles con la función pública” (Ob. cit., p. 375). DONNA coincide con CREUS cuando considera que “la tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal sólo se refiere a actos legítimos, es decir a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo a las normas aplicables vigentes” (DONNA, Ob. cit., p. 323).

Coincidimos con DONNA en cuanto a que debe haber una coexistencia para la configuración de la acción típica, del ejercicio del cargo por parte del funcionario y la negociación, puesto que de lo contrario la conducta sería atípica<sup>489</sup>.

La intervención del funcionario en el contrato u operación debe serlo en razón de su cargo. Ello implica que debe existir una relación funcional con la “negociación” y en ella el agente debe intervenir en su calidad de funcionario. CREUS es muy claro cuando opina que debe tratarse de “un negocio en que funcionario deba –o por lo menos pueda–, formalmente, desplegar a su respecto una actividad administrativa, que integre los niveles decisorios o sirva para completarlos legalmente...” de otra manera no resultaría posible sostener el desdoblamiento del funcionario<sup>490</sup>.

Como criterio orientador de la actividad jurisprudencial se citan los siguientes precedentes:

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Di Fonzo”, 11/08/1989, oportunidad en la cual se consideró típica la actividad de un síndico del Banco Hipotecario Nacional que con el objeto de facilitar y mejorar el precio de venta de inmuebles de su propiedad, los ofrecía en venta con financiación de la citada entidad, que él obtenía sin impedimento alguno habilitando solicitudes de crédito.

- CNFed. Crim. y Correc., sala I, “Martínez de Hoz”, 15/11/1990, se consideró típica la intervención del Ministro de Economía que había firmado y rubricado un decreto y una ley de facto relacionados con una empresa concesionaria de servicios públicos vinculadas a él, y realizado injerencias en las tratativas para resolver el litigio que mantenía con el Estado, que finalmente resultó favorable a la empresa.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Nicolini”, 29/05/1996, se consideró típica la simulación mediante la presentación de presupuestos de empresas inexistentes que cotizaron junto a las empresas que resultaron vencedoras en la licitación.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Tedesco Balut”, 16/09/1996, se consideró típica la actividad de funcionarios del PAMI que aparentaron cumplir con el

---

489 DONNA, ob. cit., p. 322.

490 CREUS, ob. cit., *Delitos contra la Administración pública*, p. 375.

mecanismo impuesto para seleccionar proveedores con el objeto de seleccionar a la persona que desde un inicio se encontraba predeterminado que sería contratada.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “De Marco Naón”, 14/03/2000, se consideró típica la intervención de los funcionarios públicos en la contratación de una empresa cuya titularidad ellos escondían mediante la utilización de testaferros, en la que se advirtieron varias circunstancias que evidenciaban la persecución de un interés de índole particular, lo cual excedía la mera condición de doble parte en el asunto.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Salaberry”, 29/11/2004, se consideró típica la intervención de los funcionarios públicos en la contratación directa de una empresa a la que estuvieron vinculados con anterioridad –desempeñando un cargo importante- y previo a la asunción de la función.

- CNFed. Crim. y Correc., sala I “Alsogaray, María J.”, 20/12/2005, Abeledo Perrot online, Lexis N° 9/7390, se consideró típica la intervención de los funcionarios públicos que –actuando como mandatarios de una empresa privada- lograron el reconocimiento y cancelación de los créditos que dicha empresa unilateralmente invocaba.

- CNFed. Crim. y Correc., sala I, “Álvarez”, 18/08/2005, se consideró típica la actuación del funcionario público que mantenía desde años anteriores una relación con los co-contratantes, sumada al hecho de que dicho funcionario fue quien les propuso especializarse en las obras que motivaron el contrato observado.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Tabuada”, 21/10/2005, se consideró típica la actuación del funcionario público que digitó una contratación hacia una empresa determinada –sin actividad real en el rubro- simulando una competencia de precios inexistentes.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “López del Carril”, 15/06/2006, se consideró típica la actuación del funcionario que irregularmente aprobó un convenio de pago a una empresa proveedora, mediante la ilegal utilización del derecho al voto doble en su calidad de presidente del directorios de una sociedad del estado, y a pesar de la oposición existente debido a que los trabajos no estaban terminados.



- CNFed. Crim. y Correc., sala I, “Bastos”, 01/03/2006, se consideraron típicas las diversas irregularidades cometidas por los funcionarios –incumplir con los procedimientos licitatorios para terminar concertando una licitación directa, contratación de servicios personales obviando el llamado a concurso, pago parcial y por adelantado de tales servicios sin garantía de cumplimiento–.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Cambiazó”, 20/09/2007, se consideraron típicas las reiteradas contrataciones con la misma empresa, sumadas a las diversas irregularidades producidas en los procesos licitatorios, tales como la elección de la modalidad directa en contra de la normativa vigente, el hecho de resultar desconocidos los restantes oferentes, la vinculación entre los oferentes, la falta de determinación de la fecha de apertura de pliegos, documentación insuficiente, ausencia de constatación de finalización de obras –demostrativas de que diversos funcionarios incumplieron sus deberes–, armado de ruedas de oferentes ficticias y simuladas en esas contrataciones directas para el beneficio de la co-contratante del estado, la cual en todos los casos resultó ser la única adjudicataria.

- CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Cavallo”, 06/11/2007, se consideró típica la actuación del funcionario que le otorgó a los integrantes del consorcio adjudicado un trato preferencial, brindándoles –antes de llamar al canje de bonos– diferentes sugerencias en torno a quiénes y cómo debían formalizar la propuesta.

- En cambio, en CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Deferrari”, 29/12/2000, se consideró que la existencia de una comunidad de intereses entre la funcionaria pública y la sociedad que concursaba en el ámbito administrativo en el que ella cumplía funciones es insuficiente para que su actuación sea subsumida en esta figura, si no existen actos concretos que evidencien que persiguió el interés de aquella empresa.

- Si bien en CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Maharbiz”, 20/11/2001 se había considerado típica la contratación efectuada por el director del INCAA con una fundación que él también presidía con el objeto de que ésta realice un festival internacional de cine, el Tribunal Oral Criminal Federal N° 5 (12/09/2003) absolvió al imputado con fundamento en que no se había determinado ninguna circunstancia que indique que él persiguió un interés propio en esa oportunidad.

Conforme explica la doctrina, esta actividad, que inserta el interés particular en la contratación, puede desarrollarse desde las etapas precontractuales hasta el momento en que la relación jurídica entablada se extinga 491.

Es interesante destacar que la sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal ha admitido la posibilidad de la comisión por omisión. En el caso, se trataba de la supuesta omisión por parte de los directores del Ente Nacional de Regulación del Gas (Energas) de sancionar en tiempo a empresas distribuidoras por el retardo en ejecutar las obras necesarias para abastecer a determinada cantidad de usuarios- de conformidad con el cronograma de inversiones de la licencia a la que estaban obligados de acuerdo con el pliego de bases y condiciones 492.

---

491 Cfr. D'ALESSIO, ob. cit., pág. 1313.

492 Respecto de la problemática dogmática vinculada a los delitos de comisión por omisión, puede verse BASILICO, Ricardo y TODARELLO, Guillermo, *Delitos contra las personas. Abandono y omisión de auxilio*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2012. La teoría de las fuentes formales del deber –analizada precedentemente– fue prácticamente abandonada y reemplazada, al menos en la doctrina, por una teoría funcional de las posiciones de garante, que procura explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante. Es preciso tener en cuenta que la evolución referida se produjo básicamente en el ámbito doctrinario, ya que la jurisprudencia mayoritaria continúa fundando la posición de garante sobre los elementos que propone la teoría tradicional. Como consecuencia de esa evolución, la doctrina más actual ha recurrido a la teoría de las posiciones de Armin KAUFMANN, quien sostiene una concepción material o funcional de la posición de garante. En este sentido, la posición de garantía depende de la relación material del sujeto y el bien jurídico o del sujeto y determinados ámbitos de peligro, basado en las funciones que desempeña el autor. De allí que para fundamentar la posición de garantía se distingan dos supuestos diferentes:

- Casos en que el sujeto tiene un deber especial de proteger un determinado bien jurídico contra cualquier agresión, basado en la ley, la libre aceptación, la comunidad de vida o la comunidad de peligro.
- Casos en que el sujeto tiene el deber de controlar una fuente de peligro, ocasionada por una conducta o acto propio precedente.

La posición de garante se caracteriza en la teoría funcional según la función defensiva o protectora del omitente respecto del bien jurídico. Por un lado, el sujeto omitente debe ocupar una posición de protección de un bien jurídico contra todos los ataques que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos (función de protección de un bien jurídico). Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro con relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (función de vigilancia de una fuente de peligro). Este panorama dogmático estabilizado durante más de treinta años, ha sido puesto en duda en los últimos tiempos, a través de teorías que han dado lugar a plantear la cuestión de la posición de garante como un elemento común de los delitos activos y omisivos. La situación dogmática actualmente tiende, por lo tanto, a un cierto aflojamiento de los límites entre comportamientos activos y omisivos, de tal manera que la exposición misma del Derecho penal no se estructura ya necesariamente sobre la base de la distinción entre tipos activos y tipos omisivos, es decir, según el sentido positivo o negativo de la conducta desde el punto de vista de su manifestación natural.

La propuesta más radical en este sentido proviene de JAKOBS, quien distingue los problemas de la imputación de las acciones positivas y las omisiones según que se trate de obligaciones que provienen de la organización de la actividad personal o de la posición institucional del sujeto. Conforme a lo expuesto, la posición de garante se puede caracterizar materialmente por una especial cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado. La caracterización de esta cercanía se manifiesta cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar de los peligros que se derivan de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege, o bien, cuando esos deberes le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado (padre, hijo, funcionario, etcétera).

## 5. *Elementos típicos subjetivos*

Se trata de un tipo doloso, por lo que requiere que el funcionario público actúe con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y con voluntad de realización de ellos. El agente debe perseguir en la negociación un interés personal o de un tercero. Por ello el dolo exigido debe ser directo. No resulta como requisito del tipo que el interés del agente sea de carácter económico. No es necesario tampoco para la configuración del tipo legal establecer la finalidad que persigue el agente<sup>493</sup>.

Nótese que además del dolo, la figura requiere la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo: Este elemento se encuentra dado por la finalidad que debe buscarse mediante la actuación interesada del funcionario.

Así las cosas, el tipo penal analizado se integra en su aspecto objetivo como el actuar del funcionario en ejercicio de las funciones asignadas y el aspecto subjetivo —que a la vez comprende, en esencia, al contenido injusto de la figura en análisis— por el conocimiento de quien actúa lo hace interesadamente, es decir con desviación de poder, persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la Administración según el interés no administrativo 494.

Así entonces de lo que se viene de decir, existiría en este caso un especial elemento subjetivo del tipo penal que está comprendido a la vez en la modalidad verbal elegida por el legislador. Este elemento resultaría ser, la desviación del poder a la vez calificada por la inserción de un interés de aprovechamiento en la negociación direccionado a la obtención de beneficios propios o ajenos 495.

## 6. *Autoría*

---

493 DONNA, ob. cit., p. 324.

494 COLOMBO, Marcelo y HONISCH, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Editorial Ad-Hoc- 2012, pág. 160.

495 Cfr. COLOMBO / HONISCH, ob. cit., págs. 160/161.

Nos encontramos frente a un delito especial propio. DONNA señala que, además de tratarse de un delito especial propio, debe ser realizado dentro de una competencia “y en el contrato o negociación en que interviene”. Asimismo aclara que “para los que entienden que se trata de un delito especial que hace poco operativo el criterio del dominio del hecho, se impone, en este caso el deber especial que tiene el autor como criterio aceptable de este supuesto”<sup>496</sup>.

Según CREUS, autor del delito es el funcionario o empleado público que tiene competencia necesaria para intervenir en la “negociación”<sup>497</sup>, por lo cual el funcionario debe intervenir en razón de su cargo.

Un reciente fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Nación ha expresado que desempeñar un cargo público no es otra cosa que ejercer la función pública, es decir, desarrollar dentro de la Administración Pública participando en ella de modo accidental o permanente “... sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente...”, no afectando la ley distinción alguna en torno a esta última circunstancia al momento de definir el significado de “funcionario público” y de “empleado público”, que a los efectos normativos previstos por nuestro codificador tienen idéntica relevancia (conf. Art. 77 del código de fondo y también los fundamentos brindados por la Sala II de la CNCP causa Nro. 23.269)<sup>498</sup>.

Más allá de la definición de funcionario que efectúa el Código Penal argentino en su artículo 77: “Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”, RANIERI extiende el concepto de funcionario, en cuanto a que considera “funcionario público” al empleado del Estado o de otra entidad pública, o también la persona, aun privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin inmediato, por ejemplo la actividad legislativa y

---

496 DONNA, ob. cit., p. 325.

497 CREUS, *Derecho penal (Parte especial)*, ob. cit., tomo 2, p. 301.

498 *Vid.* CNCP (Argentina), Fallo: Reg: 32.029. Causa “Viana, José Antonio Genaro” Sala II, Octubre 14 de 2010.

judicial, sea como fin mediato, por ejemplo la actividad administrativa; por consiguiente considera que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no sólo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo (por ejemplo senadores, diputados) o de la jurisdicción (*v.gr.*: magistrados, secretarios, funcionarios judiciales, testigos, peritos, etc.), sino también los sujetos, ya sean órganos del Estado o de otras entidades públicas, ya sean personas privadas que desarrollan una función en el ámbito de la Administración, con tal que esté dirigida a proveer a las necesidades de la vida del Estado o de otra entidad pública (por ejemplo prefectos, alcaldes, militares, agentes de la fuerza pública, etc.), considerando también que se encuentran equiparados los particulares que ejercen funciones públicas<sup>499</sup>.

## 7. *Consumación y tentativa*

Existen sobre este punto dos opiniones bien diferenciadas en cuanto a la admisión o no en el delito analizado de la posibilidad de la tentativa.

El delito se consuma con la acción de interesarse, ello implica que el funcionario debe intervenir en razón de su función y como parte privada en el contrato u operación, encontrándonos ante el desdoblamiento del funcionario.

CREUS manifiesta con claridad que el funcionario debe intervenir como parte privada. “No constituye tal intervención la sola manifestación de interés, sino la asunción del carácter de parte”<sup>500</sup>. Así considera que la tentativa no resulta posible.

NÚÑEZ, por su parte, sostiene que el delito se consuma con el hecho de inmiscuirse como parte privada en el contrato u operación en que el autor ya interviene como funcionario. Compartimos con el autor la opinión de que la

---

499 RAINERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, tomo III, Editorial Temis, Bogotá. Colombia. 1975, pp. 237/238.

500 CREUS, ob. cit., p. 301.

tentativa resulta posible, y ésta se daría cuando el autor sin lograrlo, realiza actos ejecutivos a fin de tomar parte en el contrato u operación<sup>501</sup>.

### **8. Autores de negociaciones incompatibles por equiparación**

La ley 25.188 expresa: “Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

Si bien los sujetos enumerados por la ley que modificó el artículo 265 analizado no revisten la condición de funcionarios, desempeñan oficios de naturaleza pública respecto de los bienes de otros (terceros).<sup>502</sup>

Se ha estimado que la función que cumplen los autores equiparados debe ser garantizada por las seguridades exigidas al Estado mismo, en virtud de surgir la función de la imposición de la ley y por la existencia de una gestión previa<sup>503</sup>.

En este caso también la acción típica es la de “interesarse” por parte del agente en el asunto (negociación) que participa en la calidad enunciada en la ley.

El problema que se presentaba y que produjo discusión por parte de la doctrina era el término “hubieran intervenido” que contenía la antigua redacción del artículo 265 del Código sustantivo. Así, ESTRELLA y GODOY LEMOS interpretaban que la intervención como parte interesada particular por parte de los peritos y contadores debía ser posterior a su intervención judicial<sup>504</sup>.

---

501 NÚÑEZ, Ob. cit., tomo V, vol. II, p. 132.

502 ESTRELLA, Oscar Alberto / GODOY LEMOS, Roberto, “Código penal, Parte especial, De los delitos en particular”, ob. cit., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 434.

503 DONNA, ob. cit., p. 328.

504 Se expresa por parte del autor quien resume las posiciones sostenidas por FONTÁN BALESTRA y SOLER. En particular SOLER expresa que “La disposición no sólo es aplicable a los funcionarios públicos, sino también a las personas especificadas en la segunda parte, respecto de las cuales rigen los principios generales explicados. La ampliación, que también proviene del Código español, no resulta muy clara en cuanto a los términos temporales fijados para los peritos y contadores particulares. En estos en efecto, a diferencia de la figura básica, la función de tasación se supone pasada y concluida (“hubieren intervenido”). Será preciso

Por su parte, NÚÑEZ sostenía la posición contraria, ya que consideraba que no se refería a una “intervención” ya terminada, sino ya iniciada, subsistente y concomitante con el cargo que desempeñaba el agente<sup>505</sup>.

La Ley 25.188 incluyó en la disposición a los árbitros, amigables componedores y a los liquidadores y suprimió el carácter de “particulares” que asignaba a los peritos y contadores. Del mismo modo eliminó la limitación que contenía con relación a estos últimos en el sentido de que ella les era aplicable “respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido” para reemplazarla, con respecto a todas las personas que se mencionan en la norma, por la más genérica “con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales. Así, al suprimirse la calificación de particulares que se asignaba a peritos y contadores, desaparece cualquier dudas acerca de que sólo están comprendidos en la extensión de la autoría quienes han sido designados judicial o administrativamente, razón por la cual cumplen funciones de carácter público conforme el artículo 77 del Código Penal, en cuanto participan <<accidentalmente del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente>> 506.

Pueden ser autores del delito las personas mencionadas específicamente en la norma penal y que reúnen las cualidades especiales exigidas por el tipo, es decir, arbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores.

Por otra parte, al sustituir la nueva ley la expresión “hubiesen intervenido”, que aludía al pasado, se eliminan los interrogantes interpretativos que la mencionada expresión suscitaba y, por lo tanto, cualquiera sea el tiempo en que los

---

entender que la prohibición se refiere a las negociaciones siguientes a la tasación, partición o adjudicación, salvo el caso de persona interpuesta.

505 NÚÑEZ, ob. cit., p. 129. Aclara también que “la criminalidad de los hechos castigados por el artículo 265, atiende a la doble calidad de mandatario e interesado en el asunto”.

506 Cfr. FONTÁN BALESTRA / LEDESMA, ob. cit., pág. 316. En este sentido y en cuanto al término funcionario, que en el Derecho Penal español guarda similitud con la definición dada por el ordenamiento sustantivo argentino. Así lo expresa VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, al referirse al carácter público del agente considera que “con aisladas excepciones, la doctrina y la Jurisprudencia ponen en conexión la fórmula legal “carácter público” del artículo 22.7ª con la cláusula normativa contenida en el artículo 24.2 CP: << Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del Código Penal)”, Nro. 33, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 22).

autores especiales a que se refiere la segunda parte del artículo tomen interés en el asunto que se les encomendó, cometerán el delito. En lo temporal, pues, basta con que se hayan dado comienzo a las labores propias del cargo 507.

Se ha delimitado en la doctrina clara y acertadamente a los árbitros y amigables componedores. a) “árbitros: los terceros que intervienen a pedido de las partes en conflicto, a fin de arreglar sus diferencias y, con los elementos que éstas les arriman, elaboran un laudo arbitral (sentencia) vinculante para ellas. b) amigables componedores son los terceros que tratan de acercar a las partes en conflicto, y con el fin de que negocien, arreglen y solucionen sus controversias: pueden proponer formas de solución, pero sus propuestas no son vinculantes para las partes”<sup>508</sup>.

En virtud de la función jurisdiccional que cumplen ha sido más que ajustada jurídicamente, la inclusión de los árbitros y amigables componedores realizada por la reforma. Ello es así, conforme con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda cuestión entre las partes, excepto las que no pueden ser objeto de transacción, puede ser sometida a la decisión de jueces árbitros (arts. 736, 737 y sigs.) o amigables componedores 509.

En referencia al concepto peritos hay que remitirse a los ordenamientos adjetivos (Códigos procesales); los contadores, por su parte, son quienes tienen título de tales expedidos por autoridad competente o convalidados por esta, en tanto que los “tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, son los considerados tales por las leyes civiles y comerciales” 510.

El delito de negociaciones incompatibles ha sido identificado como una figura residual a utilizarse frente a las dificultades probatorias que se evidencian en relación con otros delitos contra la administración pública 511.

En efecto, se advierte que este delito quedaría desplazado en supuestos en que el interés tomado por el funcionario configure un cohecho (art. 256) o un supuesto de defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 174, inc. 5°).

---

507 Cfr. FONTÁN BALESTRA / LEDESMA, ob. cit., pág. 317.

508 DONNA, ob. cit., p. 329.

509 Cfr. FONTÁN BALESTRA / LEDESMA, ob. cit., pág. 317.

510 FONTÁN BALESTRA / LEDESMA, ob. cit., págs. 317 y ss.

511 SANCINETTI, ob. cit., pág. 72.



Con relación a esta temática en CNFed. Crim. y Correc., sala II, “Salas Herrero”, 27/11/2001, se encuadró el hecho imputado en el delito previsto en el art. 265 en virtud de que los elementos típicos del delito previsto en el art. 173, inc. 7º, agravado por el art. 174, inc. 5º, Cód. Penal, no se encontraban acreditados. Para así resolver, el tribunal destacó la relación de concurso aparente que existe entre ambas figuras, derivada de la circunstancia de que la acción típica que caracteriza a la de negociaciones incompatibles se encuentra comprendida en el especial elemento subjetivo –finalidad de procurar para sí o para terceros un lucro indebido- que contiene el delito de administración infiel. El hecho consistió en un contrato suscripto entre el PAMI y una empresa que se dedicaría a gerenciar las prestaciones kinesiológicas cuando no resultaba idónea para satisfacer tal tarea –p. ej., no tenía red de prestadores, e invocando la relación contractual entablada se pretendió que los prestadores que hasta entonces cumplían con el servicio pasen a integrar su red prestacional–. Si bien no había existido perjuicio económico, la circunstancia relatada evidenció que el contrato estuvo encaminado a perseguir el exclusivo interés de la empresa contratada.

En cambio, se entiende que si el interés que se toma en la negociación implica la utilización de un dato o información de carácter reservado (art. 268 -1-) debe aplicarse el tipo aquí analizado 512.

---

512 D’ALESSIO, ob. cit., pág. 1316, con cita de CREUS.



## **CAPÍTULO V**

### **EL TIPO DE NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y ARGENTINA**

#### **I. Referencia a la jurisprudencia española**

##### **A) Acción típica**

La acción típica consiste en mezclarse los referidos funcionarios públicos directa o indirectamente, en operaciones de “agio, tráfico o granjería”, dentro de los límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no sean producto de sus bienes propios. Y, desde la vertiente subjetiva, es precisa la concurrencia de dolo, sea directo o eventual. (STS 634/1998. Resolución 148/1998, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3/2/1998.).

La expresión “intervenir” que el legislador emplea a la hora de tipificar la figura delictiva implica el castigo del funcionario siempre que tome parte, de cualquier forma, en el asunto, ya sea en la tramitación, informándolo o resolviéndolo, o con posterioridad a la realización de la actividad pública. (STSJ ICAN 1549/2009, Resolución 1/2009, Tribunal Superior de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, Palmas de Gran Canaria, 15/04/2009).

## **B) Bien jurídico**

El delito descrito en el artículo 404 del Código Penal (“De las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”), cuyo bien jurídico protegido lo constituye “la pureza de la administración”- objetivo que sin duda, afecta e interesa a toda la sociedad-, pretende defender la imparcialidad de la Administración en los negocios privados, evitando así que los funcionarios se sirvan de ella para fines particulares de lucro. Se trata, ciertamente, de un delito especial propio, por cuanto solamente pueden ser sujetos activos del mismo o mando, las personas expresamente mencionadas en el texto legal. La acción típica consiste en mezclarse los referidos funcionarios públicos directa o indirectamente, en operaciones de “agio, tráfico o granjería”, dentro de los límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no sean producto de sus bienes propios. Y, desde la vertiente subjetiva, es precisa la concurrencia de dolo, sea directo o eventual. Se trata, en suma de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, o, como ha dicho algún autor “de mera sospecha”, con la implicación que ello podría tener desde el punto de vista de las exigencias inherentes al “principio de culpabilidad” (*vid.* art. 1). (STS 634/1998. Resolución 148/1998, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3/2/1998.)

La expresión “intervenir” que el legislador emplea a la hora de tipificar la conducta delictiva implica el castigo del funcionario siempre que tome parte, de cualquier forma en el asunto, ya sea en la tramitación, informándolo o resolviéndolo, o con posterioridad a la realización de la actividad pública.

Ambos artículos –refiriéndose el fallo a los artículos 404 del CP en relación con el artículo 198 de mismo cuerpo sustantivo–, como se ha destacado por la doctrina, pretenden velar por la pureza en el ejercicio de la acción pública pretendiendo evitar que los funcionarios abusen de su situación para lucrarse con merma de la dignidad de su cargo, por ello queda fuera de los límites del delito el supuesto en el que los bienes sean propios o se trate de acciones de sociedades en las que no ejerza intervención directa, de manera que según opinión unánime el desideratum perseguido por dichos artículos de evitar que el funcionario abuse de su situación prevalente en la vida económica, se evitaría por otros medios pero no por los artículos en los que, la excepción citada viene a convertirlos, prácticamente en letra muerta, como lo prueba su absoluta falta de aplicación en la praxis judicial, destacando la doctrina incluso lo arcaico de la terminología empleada (agio, tráfico o granjería). Sentencia de 15-7-1992, núm. 1749/1992. Recurso núm. 5203/1990 (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal).

La ley no requiere que las actividades privadas tengan un objetivo económico y que, en este sentido, aunque puede sostenerse que una actividad profesional implica la finalidad de obtener ingresos, no puede decirse lo mismo del asesoramiento. No se exige ánimo de lucro ni prevalimiento del funcionario o autoridad en su cargo, ni que la acción esté guiada por una tendencia subjetiva determinada, ni que se produzca un perjuicio a terceros o a la administración. (STSJ ICAN 1549/2009, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Palmas de Gran Canaria, Resolución 1/2009, 15/04/2009).

### **C) Características de la figura típica**

El acusado aparece condenado como autor del delito previsto en el artículo 439 del Código de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), como más favorable que el artículo 401 del viejo Código de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670), vigente cuando los hechos acontecieron. El ahora recurrente presentó en el Ayuntamiento que se cita «una solicitud de licencia de obras para la edificación de una vivienda unifamiliar en un terreno de su propiedad», la cual, aun hecha de su puño y letra, la formuló a nombre de su esposa, viniendo así a reiterar una instancia que en años anteriores, sobre lo mismo, había sido rechazada «por no adaptarse a las exigencias urbanísticas», siendo así que en el expediente abierto como consecuencia de aquella solicitud, ciertamente que después paralizado al advertirse que se

refería a la misma que ya había sido antes denegada, el acusado, como Aparejador municipal del Ayuntamiento, emitió informe técnico, aun a pesar de que conocía la obligación que tenía para abstenerse, con objeto de lograr edificar o vender los terrenos referidos de su propiedad.

Hay que decir de entrada que todas las conductas incriminadas en los artículos 439 y siguientes del nuevo Código suponen la utilización de las funciones públicas con objeto e intención de obtener fines distintos o contrarios a los generales que la norma o aquella función prevén y establecen.

Se produce sobre todo un abuso de cargo aunque se ha de decir que los delitos contemplados en el Capítulo IX del Título XIX relativo a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, presentan aquí un carácter residual con respecto a las demás figuras delictivas contempladas en tal Título. Mas, dentro de las peculiaridades que tienen los delitos residuales, menos concretos en su definición, es evidente que aquel abuso de cargo tiene lugar en la idea de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro tipo.

Pero, prioritariamente, toda esa doctrina descansa, por lo que se refiere a este tipo penal, en el incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario. Tal incumplimiento, por el contrario, no necesita, para la consumación delictiva: a) que existía una lesión efectiva en el correcto funcionamiento de la Administración, b) que exista la pretensión de lograr un beneficio que sea injusto, c) que se alcance el beneficio personal o económico que se busca, y d) ni siquiera que se persiga la adopción de un acto «ilegal». Todo ello es consecuencia de que si lo esencial es el incumplimiento del deber de abstención, una vez acaecida esta circunstancia devienen como intrascendentes los efectos antes dichos, deviene como intrascendente incluso que el contrato o asunto en el que se produjo ese incumplimiento, fuera realmente interesante y beneficioso para la Administración de que se trate (ver las Sentencias de 28 septiembre 1995 [RJ 1995\7493] y 17 octubre 1994 [RJ 1994\8013]).

De ahí que sea preciso distinguir el reproche moral del reproche jurídico, el primero inherente a la repulsa social de la propia conducta, el segundo como legitimador de la intervención penal, aunque en la realidad ambos reproches van indisolublemente unidos una vez acontecidos los hechos constitutivos del tipo penal. La doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 mayo y 8 febrero 1994 [RJ 1994\3703 y RJ 1994\670] y 30 octubre 1993 [RJ 1993\8000]) considera que la razón del delito es defender el interés de la Administración pública, más moral que patrimonial, en preservar la integridad y rectitud del funcionario, o incluso la moralidad en la actuación del mismo. Sentencia de 17-7-1998, núm. 965/1998.

Recurso de Casación núm. 1679/1997. Jurisdicción: Penal (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal).

De cualquier modo, la sentencia de la instancia razona en su fundamento de derecho tercero que: Los hechos declarados probados en el apartado segundo, se subsumen en el tipo delictivo del artículo 442 del Código Penal, como delito de Negociaciones Prohibidas a los funcionarios. Que Nicolás remitió a MICKI S.A. –a la atención del comercial Hermeregildo– los listados a que se hace referencia en dicho apartado quedo acreditado en el juicio oral no sólo a través de la declaración del propio acusado- que sin negarlo se refirió a la significación que consideraba inocua de tales envíos-, sino también a través de la prueba testifical practicada en dicho acto mediante la declaración de Hermeregildo y de la prueba documental consistente en los propios listados remitidos desde el despacho de “EiE-enginyeria”, todos ellos referidos a establecimientos de hostelería o similares en que es frecuente la instalación y explotación de máquinas recreativas, listados aportados por la dirección de dicha empresa.

El tipo delictivo no sólo se refiere al secreto, sino también al concepto más amplio de “información privilegiada” en que sin duda se integra aquella facilitada por Nicolás en cuanto extraída de la base de datos del departamento de licencias en que la información que contenía cumplía una función que no era de libre acceso, como expuso en el juicio oral la superior jerárquica de aquel, la testigo Mónica, al describir el uso de tales datos como autorizado exclusivamente a los funcionarios de dicho departamento, mediante el correspondiente password.

Aunque la contraprestación por tales envíos no fue dineraria no por ello queda destipificada la conducta puesto que el “intercambio de datos” a que se refirió el testigo tiene un inequívoco sentido económico, en cuanto de una parte facilitaba la búsqueda de clientes para su empresa y de otra, en correspondencia, facilitaba a “EiE- enginyería”, esto es a Nicolás clientes para la tramitación de licencias municipales. El tipo penal no es de resultado, sino de actividad aunque sí exige un ánimo de lucro, propio o ajeno, lo que indudablemente incluye ambos, como es el caso, y beneficio económico es el facilitar la obtención de clientes, otra cosa es que sea o no inmediatamente cuantificable. (STS 8299/2012 Resolución 958/2012, Recurso de Casación, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 4/12/2012).

Para la perfección del delito deben darse dos circunstancias: a) Que la actividad paralela se realice fuera de los casos admitidos por las leyes o reglamentos, es que el funcionario ha de realizar de forma incompatible con sus funciones públicas de las actividades

descritas, fuera de los casos admitidos por las leyes y reglamentos, es decir, en aquellos supuestos que no estén permitidos por las normas administrativas que regulan el régimen de incompatibilidades. Se trata de que los servicios que han de prestar los funcionarios no se vean interferidos por intereses privados. b) Que concurren una de las dos situaciones previstas en el tipo: 1) que la actividad profesional o de asesoramiento tenga relación con un asunto en el que deba intervenir el funcionario o en el que haya intervenido ya por razón de su cargo. 2) que el asesoramiento o actividad privada realizada por el funcionario guarde relación con informes o resoluciones que deban adoptarse en oficinas o centros públicos al que se encuentre adscripto, aunque no corresponda a él adoptarlos personalmente.

En el primero de los casos, cuando el sujeto asesora o realiza una actividad profesional previa a su intervención en el asunto por razón de su cargo, el más grave, la conducta del funcionario pone en peligro concreto el bien jurídico protegido por este delito, la imparcialidad de la función pública, ya que condiciona la intervención posterior del funcionario. En el segundo caso, es decir cuando el funcionario no tiene que intervenir en ese asunto pero si la oficina o centro directivo en el que trabaja, nos encontramos ante un supuesto de riesgo abstracto. (STSJ ICAN 1549/2009, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Palmas de Gran Canaria, Resolución 1/2009, 15/04/2009).

#### **D) Elementos objetivos y subjetivos del tipo**

Los requisitos del delito vienen claramente establecidos en la literal redacción de la norma. De un lado la presencia de un funcionario que deba intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de «contrato, asunto, operación o actividad», y de otro, y en segundo lugar, el aprovechamiento de las funciones que al sujeto activo le corresponden, «para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones», es decir, forzando o, simplemente, facilitándose, procurándose o ingeniándose, una manera de intervenir.

El primero de tales requisitos supone no sólo que el agente sea funcionario público sino que además interviniera en un contrato, asunto, operación o actividad, como se acaba de decir. Pero es esta última consideración la que ha obligado al Tribunal Supremo a definirla exactamente (ver la citada Resolución de 14 mayo 1994), interpretando estos términos en el



sentido de «cualquier actividad de naturaleza económica en la que el funcionario se inmiscuya para lograr un beneficio o lucro, o cualquier otra manera de compensación privada».

En el segundo de los requisitos, y siguiendo o abundando en lo más arriba explicado, hay que señalar que la acción de participar implica cualquier forma de intervención en el negocio o en la operación, siempre dirigida a obtener un «interés personal». Por eso la conducta puede ser reprochable jurídicamente, y encuadrable en el artículo 439, aun cuando la resolución adoptada por la Administración sea ajustada a Derecho.

No obstante, también ha de tenerse presente que este delito es de actividad, formal o de tendencia, no de resultado, radicando el dolo en la voluntad consciente de asumir la intervención como funcionario de la Administración y, a la vez, el papel de interesado en la operación que se pretende. Como decía la más antigua doctrina, lo esencial es que el funcionario tome interés en aquello que por constituir materia propia de su cargo no puede ser objeto codiciado para sus apetencias lucrativas, lo que debe obligar a un total apartamiento del asunto (Sentencias de 30 marzo 1955 y 28 septiembre 1951 [RJ 1951\1983]). Sentencia de 17-7-1998, núm. 965/1998. Recurso de Casación núm. 1679/1997. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 17/07/1998).

En cuanto al tipo subjetivo es evidente que el supuesto de hecho del artículo 441 del Código Penal debe realizarse con dolo directo, entendiéndose por tal el conocimiento y voluntad de que el asunto sobre el que está ejerciendo una actividad profesional o de asesoramiento en una entidad privada o para un particular, es uno de los que el sujeto activo tiene que conocer, ha conocido o, al menos, de los se conoce en su oficina. (STSJ ICAN 1549/2009, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Palmas de Gran Canaria, Resolución 1/2009, 15/04/2009).

### **E) Aspectos constitucionales de la figura**

El tercer motivo ordinal denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La reclamación ha de ser desestimada, y sólo el respeto a los derechos fundamentales justifica que en su día no hubiera sido objeto de la inadmisión del artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No se puede negar la existencia de una mínima

actividad probatoria porque consta, y está así reconocido, la realización del informe técnico y la solicitud de la licencia de obras llevada a término por el acusado en nombre de su esposa. Otra cosa será el juicio de valor asumido por los jueces de la Audiencia a la hora de valorar la prueba así como la voluntad y conciencia del agente cuando llevó a cabo su acción que no precisa de forzamiento alguno, pues basta con que de alguna forma se facilite a sí mismo, promueva o logre alguna participación en los repetidos negocios o asuntos, como más arriba ha sido dicho.

El argumento comparativo que el recurrente quiere hacer entre el artículo 439 del Código de 1995 y el artículo 401 del Código de 1973 es inconsistente, aunque sólo ha de entenderse en el sentido de eludir la aplicación de uno y de otro precepto, en el buen entender que si no concurrían los requisitos del artículo 401, vigente cuando los hechos ocurrieron, tampoco cabe entonces la aplicación de una legislación penal posterior. De otro lado, sólo si el artículo 439 eliminara ahora los requisitos del tipo penal de que el recurrente viene acusado, cabría la absolución aunque el artículo 401 tuviera consistencia suficiente como para amparar la condena. La condena sería asumible únicamente en el supuesto de que el hecho fuera delictivo en ambos preceptos, aplicándose el artículo 439 si fuere verdaderamente más favorable.

Lo que ocurre es que, sustancialmente, los dos artículos no son entre sí contrapuestos. La diferencia es de matizaciones realmente intrascendentes que en algún caso podrían determinar la mejor redacción del primitivo precepto.

El segundo motivo ordinal también ha de ser rechazado. A través del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) denuncia la vulneración del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), al afirmar que el acusado ha sido condenado por un hecho no tipificado como delito ya que en el Derecho penal no cabe la interpretación extensiva ni la analógica.

El motivo en realidad lo que hace es rechazar la aplicación del artículo 439 del Código, cuestión que por la vía del artículo 849.1 procesal es objeto del primer motivo ordinal, por aplicación indebida del repetido precepto, como se ha dicho más beneficioso que el primitivo 401 del Código de 1973.

El principio de legalidad se vincula ante todo con el imperio de la ley pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad que implica a su vez la prohibición de arbitrariedad

y el derecho a obtener de los Jueces la necesaria objetividad e imparcialidad. El principio de legalidad, en conclusión, requiere tres exigencias, que en este supuesto concurren: a) la existencia, «lex scripta», de una ley, b) la existencia de una ley anterior al hecho sancionado («lex praevia») y c) la existencia de una ley que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado («lex certa»).

En el caso de ahora la norma es correcta y el supuesto de hecho perfectamente encajable en la misma. No hay ni siquiera necesidad de acudir a la interpretación amplia que al principio de legalidad atribuye el Tribunal Constitucional (Sentencia de 25 marzo 1993 [RTC 1993\111] con alusión a las Sentencias 122/1987 [RTC 1987\122] y 62/1982 [RTC 1982\62]).

Igual desestimación procede respecto del primer motivo referido. Los hechos probados son harto elocuentes. La conducta del funcionario público como Aparejador municipal, y las funciones que le correspondían en el expediente abierto a su instancia, en el que emitió un informe favorable a sus propios intereses particulares, son datos firmes que excusan de más razonamientos. Sentencia de 17-7-1998, núm. 965/1998. Recurso de Casación núm. 1679/1997. Penal (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal).

## **F) Autoría y participación criminal**

La existencia de una finalidad objetiva del comportamiento del supuesto partícipe, diversa de la decisión delictiva del autor material, no ofrece sin embargo la inequívocidad suficiente para resolver cada caso. En principio, no parece que puede tenerse por justo imponer a cada ciudadano la responsabilidad de determinarse en su comportamiento en función de su previsión del comportamiento que puede adoptar otro sujeto, en el ámbito de su autonomía. Por el contrario, cuando el primero aparece concernido por un deber específico respecto a las circunstancias del caso, habrá de valorarse si su conducta-omisiva o activa-justifica considerarle partícipe criminalmente del delito que comete otro.

Ahora bien, para que la infracción del deber lleve a imputar al partícipe por no haber impedido la comisión del delito de otro, ha de estarse al canon que establece el artículo 11 de nuestro Código Penal, que con acierto invoca el acusado -Baldomero-. Aquel juicio normativo requiere que exista ese deber específico de actuar y que su infracción sea equiparable según el

sentido de la ley a la comisión activa del delito. Pero, en todo caso, aún antes, ha de concurrir un presupuesto típico que el delito del que se determina la responsabilidad sea de la categoría de los delitos de resultado. Ninguna de esas circunstancias concurre cuando el delito del artículo 441 del Código Penal se trata, y, además no puede tampoco predicarse un deber específico del Alcalde dirigido a evitar actividades privadas del sujeto al que atribuye la condición de delegado de determinadas funciones.

Si, por razones diferentes de la infracción del deber de garante al que acabamos de referirnos, se pretendiera justificar el regreso al comportamiento del Alcalde para imputarle el delito constituido por el ejercicio de actividades privadas del Concejal, habría de acreditarse como probado que la conducta que, en la actuación de autónoma responsabilidad, adoptó dicho Alcaide estaba terminada, de manera inequívoca en el caso concreto, por el designio de hacer posible el acto del otro (cooperación necesaria) o favorecer accesoriamente, con medios fungibles, dicho acto ajeno (complicidad). (STS 2499/2012, Resolución 199/2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15/03/2012).

#### **G) Imputación objetiva**

Si, por razones diferentes de la infracción del deber de garante al que acabamos de referirnos, se pretendiera justificar el regreso al comportamiento del Alcalde para imputarle el delito constituido por el ejercicio de actividades privadas del Concejal, habría de acreditarse como probado que la conducta que, en la actuación de autónoma responsabilidad, adoptó dicho Alcaide estaba terminada, de manera inequívoca en el caso concreto, por el designio de hacer posible el acto del otro (cooperación necesaria) o favorecer accesoriamente, con medios fungibles, dicho acto ajeno (complicidad). (STS 2499/2012, Resolución 199/2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15/03/2012).

#### **H) Consumación y tentativa**

La conducta tipificada en el artículo 441 del Código Penal se consuma desde el mismo momento en que, conociendo el sujeto activo que el asunto pertenece al ámbito de su competencia pública o de la de su oficina o centro directivo en el que estuviese destinado o del que dependa, realiza la actividad profesional o de asesoramiento a una entidad privada o a un particular. (STSJ ICAN 1549/2009, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Palmas de Gran Canaria, Resolución 1/2009, 15/04/2009).

## **II. Referencia a la jurisprudencia argentina**

### **A) Acciones típicas**

La acción sancionada por el delito bajo análisis, conforme surge del texto legal, es la de “interesarse” en un contrato u operación en la que el funcionario público intervenga por razón de su cargo. Se trata de “volcar sobre el negocio... una pretensión de parte no administrativa”, es decir, de actuar en la operación “no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración” 513.

La confluencia de intereses disímiles en el funcionario ha sido denominada por la doctrina como “desdoblamiento del agente”, toda vez que éste actúa como funcionario - representando al estado- y, a la vez, como particular. Se admite que el indebido interés de parte puede manifestarse en cualquier etapa de la operación, desde las tratativas hasta su conclusión total 514. (Causa n° 42.511 “Leonetti, Jorge Alejandro s/ procesamiento”. Juzg. Fed. n° 11 - Sec. n° 21).

Conforme de allí surge, su objeto fue verificar los procedimientos y controles que la Secretaría de Transporte de la Nación practicó entre octubre de 2001 y diciembre de 2004 en

---

513 CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo II, pág. 299.

514 DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración pública*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pág. 318 y ss.

relación a los fondos transferidos al Sistema Ferroviario Integrado (SIFER) y al Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU), que en ese período representaron un total de \$1.684 millones. A este respecto el organismo auditor observó, entre otras tantas cosas, la imprecisión y amplitud con que la normativa definía el objeto de dichos sistemas; la ausencia de recibos que acreditasen la percepción por parte de los beneficiarios y de expedientes que avalasen los pagos que se ejecutaban por simple nota del Secretario de Transporte al Banco de la Nación; la inexistencia de un procedimiento de rendición que obligase a demostrar la aplicación de los montos percibidos en mejoras al sistema de transporte; la falta de control del cumplimiento de los requisitos de acceso y mantenimiento del beneficio; pagos a las concesionarias de transporte ferroviario de la ciudad pese a conocerse que no observaban dichas condiciones; contrataciones directas por motivos de urgencia sin justificación suficiente o causados por la demora o inacción de los órganos responsables y con irregularidades que mostraban falta de transparencia; transferencias por \$17.000.000 como adelantos a cuenta del Régimen de Compensación de Aranceles, notoriamente desproporcionadas frente a los montos compensados luego (\$1.903.000), etc. Ahora bien, al concluir en la irrelevancia penal de los anticipos por \$17.000.000 que percibió la Obra Social de Conductores Camioneros y personal del Transporte Automotor de Carga y también la Fundación para la Formación Profesional del Transporte a cuenta de las prestaciones en exámenes psicofísicos y capacitación que como adjudicatarias y/o cesionarias de los Concursos 1 y 3/03 debían realizar, el Juez de grado destacó en su decisión, por un lado, que la auditoría realizada no había obedecido a ninguna circunstancia particular sino que estaba ya prevista en el plan de acción anual del organismo ... De allí puede razonablemente afirmarse que no son sólo las figuras de defraudación las que podrían llegar a ser aplicables sino también la de negociaciones incompatibles (artículo 265 del Código Penal) o los incumplimientos funcionales de los artículos 248 y 249 del mismo ordenamiento.

Entonces es opinión de los suscriptos que asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando sostiene que el archivo dispuesto por el Juez de primera instancia deviene prematuro y que las cuestiones señaladas hacen necesario profundizar la investigación. Sala II -Causa n° 28.073. (“Kirchner, Néstor y otros s/archivo por inexistencia de delito”) – Juzg. Fed. n° 12 - Secret. n° 24.- Expte. n° 14.011/2005.

## **B) Prescripción de la acción**

Ahora bien y en punto a resolver los agravios esbozados por el recurrente, debe dilucidarse si el plazo de prescripción de la acción penal relativo al delito bajo estudio comienza a correr desde el momento en que Canosa fue llamado a prestar declaración indagatoria, o si su desempeño como profesor adjunto en la Universidad de Buenos Aires permite compartir la solución a la que arribara el Sr. Juez de grado en cuanto a que, a los efectos de la cuestión debatida, debe hacerse desde el cese del ejercicio de este último rol ... Al respecto, los suscriptos habrán de disentir con la postura adoptada en la anterior instancia, toda vez que no constituye una solución compatible con los motivos que justifican la suspensión de la prescripción ... Si bien esta Sala tiene dicho que el alcance de la norma citada radica en evitar que a todo aquel que esté incorporado formalmente a la administración pública o que, simplemente participe en el ejercicio de funciones públicas, obstaculice o impida el ejercicio de la acción penal, sin distinción de la influencia que pudiere ejercer a tales fines (causa n°24.380, reg. n° 26.781, rta. el 10/5/2007 y causa n°27.717, reg. n° 29.895, rta. el 21/5/2009, con disidencia del Dr. Eduardo FARAH), las circunstancias que rodean este caso lo convierten en una excepción a la regla general formulada. Ello por cuanto, la tarea desarrollada por Canosa en la Universidad de Buenos Aires -docencia-, descarta de plano la posibilidad, aun en abstracto, de ejercer influencia para perjudicar el ejercicio de la acción penal. A los fines previstos por el segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal, no cualquier empleo estatal puede entenderse como cargo público, sino que tal inteligencia debe dársele a aquel funcionario que por su jerarquía –o vecindad con ésta– le sea factible recurrir a su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (del voto del Dr. FARAH). Sala II – Causa n1 27.794 Canosa, Armando N. s/ prescripción de la acción penal Juzg. Fed. n1 7-Sec. n1 13 Expte. n1 2.970/1999/9.

### **C) Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido por la figura del art. 265 del Código Penal es 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; de allí que no se requiera un perjuicio económico para la administración pública, ni tampoco el lucro personal del autor.

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública la actuación del imputado, presidente del Consejo Nacional del Menor y la Familia que contrató dos arquitectos con los que mantenía una relación de amistad (partícipes necesarios) a fin de efectuar refacciones en distintas dependencias a su cargo, y máxime que el organismo contaba entre su personal con un arquitecto para realizar los controles edilicios en distintos institutos.

La conducta punible prevista en el art. 265 del Código Penal consiste en que el funcionario público actúe como parte interesada en una negociación y, simultáneamente, represente al Estado en su manifestación negociadora, es decir, que exista un desdoblamiento en la personalidad del funcionario público, introduciéndose en la voluntad negociadora de la administración pública, orientando la misma para producir un beneficio particular y que no se habría producido si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia.

Corresponde adoptar un criterio amplio con relación a la figura de negociaciones incompatibles, entendiendo que el ilícito también puede ser cometido por un funcionario que no contrata consigo mismo, siempre que vuelque sobre el negocio un interés ajeno al de la administración pública; lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular (CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 18/8/05, “Álvarez, José A. y otros”, Lexis, nros. 1/1007976, 1/1007974, 1/1007975 y 1/1007977).

El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del CP) es el interés que tiene el Estado en el fiel desempeño de sus funcionarios a cubierto de toda sospecha, por lo que, a los fines de la tipificación, resulta indiferente la inexistencia de perjuicio para la administración pública (Cám. 2ª Apel. Crim. La Pampa, 11/3/82, “G., J.”, ED, en Disco Láser, 1998).

#### **D) Caracterización de la figura típica**



Habrá de sealarse que asiste razón a la defensa en torno a que los hechos deben ser subsumidos en el artículo 265 del C.P. antes de la reforma introducida por la ley 25.188.

Sin embargo, ello no es óbice para desembocar en su tipicidad, en razón de que la norma perteneciente a esta figura regida por la ley 16.648, también prohib  el obrar interesado del funcionario público teniendo en miras el beneficio de un tercero...”. “...Así se ha sostenido que ‘...la figura prevista en el art. 265 del CP –negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas– protege el fiel y debido desempeño de la funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad’ ‘ El aspecto medular de las características del delito en cuestión, finca en el desvío de poder que ejerce el funcionario, en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular’...” (Sala II Expte: 28.597 “Musumeci, Timar S/Procesamiento).

La contratación de esta constructora según surge de la investigación se realizó de manera directa. Este tipo de contratación según la normativa vigente (Art. 56, Inc. 3 apartado a) de la ley de Contabilidad-Decreto 5720-72) solo puede realizarse en casos en que el monto de valuación del contrato no sea superior a los \$100.000.

Por otro lado, los requisitos que debieron cumplirse para efectuar la contratación cuestionada, según consta en el expediente, fueron fraguados, pues los firmantes de las ofertas adjuntadas no reconocen ni las ofertas, ni las firmas adjuntadas.

Asimismo los trabajos que debieron realizarse no se pudieron constatar, pues los mismos, según consta en el fallo y a modo de resumen: “Lo desarrollado hasta aquí permite concluir que diversos funcionarios del Ministerio, incumpliendo sus deberes, acudieron de forma sistemática a regímenes de excepción para evadir el necesario control al que deberán haberse sometido, para asegurar el éxito de sus maniobras delictivas, consistentes en el armado de ruedas de oferentes ficticias y simuladas en contrataciones directas, para el beneficio de la empresa "Kainer Construcciones S.R.L.", la cual en todos casos era adjudicada para la realización de las obras. Es claro que tales hechos, tal como han sido descriptos, son susceptibles -a esta altura- de ser encuadrados en las hipótesis previstas en los artículos 265 y

248 del Código Penal, sin perjuicio de la calificación que en definitiva pudiera corresponder”. (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional. Fed., Sala II, 20-09-2007, Cambiazo, Daniel y otros).

### **E) Configuración del delito de negociaciones incompatibles con la función**

El delito de negociaciones incompatibles es una figura residual en relación al cohecho, por cuanto éste implica un plus en el funcionario público que no se limita a “interesarse” en el negocio, sino que acepta una promesa o recibe una dádiva o dinero para comprometer un hacer funcional.

El tipo penal establecido en el art. 265 del Código Penal tiene como presupuesto la existencia de un contrato u operación con contenido económico, en cambio, el cohecho no conlleva tal exigencia pues lo primordial resulta el hacer comprometido por la dádiva (TOC n° 24, 13/2/08, “Rubén Fuerte, Luis Roberto Perucca, Alberto Conrado Corbellini, Marcelo Enrique Nodar y Marcelo Fabián Esmok (Cromañon)”, c. 2366, LL, On Line).

Incorre en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas previsto en el art. 265 del Código Penal, el representante de una empresa estatal que propuso la contratación directa de una empresa privada la cual fue aprobada en forma discrecional, a pesar de que los montos involucrados en la operatoria tornaban indispensables la implementación de un procedimiento licitatorio.

La configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública no exige que el funcionario público contrate consigo mismo, sino que basta con que vuelque en el negocio un interés ajeno al de la administración pública.

Visto que el bien jurídico protegido por el delito previsto en el art. 265 del Código Penal es el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública en sentido amplio, de manera tal que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad, debe concluirse que el tipo penal de negociaciones incompatibles no requiere un perjuicio económico para el Estado ni tampoco el lucro personal del autor.

La configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas no desplaza la figura de la defraudación en perjuicio de la Administración pública.

Encuadra en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública la conducta de los funcionarios que obtuvieron la aprobación de una contratación en la empresa privada por el Comité de Privatización de una empresa estatal, cuando en realidad no se cumplían con las condiciones requeridas para este tipo de contratación.

La conducta típica prevista en el art. 265 del Código Penal consiste en que el funcionario público actúe como parte interesada en una negociación y, simultáneamente, represente al Estado en su manifestación negociadora, existiendo un desdoblamiento en la personalidad del funcionario público, con miras a obtener un beneficio (CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 1/3/06, “Bastos, Carlos M. y otros”, LL, 2006-D-166; Lexis, nros. 1/70024574-1 y 1/70024574-2).

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública la conducta de los directivos del Ente Nacional de Regulación del Gas (ENERGAS) que omitieron sancionar en tiempo a empresas distribuidoras por el retardo en ejecutar las obras necesarias para abastecer a determinada cantidad de usuarios –de conformidad con el cronograma de inversiones de la licencia a la que estaban obligadas de acuerdo con el pliego de bases y condiciones–, cuando el vicepresidente del ente regulador tenía participación accionaria en las firmas, y, no obstante la incompatibilidad establecida por las leyes 24.076 y 25.188, se efectuaron contrataciones para realizar obras de distribuciones y suministro con estas últimas (CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 20/12/04, “Repar, José A.”, Lexis, nº 1/1004205).

Comete el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del CP) quien interviene, como funcionario público y en razón de su cargo, en el

trámite y adjudicación de un concurso de precios y, como simple particular y en su propio beneficio, en la carga de mercaderías, cobro del cheque y depósito en su cuenta corriente vinculado con ese concurso (Cám. 2ª Apel. Crim. La Pampa, 11/3/82, “G., J.”, ED, en Disco Láser, 1998).

El delito de negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265 del CP) exige de modo exclusivo que el sujeto activo sea un funcionario público y que exista coetaneidad entre el ejercicio de su cargo y la negociación, ya que si hubiera una real y efectiva desconexión no podría dudarse de la pureza de la intervención (CNCrim. y Corr., Sala II, 13/7/82, “L., S. y otros”, ED, en Disco Láser, 1998).

La reventa a mayor precio de los boletos mensuales de Ferrocarriles Argentinos, empresa a la que se le abonó el valor correspondiente al momento de sus adquisiciones, hace incurrir a sus autores –empleados de la empresa– en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 CP). Ello en vista de que nuestro Código Penal, en su art. 77, define al “funcionario o empleado público” como aquella persona que participa en el ejercicio de la función pública o, dicho de otro modo, “que tiene la facultad, exclusiva o en colaboración con otras, de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, por delegación permanente o accidental del Estado”. Tal concepto, por lo tanto, abarca la actividad desplegada por los encartados, quienes al desempeñarse como boleteros en el Ferrocarril ejecutaban por delegación permanente la voluntad estatal para perfeccionar contratos de transporte (CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 22/7/85, “Morón, Rubén A. y otros”, JA, 1987-I-294).

El mismo fallo, citado ahora por DONNA, señala que configura el delito de negociaciones incompatibles con la función pública “la conducta de los expendedores de boletos de Ferrocarriles Argentinos, a la que abonaron el valor correspondiente de los boletos al momento de su expedición sin alterar el normal expendio a los usuarios de pasajes y que luego revendieron en su provecho a mayor precio” (CCCorr.Fed., sala II, 26-7-85, “Morón, Rubén A. y otro”, L. L. 1987-A-35, D. J. 1987-1-382) .

## **F)      Índole del delito**

El delito de negociación incompatible con el ejercicio de una función pública, si bien puede presentar el carácter de instantáneo, en determinados supuestos puede asumir formas permanentes, sin que ello signifique confundir el delito en sí con sus efectos o consecuencias.

La acción delictuosa de subarrendar para sí una fracción de campo que el Banco de la Nación administraba y del que el procesado era empleado importa la comisión del delito de negociación incompatible, con carácter de permanencia, mientras el contrato se encontrara en vigencia y el funcionario acusado permaneciere en su cargo (Cám. Fed. La Plata, 6/6/51, “De Roa, A. H. c. Arancedo, R. E.”, L.L., 64-444).

### **G) Concurso de delitos**

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265 del CP) el accionar atribuido al imputado que de modo irregular obtuvo la aprobación del convenio de pago con una empresa extranjera para la reparación de tres máquinas, mediante la ilegal utilización del derecho al voto doble, en su calidad de presidente del Directorio de la casa de la Moneda de la Nación, a pesar de la oposición existente debido a que los trabajos no estaban terminados.

Existe concurso aparente –por especialidad– entre los tipos penales del art. 173, inc. 7º, en función del art. 174, inc. 5º del Código Penal con los elementos del art. 265 del CP, toda vez que el especial elemento subjetivo distinto del dolo de similares características en ambos tipos penales, definido como “interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero” y como “el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido”, ya que ambas descripciones tienen el mismo contenido por describir la exigencia de que la conducta tenga la finalidad de lograr un beneficio ajeno al interés de la administración pública (CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 15/6/06, “López del Carril, Nelson y otros”, Lexis, nros. 1/1013036 y 1/1013035).

Media un concurso aparente entre los delitos de administración infiel de la Administración pública (art. 173, inc. 7º, en función del art. 174, inc. 5º, CP) y las negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265, CP): resultan desplazados los

primeros a favor de las segundas al aplicarse el principio de especialidad, dado que ambos tipos tienen un especial elemento subjetivo distinto del dolo de similares características, definido como “interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero” y como “el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido”, advirtiéndose que ambas descripciones detentan el mismo contenido, ya que lo que se describe es la exigencia de que la conducta tenga la finalidad de lograr un beneficio ajeno al interés de la administración pública.

El art. 265 del CP, en tanto describe la conducta típica como interesarse “en miras de” un beneficio propio o de un tercero, reduce a la vaguedad que caracteriza a la norma en su anterior redacción, al menos en cuanto define a la acción de “interesarse” como un actuar interesado que el funcionario realiza con independencia del resultado final, e introduce la persecución de un beneficio sin restringir su naturaleza a lo patrimonial, así como el bien jurídico protegido por esa figura es el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública 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.

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP) la irregular e inmotivada contratación por vía directa y sin proceso licitatorio de una misma agencia de publicidad en el marco de lo que se denominó “Plan Nacional de Manejo del Fuego” (TOCFed. n° 2, 30/12/04, “Alsogaray, María J. s/Procesamiento y prisión preventiva”, J.A., 2005-I-325; Lexis, nros. 1/74033, 1/74034 y 1/74032).

Existe un concurso aparente por especialidad entre el tipo penal de la administración infiel en perjuicio de la administración pública y el de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, en la medida que ambas figuras contienen un especial elemento subjetivo distinto al dolo de similares características, definido como interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero, y como el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido.

La falta de perjuicio en la contratación de la prestación de asistencia para el organismo público cuestionada por abusiva desplaza la tipicidad del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública, sin que ello implique la posibilidad de la comisión de otros delitos penales desplazados por el principio de especialidad al concurrir con él en forma aparente.

El bien jurídico tutelado por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública es 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.

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP) el accionar desplegado por los funcionarios del INSSJ que suscribieron un contrato con el propósito de beneficiar a una empresa sin ninguna red prestacional para gerenciar las prestaciones de la obra social (CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 27/11/01, “Salas Herrero, Oscar E.”, Lexis, nros. 1/70005742-1 a 1/70005742-4).

#### **H) Especificas características del autor. Funcionario público**

En este planteo se sostiene que el hecho investigado en la causa, que ha sido calificado como constitutivo del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP), resulta atípico debido a que los imputados no reúnen la condición de funcionarios públicos que exige la figura en el sujeto activo. La ausencia de este elemento típico se pretende demostrar, sustancialmente, como conclusión ineludible de que el INSSJP constituye una persona de carácter público no estatal, con financiamiento propio, que no pertenece a la administración pública, y que, como tal, sus agentes no participan en el ejercicio de funciones públicas.

Sin embargo, este tribunal ya ha establecido que, no obstante el carácter de organismo público no estatal de la entidad mencionada, Víctor Alderete como presidente de la institución es alcanzado por el concepto de funcionario público establecido por el art. 77 del CP (conf. causa n° 16.810, “Rimoldi”, reg. n° 8063, del 19/10/00, y causa n° 7727, “Alderete”, reg. n° 8897, del 21/8/01); apreciación que la elaborada argumentación de la defensa no logra rehilar y pone en evidencia que no es claro y manifiesto que el nombrado no esté comprendido por esa previsión legal como para viabilizar la excepción intentada (CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 13/2/03, “Alderete, Víctor A.”, Lexis, n° 70011534).

## **D) Yuxtaposición de intereses**

No configura el delito de negociaciones incompatibles el reconocimiento de una deuda en beneficio de la empresa efectuado por quien siendo al momento de los hechos, coordinadora de la sindicatura, se había desempeñado anteriormente en la sociedad acreedora, en tanto no ha quedado acreditada la yuxtaposición de intereses requerida.

La yuxtaposición de intereses derivada de la vinculación que los agentes públicos cuestionados tuvieron con la empresa que aparece como contraparte de la administración pública, no configura el tipo penal de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP) si no ha existido una conducta concreta y parcial de los imputados con tendencia beneficiante.

El aspecto medular de la figura de negociaciones incompatibles finca en el desvío de poder que ejerce el funcionario, en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad de la administración por la inserción de un interés particular.

Para que se configure el delito de negociaciones incompatibles se necesita de un interés que permita sostener una sospecha de parcialidad del funcionario, mientras que para el conflicto de intereses basta la posibilidad de esa parcialidad que nace de la mera oportunidad de utilizar sus facultades en miras de un beneficio, resultado de la tensión que existe entre las inclinaciones que surgen de su vínculo con la empresa privada y el deber que demanda el ejercicio de la función pública (CNCrim. y Corr., Sala II, 15/3/05, “Peragalo, Laura M.”, Lexis, nros. 1/70015281- a 1/70015281-4).

Se configura el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas si, aun cuando quien recibió el dinero de la comuna fue una firma comercial, ésta era de propiedad del imputado por lo que se da el requisito típico de tener el sujeto activo una pretensión económica en la negociación (Cám. Apel. Penal Rosario, Sala I, 13/9/06, “Balducci, Héctor O.”, Lexis, nº 1/70035911-1).



El tipo penal de negociaciones incompatibles previsto en el art. 265 del CP contempla dos formas de intervención del funcionario en el negocio u operación de que se trate: por un lado, el agente puede interesarse en forma directa en el negocio en el cual interviene como funcionario público, y, por el otro, acudir a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización de la operación o negociación, cuando, en realidad, ésta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función.

El art. 265 del CP no sanciona negocios prohibidos sino negocios incompatibles con la función pública, no pudiendo subsumir la conducta del director de tránsito de la comuna que contrataba una agencia de remis de familiares directos, sino observar previamente la competencia del funcionario para lo cual se impone recurrir al organigrama de la estructura administrativa y a la ley extrapenal, en el caso, la Ley Orgánica de Municipalidades 2756, a fin de verificar qué actos lícitos emanados de los imputados en su condición de funcionarios públicos y en la esfera de su competencia (del voto en disidencia de la doctora RAMÓN).

Encuadra prima facie en el delito de negociaciones incompatibles con la función pública la contratación de la empresa de remis por parte del municipio, que beneficiaban a familiares y eventualmente los dos imputados a cargo de la Dirección de Tránsito, dependiente funcionalmente del Ejecutivo, contratante del servicio.

Debe revocarse el procesamiento decretado en orden al delito de negociaciones incompatibles con la función pública si no reviste claridad suficiente en la intimación fáctica formulada en las indagatorias, la expresión “haberse interesado en la contratación de la concesión de servicios de remises”, dado que, en la especie, se trataría de la concesión del servicio público y de la contratación de tal servicio por parte de la municipalidad (del voto en disidencia de la doctora RAMÓN) (Cám. Apel. Penal de Rosario, Sala III, 29/11/04, “Di Santo, Roberto M. y otros”, Lexis, nros. 1/70017610-1 a 1/70017610-4).

Más allá de la jurisprudencia citada precedentemente, es importante referirnos al precedente dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, de fecha 29/12/2010, causa Nro. 9898 del registro de esta Sala, caratulada: “Salvatori, Miguel Alberto y otros s/recurso de casación” (reg. 14.375.4), ello así en virtud del análisis efectuado en dicha resolución respecto del tipo penal en cuestión.

El voto que lidera el fallo es el del juez Augusto M. DIEZ OJEDA, al cual se adhiere el juez Mariano GONZÁLEZ PALAZZO, mientras que el juez Gustavo M. HORNOS emitió su voto en disidencia.

Es preciso tener en cuenta que el Tribunal Oral en lo Criminal 16 de Capital Federal condenó a los imputados Marta Beatriz Scaravaglione de García Montiel, Miguel Alberto Salvatori y Roberto Juan Larrosa por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 CP), a la pena de un año de prisión de ejecución condicional, inhabilitación especial perpetua y costas. Por tal razón las defensas interpusieron el correspondiente recurso de casación.

Hechos: Según explica el Dr. DIEZ OJEDA, el Tribunal Oral Criminal 16 dio por probado los siguientes hechos:

"1) Marta Beatriz Scaravaglione de García Montiel, en su carácter de concejal del ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, intervino como autora del proyecto de ordenanza registrado en el expediente Nro. 2194, para otorgar en beneficio de la Asociación de Amigos del Parque Centenario, entidad de la cual era vocal, la suma de treinta mil pesos (30.000) para la construcción de baños públicos en dicho Parque y a la adquisición de herramientas para colaborar en el mantenimiento del predio, a través del decreto 643/1997, habiéndose pagado dicho monto el día 28 de enero de 1998 a su esposo, Juan Manuel García Montiel, presidente de la citada Asociación.

2) Miguel Alberto Salvatori, en su carácter de concejal del ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, intervino como autor del proyecto de ordenanza registrado en el expediente número 1732, para beneficiar con un subsidio a la Sociedad Filosófica Buenos Aires por la suma de diez mil pesos (\$10.000) para ser aplicado a la publicación de nuevos textos y adquisición de material bibliográfico de actualización, otorgado por decreto de fecha 3 de octubre del año 1997 y pagado el 21 de noviembre de 1997 a Susana Barbosa, tesorera de dicha Sociedad, entidad a la que se encontraba vinculado por una relación de conocimiento con su presidente Carlos Alberto Casalli y en la que había realizado cursos.

3) Roberto Juan Larrosa, en su carácter de concejal del ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, intervino como autor del proyecto de ordenanza registrado en el expediente Nro. 1142, para beneficiar con un subsidio de treinta mil pesos (\$30.000), luego ampliado a cuarenta mil pesos (\$40.000) al 'Sacachispas Fútbol Club' para ser aplicado a obras

de infraestructura de las instalaciones del mismo, entidad de la cual Larrosa era presidente, habiendo rubricado el respectivo decreto del otorgamiento de dicho beneficio el día 1ro de septiembre del año 1997".

Legalidad de la conducta:

Sin embargo, agrega el magistrado que, en los tres casos, el sentenciante de mérito consideró probado que "los subsidios fueron otorgados en el marco de la ordenanza 23.767 publicada el 29 de septiembre de 1968 y que el dinero fue efectivamente entregado a las instituciones citadas y aplicados al destino convenido y que la referida ordenanza reglamenta el Régimen de Subsidios y Créditos a Entidades de Bien Público, Culturales y Deportivas, en su artículo 1° establece que las entidades que pueden solicitar subsidios y/o créditos a la Municipalidad son aquellas cuya finalidad consista en coadyuvar en el desarrollo o mejor prestación de los servicios a cargo de la Municipalidad, siempre que no tengan fin de lucro".

Veremos luego que esta última circunstancia resultará decisiva para sustentar la atipicidad de la conducta de los acusados.

Así sostuvo el juez que el accionar de los imputados no podía ser subsumido en el verbo "interesarse" que prevé la figura del art. 265 del CP, ya que "en ninguno de los tres casos, se acreditó que la actuación de imputados en el trámite inherente al otorgamiento de los subsidios cuestionados se hubiera apartado de lo normado por la aludida reglamentación ni que, en idénticas condiciones, habrían sido denegados a otras entidades solicitantes. Ello evidencia que no se han corroborado circunstancias objetivas que permitan sostener, fundadamente, que se haya concretado una afectación a la imparcialidad que debió haber guiado la actuación de los funcionarios imputados ni, tan siquiera, una sospecha de parcialidad, de modo tal que se haya visto comprometido el recto ejercicio de la función pública".

En definitiva, explica el magistrado que el otorgamiento de los subsidios se realizó en forma reglamentaria. Y agrega que no resulta suficiente para sostener la tipicidad de la conducta el vínculo que ligaba a los imputados con las entidades beneficiarias y la intervención que les cupo en la proyección y/o rúbrica de los mentados proyectos de ordenanza. Expresando entonces su disconformidad con aquella postura que entiende que el delito se concreta pura y simplemente en el hecho de que la personalidad del funcionario se desdoble, de manera que a un tiempo intervenga en un contrato u operación como interesado [calidad que, en el caso, atribuye el TOC 16 por el sólo vínculo de mención] y como órgano del Estado.

Asimismo, se refiere a las razones de delicadeza y decoro que el tribunal sentenciante tuvo en cuenta para sustentar la tipicidad de la conducta investigada, razones que a su entender no corresponde valorar a los fines de definir la tipicidad de la conducta. De tal manera sostuvo: “Tampoco, las ‘razones de delicadeza y decoro’ por las que, según el sentenciante de grado, los imputados ‘no debían haber participado en la generación y trámite de los expedientes del ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires’, tienen relevancia al específico efecto de tener por configurada la acción prohibida por el tipo penal que nos ocupa; sin perjuicio del significado que pudieran tener en la esfera administrativa. Pues, distinta es la naturaleza de la responsabilidad administrativa o, incluso, política y la de la responsabilidad penal que debe operar como ultima ratio del ordenamiento jurídico, frente a graves afectaciones de derechos que así lo justifiquen, por exigencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en orden a la importancia de las sanciones amenazadas”.

El voto mayoritario también tomó postura e identificó el bien jurídico protegido por la figura de negociaciones incompatibles al expresar la coincidencia con la doctrina, en cuanto para definir positivamente el bien jurídico a cuya tutela apunta la norma que tipifica el delito de negociaciones incompatibles alude al ejercicio de la función pública como el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración, de manera que la actuación de sus órganos sea plenamente imparcial 515. Al respecto, aclara que la referida imparcialidad de los órganos de la administración pública, vinculada a la idea de transparencia de los actos de gobierno, constituye una garantía para el administrado que encuentra su fundamento último en la igualdad ante la ley (C.N., art. 16). Señala además que esta figura no tutela el patrimonio estatal que es el bien jurídico involucrado en los fraudes contra la administración pública.

Acción típica. Respecto de la acción típica, expresa que la conducta de interesarse supera la mera superposición de personalidades de particular y funcionario público. En ese orden de ideas, afirma coincidir con SANCINETTI en cuanto a que la acción prohibida de “interesarse” se configura “por una *ingerenza profittatrice*, es decir, por la manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero” 516.

---

515 Vid. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. V, Ed. Tea, Bs. As., 1978, pág. 189; CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, t. 2, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, pág. 308; DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Administración pública*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2000, pág. 314; SANCINETTI, Marcelo, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Doctrina Penal*, Año 9, Nros. 33 a 36, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, pág. 72.

516 Vid. SANCINETTI, Marcelo A., op. cit., pág. 81.

El rasgo típico distintivo consiste, entonces, a juicio de los magistrados que suscriben el voto mayoritario, en que la intervención comporte una injerencia aprovechadora de parte del funcionario público, constitutiva de un claro desvío de poder, que revele la persecución de un beneficio particular en el negocio u operación que se gestiona. Esta caracterización de la acción típica de "interesarse" deja fuera del ámbito de la norma aquellos casos en los que el funcionario público sólo se contrata con la administración en la que actúa dentro del marco legal y reglamentario específico. Para ilustrarlo con un ejemplo señala que será atípica la conducta del funcionario de un banco público que autoriza el otorgamiento de un crédito a favor de una empresa propia, en las mismas condiciones que lo obtendría cualquier tercero, y cumpliendo todas las reglas que fueran requeridas por la línea de crédito pertinente.

Conflicto de intereses. Finalmente, aclaran los magistrados que descartar según lo apuntado la tipicidad de la conducta de un funcionario público no conlleva desechar la configuración de un conflicto de intereses en los términos de lo previsto por la ley 25.188. Pero, correlativamente, tampoco la constatación de un conflicto de intereses de naturaleza administrativa alcanza para afirmar la tipicidad de la figura bajo estudio. La precitada ley establece un régimen de incompatibilidades y describe como conflictos de intereses de tipo administrativo situaciones en las que el funcionario público dirige, administra, representa, patrocina, asesora o de cualquier forma presta servicios a quien gestiona o tenga una concesión o sea proveedor del Estado y situaciones en las que el funcionario realiza actividades reguladas por éste. Ello bajo la condición de que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades (art. 13, inc. 'a'). También califica como un acto incompatible con el ejercicio de la función pública el ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en que el funcionario desempeña sus funciones (art. 13, inc. 'b').

En atención a las consideraciones precedentemente expuestas, los jueces que emiten el voto mayoritario sostienen que las conductas que tuvo por acreditadas el tribunal "a quo" respecto de los encausados Larrosa, Scaravaglione y Salvatori no se adecuan a la acción típica de "interesarse" prevista por el art. 265 del CP.

Voto en disidencia: El Dr. HORNOS sostuvo que a su criterio el obrar de los encausados sí se adecua a la acción típica de "interesarse" prevista por el art. 265 del CP, en cualquiera de sus sucesivas redacciones. En efecto, el art. 265 de la ley de fondo, en su redacción vigente al momento de los hechos, describía el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de

la función pública, conminando punitivamente al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo" (la ley 25.188, publicada en el Boletín Oficial el 1<sup>o</sup> de noviembre de 1999, denominada "Ley de Ética de la Función Pública", modificó dicha norma, exigiendo como requisito típico, además, que el funcionario se interese "en miras de un beneficio propio o de un tercero"). Expresó que el Dr. HORNOS que, para que el delito se consume, es preciso que el funcionario se "interese" en un contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo, es decir, "se debe mover en un asunto determinado por motivos de interés privado distintos a los que deben gravitar exclusivamente sobre sus actos, o sea por motivos de carácter público. El funcionario sólo debe moverse en nombre de estos últimos para cumplir con sus obligaciones" 517.

Por otra parte, no es preciso que el interés privado y el interés público que debe mover al funcionario público resulten antagónicos. Como señala Sebastián SOLER, en armonía con la gran mayoría de la doctrina nacional, "la situación simultánea de parte y de funcionario es independiente de la existencia de un interés materialmente contrapuesto entre el Estado y el particular" 518.

Además, el delito se consuma por el solo hecho de interesarse en el negocio que se ventila ante el propio sujeto, es decir, en el momento en que se produce la superposición de las dos personalidades 519. Esta cita permite también advertir que no resulta relevante, a los fines de la consumación de la conducta, que el contrato o la operación motivo de interés por parte del funcionario se desarrolle satisfactoriamente, cumpliendo las partes con sus obligaciones.

En rigor, afirma el magistrado, el hecho de que cualquiera de los tres imputados haya obrado movido por el interés de favorecer a una entidad de bien común, tampoco neutraliza la posibilidad de que su conducta configure el delito previsto por el art. 265 del CP, si es que tuvo en ello también otro interés privado.

A su criterio, en el delito de negociaciones incompatibles el funcionario interviene en un contrato u operación de modo penalmente reprochable, no por la circunstancia de que este

---

517 Cfr. Rodolfo MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo VI, edit. H. A. Tommasi, Bs. As., 1923, pág. 247.

518 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo V, Edit. Tipográfica Editorial Argentina, Bs. As., 1951, pág. 213.

519 SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 214.

contrato u operación sean en sí mismos ilícitos, sino porque actuó con la concurrencia de un interés privado.

De ello se sigue que el “interés ... de favorecer a una entidad de bien público” que los encausados podrían haber tenido como funcionarios públicos, no elimina la posibilidad de que los nombrados se hayan movido además por el interés de lograr que la entidad privada de la que estaban vinculados cumpliera sus fines no públicos, sino en todo caso de bien común.

Por último, señala que tampoco puede considerarse correcto ni razonable concluir que, a partir del adecuado manejo de los fondos recibidos por las mencionadas entidades (Asociación de Amigos del Parque Centenario, la Sociedad Filosófica de Buenos Aires y 'Sacachispas Fútbol Club') donde preponderó el bien común, por ello resultaba incompatible cualquier interés particular.

Agregó que lejos está de criticarse la existencia de estas asociaciones, de indudables beneficios en la sociedad, y mucho menos la concesión de subsidios por parte del Estado para que éstas cumplan sus objetivos, cuestión que no es materia de este pronunciamiento jurisdiccional.

Pero ninguna duda existe, a criterio del juez, que es posible en el otorgamiento de subsidios estatales a dichas asociaciones, la existencia del desdoblamiento que el art. 265 del CP intenta evitar. A su vez, la constatación de un conflicto de intereses verificado en la especie, excede, en el caso, la naturaleza administrativa subyacente y alcanza por mérito propio suficiente para afirmar la tipicidad de la figura penal bajo estudio.

Por todo lo expuesto, afirmó el juez en su voto minoritario que correspondía rechazar los recursos de casación interpuestos, con costas.

## **J) Consumación**

Con fecha 7 de junio de 2011, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó resolución en la causa n° 12.926, caratulada “Torresi, Rubens s/recurso de casación”,

registro 18.579, oportunidad en la cual se expresaron conceptos interesantes en punto al delito de negociaciones incompatibles 520.

La cuestión a resolver era la siguiente: el TOF 1 de Capital Federal declaró prescripta la acción penal con respecto a Rubens Torresi y en consecuencia lo sobreseyó con relación al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública. El fiscal interpuso recurso de casación por no compartir la decisión del tribunal.

Voto del juez YACOBUCCI: En su voto explicó que el tribunal de anterior instancia señaló que el ilícito atribuido a Torresi en carácter de autor, negociaciones incompatibles con la función pública, es un delito especial propio, de manera que sólo puede resultar autor un funcionario público. En tal sentido, dijo que más allá de las posturas respecto de la consumación del delito, lo cierto es que el hecho imputado al nombrado tipificado en el art. 265 del CP: "...nunca pudo haber cesado con posterioridad al momento en que aquél dejó la función pública, esto es, el 1° de agosto de 1996". En consecuencia, expresó que desde esa fecha hasta el 10 de febrero de 2004 -primer llamado a prestar declaración indagatoria- transcurrió el máximo de pena prevista -seis años- para el hecho reprochado sin que haya mediado algún otro acto con eficacia interruptiva a la luz del art. 67 del Código Penal. El Dr. YACOBUCCI entendió que dicha resolución debía ser confirmada, ya que el delito reprochado a Torresi, negociaciones incompatibles con la función pública, previsto y reprimido en el art. 265 del CP, es un delito instantáneo que tiene lugar cuando el agente "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". Afirmó que la doctrina sostiene que "el delito se consuma con la acción de interesarse, esto es con la intervención, como parte privada del funcionario, en el contrato o la operación, dándose el desdoblamiento del funcionario público..." 521.

El carácter de delito instantáneo del tipo del art. 265 del Código Penal es admitido hasta por el recurrente, aclarando que existe la posibilidad de que sus efectos sean permanentes, como en autos.

En tal sentido cabe recordar que el enunciado del art. 63 del CP indica que la prescripción comenzara a correr, en lo que aquí interesa, desde el día "en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse".

---

520 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala. II, "Torresi, Rubens s/recurso de casación" 7/06/2011.

521 Cfr. DONNA, Edgardo A., *Derecho penal, Parte especial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, t. III, p. 326.



La consideración normativa de ese enunciado exige discernir el significado jurídico que envuelve el término cometer y esto, en relación con la peculiar tipicidad del injusto analizado en este proceso en tanto la negociación llevada a cabo preveía una renovación automática.

Cometer el delito implica en principio realizarlo -ejecutarlo- o, como en este caso donde no se alude a una tentativa, consumarlo. Atendiendo a los razonamientos del recurrente arriba reproducidos, la comprensión sobre esa última circunstancia gira en torno al momento de producción del resultado que, en ciertos sucesos, puede distinguirse del mero momento de la acción. En lo que aquí interesa, la negociación ilegal se concretó con la efectiva intervención del imputado en su carácter de funcionario en formalización del convenio cuestionado. Esto ocurrió ya con la firma que daba operatividad al negocio pero, como quedó expuesto antes, su extensión se proyectaba en el tiempo.

Por eso una parte de la doctrina distingue entre una consumación “formal” y otra de orden “material” entendiendo por esta última la terminación o agotamiento del ilícito. Ese agotamiento toma en consideración en casos como el presente la continuidad de la maniobra del funcionario a través de la prolongación de sus efectos.

Tanto en el Derecho comparado cuanto en nuestra propia legislación penal en la materia, el legislador ha tomado en especial consideración este aspecto. Por eso distingue normativamente la situación de continuidad delictiva a los fines de la prescripción. Así una primera “consumación” no implica el agotamiento en términos de injusto de la conducta cuando se verifica esa especial circunstancia de extensión en el tiempo.

Así, por ejemplo, en el Código Penal español –art. 132.1– se hace distinciones cuando se trate de delito continuado, permanente, o con habitualidad etc., para marcar el inicio de la prescripción. De hecho, en el lenguaje penal alemán se diferencia entre la denominada “*Beendigung*” –terminación– y la “*Vollendung*” –consumación formal–. Las prescripciones del Código Penal alemán en esta materia guardan analogía con las disposiciones del art. 63 del Código Penal argentino. En esa línea queda establecido que los resultados posteriores a esa concreción formal, en tanto pertenezcan al tipo, son en verdad los que determinan el punto de referencia de la prescripción que, en los supuestos de fraudes, vienen signados por el aprovechamiento –u obtención– de la ventaja ilícita emergente de la disposición patrimonial

522, extremo que entiendo cabe asignar en casos donde ese perjuicio no forma parte del tipo, a las circunstancias de infracción de deber que están en su expresión de significado normativo.

Por lo tanto, en sucesos como el que está bajo análisis, suele aparecer dentro de la consideración objetiva, una consumación de tipo formal que se anticipa a la efectiva terminación o agotamiento de la relevancia delictiva.

Desde la perspectiva subjetiva, ese desarrollo objetivo de los hechos en estudio, estuvo dirigido desde un comienzo a una finalidad que determinaba la extensión de la ilicitud del funcionario en el tiempo. La consumación formal, no agotó pues el hecho sino que necesariamente éste debía desenvolverse más allá de esa instancia para alcanzar el sentido propio del injusto y concretar el plan ideado según el a quo por el imputado.

La permanencia en funciones del sujeto activo –en este caso, por la naturaleza del tipo, el funcionario–, hace que los resultados posteriores de la negociación ilegítima no aparezcan como extratípicos, sino como exteriorización de la propia comisión dirigida por el acusado Torresi.

Por eso el delito imputado se “comete” en términos jurídicos durante el período en que se desarrolló –continuó– la afectación a la que atiende el tipo penal en cuestión. Si el delito sólo se “termina” tras la “consumación formal” –decía JESCHECK– el momento de la “terminación material es el decisivo para el comienzo de la prescripción” 523.

Justamente, para asumir esta circunstancia especial de comisión delictiva, ya en la ley 4189 se estableció en su artículo 16 que la prescripción comenzara a correr si el delito fuere continuo desde el momento “en que cesó de cometerse”, ampliando así las previsiones del Proyecto TEJEDOR y el de VILLEGAS, UGARRIZA y GARCÍA. En la estructura actual del código, el texto remite al proyecto de 1891 –art. 100–. Rodolfo MORENO (h), explica que esta circunstancia es “perfectamente lógica”, pues en delitos que “constan de actos diversos ... no dando lugar sin embargo cada acto a que se le considere como un delito separado, es evidente que la repetición significa la actividad criminal, y no es posible que la prescripción empiece a correr sino después que tal actividad ha cesado totalmente” 524.

---

522 Cfr. Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufgabe, Urs KINDÄUSER, parágrafo 78°, a cargo de Michael LEMKE, págs. 2153/2154.

523 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, 4ª edición, Comares, pág. 824.

524 Cfr. Rodolfo MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo III, H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, págs. 187/188.

La lógica de esa regla también encuentra sustento en la actual dogmática penal, pues se indica que en el delito continuo, el art. 63 del CP dispone que “la prescripción comenzará a correr desde que cesa su última etapa” (cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI 525). No se trata por lo demás de una mera exteriorización causal, objetiva o reiterativa, sino que la permanencia en funciones del sujeto sobre el cual recaen los deberes especiales de la institución pública, determina la continuidad de la colisión de intereses que está en el centro axiológico del tipo de injusto imputado.

Esta circunstancia, por lo demás, es alcanzada en términos de imputación subjetiva por un “dolo total” que es expresión del plan del autor “querer la realización típica de esa manera ... por lo que configura el enlace óntico ... ligándolos desde antes de agotamiento del primero hasta la realización del último” 526.

Por eso, si bien el delito ha quedado formalmente consumado cuando el sujeto activo se interesó en el contrato u operación, su agotamiento material se extendió en el tiempo en virtud de las especiales características otorgadas al negocio por el propio funcionario.

En tal sentido, cabe señalar que a diferencia del texto originario del Proyecto Tejedor que integraba dos situaciones diferentes, esto es, la del fraude en perjuicio del Estado y la de interesarse en negociaciones en virtud de su cargo; en el tipo penal actual, este último comportamiento se ha independizado, adquiriendo un carácter eminentemente formal (Cfr. Rodolfo MORENO (h) 527. Se trata pues de un delito especial, de infracción de deber, que no requiere de un perjuicio en términos patrimoniales, como en el caso de la defraudación a la administración pública antes aludida en el ejemplo de la legislación alemana. El riesgo jurídicamente desaprobado en el tipo del art. 265 del CP se constituye, según MORENO, cuando el funcionario se mueve “en un asunto determinado por motivos de interés privado distintos a los que deben gravitar exclusivamente sobre sus actos, o sea los de carácter público”. De allí

---

525 Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, págs. 826/827.

526 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *l.u.c.*

527 MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo VI, H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, págs. 244/249.

que el tipo requiera que el agente sea un funcionario público, se interese por el contrato u operación, intervenga en razón de su cargo y que el interés privado lo adquiriera directamente o por persona interpuesta.

Por eso NÚÑEZ advierte que se trata de un delito formal, que se consuma con el hecho de “inmiscuirse como parte privada en el contrato u operación en que el autor ya interviene como funcionario sin atender a las resultas del caso”. En lo que interesa para el tema, y conforme la distinción entre consumación formal y agotamiento material que aquí se sigue, este autor explica que “el delito puede asumir formas instantáneas o permanentes, pues si bien la ingerencia ilícita del autor puede agotarse en un negocio de carácter instantáneo, también puede concretarse en un negocio de carácter permanente 528. Tal es el caso, justamente, del negocio cuestionado, en razón de su renovación automática prevista desde el inicio en el contrato en que intervino el imputado.

Señala el magistrado que si bien en este punto cabe dar la razón al recurrente, de todos modos no es posible concluir como pretende al señalar que el injusto atribuido al acusado debe extenderse hasta la rescisión del mismo, el 14 de mayo de 2002, cuando “el contrato dejó de producir efectos jurídicos”.

Ello así porque la naturaleza del tipo de injusto investigado determina la intervención de un funcionario público como quedara expuesto más arriba. Los delitos especiales de infracción de deber, exigen la vigencia de ese vínculo institucional en el que se funda la imputación al sujeto. Más aún en este caso, en que no solo reclama la investidura de funcionario sino además su "intervención" en términos que afecten la imparcialidad y pongan su competencia pública en una operatoria asimilable al interés privado. En lo que tienen de “dominio” las conductas típicas a las que alude el art. 265 del CP, al igual que en punto a sus

---

528 Cfr. Ricardo NÚÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, Lerner, tomo V, vol. 2, pág.131.

implicancias institucionales –“de infracción de deber”– la virtualidad del injusto cesa al momento en que el sujeto ha abandonado la función pública. Con ello ha cesado el motivo que, en términos normativos, da sustento al tipo en cuestión ya que, en el caso de autos, no se infiere la existencia de perjuicio de naturaleza patrimonial en la administración –que determinaría la concurrencia de otro tipo de injusto– sino la violación de un delito de características formales. Desaparecida la infracción del deber, esa formalidad cesa junto con la función de Torresi.

Por eso resulta adecuadamente fundado lo sostenido por el “a quo” en punto a la interpretación de la figura del art. 265 del Código Penal. Es que tratándose de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por un funcionario público con competencia para intervenir en la operación en cuestión, al abandonar Torresi la función pública el 1° de agosto de 1996, existe una imposibilidad legal de achacarle al nombrado el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas en calidad de autor con posterioridad a esa fecha, aunque se haya dispuesto con anterioridad la renovación automática del contrato y ésta haya tenido lugar después de la desvinculación del agente de las funciones públicas.

Por todo lo expuesto, consideró el magistrado que correspondía rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

Voto del juez Luis M. GARCÍA:

El juez GARCÍA explicó que, sin perjuicio de compartir la solución del primer voto, lo cierto es que basta con un examen del supuesto de hecho de la figura legal del art. 265 CP, que conmina con pena al funcionario público “que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

Se trata de un delito de pura actividad en el que lo decisivo es la intervención funcionario en un contrato u operación en razón del cargo, y el interés de obrar en beneficio propio o de terceros, lo que es incompatible con el interés de la administración que debe defender y privilegiar. A ese efecto es irrelevante cuál es el resultado o efecto concreto de su intervención o la existencia de perjuicio patrimonial para la administración. Se señala que “lo punible no es el acto del fraude patrimonial o su intento, sino, en sí mismo por el peligro que implica el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública o al del particular en cuyo interés obra” 529. En síntesis, no son dirimentes las consecuencias que la intervención interesada del funcionario pudiese acarrear sobre el resultado económico del contrato en el que se interviene, o la inexistencia de concesiones a los contratantes desventajosas para la administración pública. La razón de la punición es que la intervención en favor de un interés ajeno al de la administración es incompatible con el deber de actuar en el exclusivo interés de aquélla. El legislador ha querido preservar aquí que el ejercicio de la función pública se satisfaga y honre sin tacha ni sospecha de corrupción y no el patrimonio público directamente, porque el interés de la administración, cuyo fin no se ciñe, a diferencia de la libre empresa garantizada por el art. 14 C.N., a la persecución del mayor beneficio económico posible. De suerte tal que, aunque por hipótesis la ecuación económica fuese neutra o hubiese redundado en un beneficio para la administración pública, el funcionario que al intervenir en la contratación u operación se hubiera interesado en miras de un beneficio propio o de un tercero, satisface el supuesto de hecho de la figura del art. 265 del Código Penal.

Así, en los términos del art. 63 CP, se concluye que el delito atribuido debe estimarse cometido, a más tardar, el día de la firma del convenio entre la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y el “Centro Personalizado de Odontología SRL”, es decir, el 1º de diciembre de 1995.

---

529 NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, t.V, vol. II, pág. 128.

En el año 1995 regía el texto del art. 67 del CP –texto según ley 25.188– cuyo cuarto párrafo disponía que “(l)a prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por secuela del juicio”; mientras que al momento de la sentencia había entrado en vigencia el nuevo texto legal introducido por ley 25.990. Ante la sucesión de leyes en el tiempo corresponde determinar cuál es la ley aplicable a tenor del art. 2 CP, porque sólo fijado el alcance de las leyes sucesivas podría decidirse si debe aplicarse la vigente al momento del hecho, o si es más favorable a la situación del imputado la ley que la sucedió.

El magistrado entendió que ello es imperioso aun cuando no se ha suscitado controversia entre las partes en torno a la ley aplicada en el caso –esto es, art. 67, cuarto párrafo, del CP, según ley 25.990–. En efecto, por imperio de su deber de sujeción a la ley, el Tribunal debe establecer la recta interpretación y alcance de cada ley sucesiva con independencia de las alegaciones de las partes, según lo sintetiza el principio *iura curia novit*.

En esa dirección, recordó que de acuerdo a la interpretación del alcance del concepto “secuela de juicio” que expuso por primera vez en esa Cámara en la causa Nro. 9166 de esta Sala, “Berazategui, José María y otro s/recurso de casación” (Reg. Nro. 13.063, rta. el 12/8/08) el curso de la prescripción admite “una única oportunidad de interrupción”, la que identifique con “el momento en que un órgano del Estado formula oficialmente cargos contra el imputado, notificándolo de los hechos de la imputación”.

El decreto por el que se dispuso citar a Rubens Torresi para comunicarle los hechos imputados y darle oportunidad de prestar declaración indagatoria, de 10 de febrero de 2004 (cfr. fs. 251/vta.), ha operado ese único efecto interruptor. De allí que, aplicando la ley vigente al momento de cometerse los hechos imputados, concluyó que, teniendo por cometido el hecho a más tardar el día 1º de diciembre de 1995, al momento de disponerse la citación a prestar declaración como imputado había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de la acción

penal de seis años, que surge de confrontar el art. 62, inc. 2, del CP con las penas del art. 265 del CP, según la calificación de los hechos, que no ha sido puesta en cuestión. Sentado ello, considero insustancial examinar cuál sería el resultado que arrojaría la consideración del punto bajo la ley posterior 25.990.

Por estas razones, el Dr. GARCÍA entendió que el recurso de casación debía ser rechazado, y la decisión recurrida confirmada.

Por su parte, el Dr. MITCHELL también acompañó la solución propiciada por sus colegas afirmando que el delito permanente es aquel en el que la consumación delictiva se extiende en el tiempo, aun cuando ya en la primera acción se hubiese consumado, puesto que hasta que no cesa la conducta reprochada “se sigue cometiendo”. Agregó que el delito de negociaciones incompatibles es un delito permanente, pero que aun para quienes lo contemplan como delito instantáneo de efectos permanentes, la solución no varía en el caso, puesto que de cualquier modo su consumación no puede extenderse más allá del apartamiento del encausado de la función pública. En efecto, señaló que la especie acriminada exige en el autor la calidad especial de funcionario público; por ello, como sostuvo el Dr. YACOBUCCI, la comisión del injusto cesa al perder el sujeto activo esa condición.

### **K) Autoría y participación criminal**

Habremos de referirnos ahora al precedente dictado por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, en los autos “Leonetti, Jorge Héctor y otros s/ sobreseimiento”, reg. n° 734, de fecha 7 de julio de 2011.

Antecedentes:



El magistrado instructor dispuso el sobreseimiento de los acusados, razón por la cual el fiscal interpuso el correspondiente recurso de apelación.

La causa se inició por denuncia de la ministra de defensa a raíz de presuntas irregularidades en dos contrataciones efectuadas en el ámbito de la Armada.

A raíz de ello se imputó a Jorge Héctor Leonetti, Rodolfo Brandl y Eduardo Héctor Trevisan, haber participado, junto con Jorge Alejandro Leonetti (Jefe del Departamento de Mantenimiento de la Armada Argentina e hijo de Jorge Héctor Leonetti), en la adjudicación irregular de dos contrataciones directas de la Armada Argentina de las que resultó adjudicataria la empresa “Nitrox”. Sociedad cuya titularidad la poseían: Jorge Héctor Leonetti (padre de Jorge Alejandro Leonetti), Brandl y Trevisan.

Con anterioridad esa misma Cámara de Apelaciones había confirmado el procesamiento de Jorge Alejandro Leonetti por considerarlo autor del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas –art. 265 del CP–. Y señaló la necesidad de profundizar la investigación a fin de determinar el grado de participación que podrían haber tenido Jorge Héctor Leonetti, Rodolfo Brandl y Eduardo Héctor Trevisan en el hecho investigado.

El juez de grado sobreseyó a los imputados por entender que las operaciones se habían desarrollado de conformidad con la normativa aplicable. Ello, sumado a que el delito de negociaciones incompatibles demanda en el tipo objetivo la calidad de “funcionario público” (art. 265 del Código Penal) y siendo que los imputados Jorge Héctor Leonetti, Rodolfo Brandl y Eduardo Héctor Trevisan no poseen tal condición, arribó a un pronunciamiento desvinculante respecto de ellos.

El Ministerio Público Fiscal apeló los sobreseimientos dispuestos, por considerar que si bien el artículo citado requiere ser funcionario público para que se configure el tipo mencionado, lo cierto es que les cabe a los nombrados el reproche de ser “partícipes necesarios” en la maniobra desplegada por Jorge Alejandro Leonetti.

Es interesante conocer los argumentos jurídicos que se expresan en los dos votos que integran este fallo, así veremos en primer lugar la opinión del Dr. FREILER, quien entiende que corresponde revocar el sobreseimiento dictado por el juez de grado y en consecuencia procesar a los acusados, mientras que posteriormente examinaremos las razones expresadas en el voto mayoritario suscripto por los Dres. FARAH y BALLESTERO quienes confirman la decisión desvinculante propuesta por el juez aquo.

Voto del Dr. FREILER:

El magistrado expresó en su voto (minoría) que en primer lugar, y con relación a la operatoria llevada a cabo –contrataciones directas, que a diferencia del procedimiento de licitación pública otorgan al funcionario habilitante una potestad casi exclusiva de selección, aclaración de las normas y desestimación de los participantes (en este caso en cabeza de Jorge Alejandro Leonetti) –, aparece frente a terceros como un sistema de selección más vulnerable, y como tal, debe ser amparado y compensado de forma estricta por las normas legales que rigen la materia y el acatamiento a ellas, tanto por parte del funcionario habilitante como también por los distintos oferentes. (Cfr. arts. 13, 41 y 42 de la Ley de Ética Pública 25.188 y el artículo 9 del Dec. 436/00 Régimen de Contrataciones del Estado y Ley de Defensa de la Competencia).

En segundo lugar, respecto al delito aplicable al caso, la figura penal descripta por el artículo 265 del Código Penal prevé como elemento típico la posibilidad de que el interés se canalice por interpósita persona. Esto significa, sin lugar a dudas, que el legislador ha admitido

la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnen la calidad especial de funcionario público; más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo. Respecto de los delitos que requieren en el autor un carácter especial –delitos especiales–, no existe en la actualidad mayor discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de imputar, en calidad de partícipe, a aquella persona que dolosamente coopera en el hecho de otro. Ello en la medida en que exista accesoriedad, aún cuando no se encuentren las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor (misma Sala, cn° 34.241 “Massholder, J.”, rta. el 8/4/03, reg. n° 250).

Con relación a dicho delito, se trata de “...avocar sobre el negocio (...) una pretensión de parte no administrativa, es decir, de actuar en la operación no sólo como funcionario, sino, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración...” 530.

Por su parte, el Dr. Marcelo A. SANCINETTI ha sostenido que: “...también serán punibles sólo como partícipes, desde luego, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque estén persiguiendo un interés definido, no reúnan la calidad especial de autoría” 531.

Al respecto aclara el magistrado que esa Alzada en los autos n° 38.401 “Alsogaray, Ma. Julia” rta. el 20/12/05, reg. n° 1489, expresó que: “la figura escogida en el auto de mérito para dar encuadre a la conducta de los funcionarios liquidadores, no ha de interpretarse en el sentido de restar importancia a la actuación de la contratista o privarla de aspecto delictivo. Por el contrario, es difícilmente explicable la actitud asumida por aquellos sin la correlativa

---

530 CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, tomo II, pág. 299.

531 SANCINETTI, Marcelo, “Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en *Doctrina Penal*, Año 9, n° 33/34, 1986, Ed. Depalma, pág. 84.

participación de quien en definitiva se benefició de la conducta” (cfr. causa n° 42.511 “Leonetti, Jorge A”, rta. el 21/4/09, reg. n° 324).

Sentado ello, el magistrado entiende que los acusados conocían la maniobra irregular llevada a cabo en la licitación en cuestión, máxime si ellos eran los propietarios de dicha compañía, cuyo socio mayoritario es el padre del funcionario público que los contrataba y quien, a la vez, debía conocer las incompatibilidades del caso, en la medida que también había sido empleado de la Armada Argentina.

Así, afirma que numerosos fueron los indicios que alertaban a los oferentes de su incompatibilidad, ello más allá de la normativa pre-existente que prohíbe este tipo de accionar (cfr. arts. 13 y 41 de la Ley de Ética Pública 25.188 y el artículo 9 del Dec. 436/00 Régimen de Contrataciones del Estado).

Y agregó que incluso otra empresa advirtió sobre la incompatibilidad de los oferentes correspondientes a la empresa cuestionada, oportunidad en la que denunció la relación familiar que existía entre el funcionario de la Armada y uno de los titulares de la firma que se presentó en la licitación.

Este escenario permite postular al juez FREILER que los acusados no sólo conocían la incompatibilidad, sino que precisamente ella fue el factor determinante para la presentación de la oferta.

Además, agrega el magistrado, que llama la atención la forma que los encausados resultaron ser adjudicatarios de otra contratación directa donde la empresa Nitrox fue nuevamente la beneficiaria, a pesar de no haber presentado el presupuesto mas bajo. Mientras que otra compañía fue dejada fuera por una nota del propio Jorge Alejandro Leonetti quien

asentó que dicho oferente se presentó fuera del horario, no obstante de la inexistencia de dicho requisito en el Pliego de Bases y Condiciones.

De esta manera, concluye el juez que la maniobra se habría conformado mediante la connivencia de acciones entre el autor directo y los aquí partícipes.

Por lo expuesto, el Dr. FREILER entiende que debe revocarse el decisorio puesto en crisis y disponerse los procesamientos de los acusados por considerarlos partícipes necesarios del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la funciones públicas.

Voto de los Dres. FARAH y BALLESTERO:

Dichos magistrados señalaron que bajo la óptica del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, es objeto de investigación en esta causa la conducta de Jorge Alejandro Leonetti, Jefe de Mantenimiento de la Armada Argentina, por haber intervenido en la contratación directa con la firma Nitrox (de la cual su padre, Jorge Héctor Leonetti, es socio juntamente con Rodolfo Brandl y Eduardo Héctor Trevisan) para la realización de una serie de actividades en edificios de la Armada.

Recordaron que en su oportunidad la Cámara confirmó el procesamiento de Jorge Alejandro Leonetti como autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 265 del Código Penal.

Explicaron que deben resolver ahora la situación procesal de los tres socios de la firma Nitrox, quienes con posterioridad a aquel decisorio fueron convocados a prestar declaración indagatoria como partícipes de ese delito.

Agregaron que si bien el Juez a quo sobreseyó a Leonetti -padre-, Brandl y Trevisan por considerar que no revestían la calidad de funcionario público requerida por el tipo penal previsto en el art. 265 del Código Penal, lo cierto es que esa condición no se exige para el

partícipe, en la medida en que el propio tipo penal prevé que la acción típica puede ser ejecutada por el funcionario a través de "... persona interpuesta o por acto simulado..." (ver, por ejemplo, la decisión de la Sala II de este Tribunal, adoptada respecto de Elba Sánchez en el marco de la c.nº 26.977 "Torresi, Rubens y otros s/ procesamiento", reg. nº 29.687, rta. el 31/03/09).

Sin embargo, explicaron los jueces que aún cuando por esa razón el fundamento brindado por el juez de primera instancia no resulta suficiente para desvincularlos, los agravios del fiscal apelante tampoco pueden ser a juicio de los magistrados atendidos para revocar el tenor de la decisión adoptada.

Para dilucidar la cuestión entendieron los magistrados que resulta necesario diferenciar al partícipe del funcionario, por un lado, de los beneficiarios de su conducta ilícita, por el otro, por cuanto el legislador, al redactar el tipo penal denominado como "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", a diferencia de otros supuestos (como los previstos en el Capítulo VI: "Cohecho y tráfico de influencias", del Título XI, Libro Segundo, del Código Penal), no previó castigo para los últimos.

Véase que la razón de ser de la protección legal es la necesidad de "...eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a su codicia personal, que puede verse favorecida por la calidad en que actúa en aquellos negocios jurídicos..."

Es por ello que "...la conducta punible es la de interesarse en el contrato u operación, o sea, la de hacer intervenir en ellos un interés propio y particular, situarse ante ellos no sólo

como funcionario sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración...” 532.

Desde el acento puesto en la “incompatibilidad” a que hace alusión el nombre adjudicado por la ley misma a esta conducta –que opera como guía de interpretación del tipo penal– y del modo en que fue redactada la norma a lo largo de todas sus reformas (ver al respecto el análisis realizado por Jorge E. BUOMPADRE 533 y Rodolfo MORENO (hijo) 534), se desprende a criterio de los jueces que lo que es objeto de sanción por el art. 265 del Código Penal es la conducta del funcionario que actúa como tal en un negocio u operación en la que concurre un interés particular que hubiera justificado su apartamiento, a punto tal que “...no es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la administración (...), es más, se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquélla...” 535, con lo que no exige la norma que la conducta cause un perjuicio patrimonial determinado.

Así vistas las cosas, entendieron los magistrados que el o los terceros co-contratantes con la administración pública no son en principio punibles cuando ninguna ingerencia indebida tuvieron para que el negocio se lleve a cabo.

En este caso, la intervención de los socios de la firma Nitrox no ha sido más que presentarse y concursar en dos licitaciones promovidas por la Armada Argentina, de las cuales resultaron contratados. De hecho otros oferentes que no resultaron contratados -el primero, por concurrir fuera de horario y, la segunda, por renunciar a la contratación-, y no impugnaron la

---

532 Vid. Carlos CREUS, *Derecho penal. Parte especial*”, t. 2, editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, páginas 308/309.

533 BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo n° 10, de D. BAIGÚN y E. R. ZAFFARONI, editorial Hammurabi, Bs. As., año 2011, págs. 777 a 780.

534 MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo VI, H. A. Tommasi editor, Bs. As., año 1923, págs. 243 a 249.

535 Vid. Carlos CREUS, obra citada, página 310.

operación, ni manifestaron algún tipo de irregularidad en la adjudicación de la mencionada firma. Al no haber realizado otra acción que pudiera hacer variar el procedimiento típico de adjudicación en ese ámbito, esa intervención no es posible encuadrarla dentro del grado de participación criminal requerido por el art. 45 del Código Penal.

Imputar a una persona, distinta del funcionario público, el hecho de haber intervenido como partícipe necesario en una conducta que es calificada a la luz del tipo penal previsto en el art. 265 del C.P.N., requiere que esa persona haya contribuido necesariamente en la desviación del interés público en provecho de un beneficio particular, del funcionario o de un tercero.

Si se analiza la ley de la que surge la redacción del tipo penal actual: ley 25.188 “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública” (el art. 35 es el que modifica el Código Penal y fija el actual art. 265), resulta evidente que lo que la norma penal intenta reprimir es, únicamente, al funcionario público que –por sí o por persona interpuesta– al intervenir en una maniobra en la que tenga un interés particular, desvíe el interés de la administración pública en beneficio propio o de un tercero. Una persona que tuviera una relación cercana a un funcionario -que intervenga en una operación de este tipo- y quisiera participar de la contratación, no incurriría en este delito ya que la norma apunta, como ya hemos dicho, al funcionario que debe apartarse para no desviar el interés de la administración y no lo hace (respecto de las causales de abstención, ver los arts. 2, incisos “g” e “i”, 13 y 14 de la ley mencionada).

En este sentido, señalan los jueces que Francesco CARRARA explicó que “En el abuso de funciones que no se manifiesta en una acción ya de por sí criminosa, todo el objeto jurídico del delito está en la violación de los deberes especiales que al funcionario le impone su cargo, y por lo tanto, en una relación exclusivamente personal entre la sociedad y el oficial público ... Yo creo que desde este punto de vista no repugna que el particular quede impune. En cambio,



sentiría repugnancia en castigar a un ciudadano particular como cómplice de una falta de funciones cometida por un empleado, cuando ésta no se manifieste precisamente en una acción que por sí misma sea criminosa y no degenerare en corrupción...” 536.

Coinciden con este espíritu las conclusiones de Ricardo NÚÑEZ al cabo de su dictamen sobre el proyecto de ley del Poder Ejecutivo, que entre otras cosas agravaba las penas para el delito de negociaciones incompatibles (ver el debate parlamentario de la Ley n° 16.648, en Cámara de Diputados, de fecha 2 de septiembre del año 1964). Allí decía que el objetivo era aumentar las defensas contra las conductas de los agentes de la administración pública lesionadoras de la soberanía popular, pues el Estado “no se defiende restringiendo irrazonablemente la libertad de los gobernados, sino mediante reglas que depuren el ejercicio de esta libertad y el de la función pública”.

Es por ello que dichos magistrados entiende que no puede calificarse la intervención de los tres socios de la firma Nitrox como parte integrante, y necesaria, de la acción típica de “interesarse”, llevada a cabo por quien revestía la calidad de funcionario público, confirmando en consecuencia los sobreseimientos que habían sido apelados (Cámara Nacional en lo Criminal y Corrección Federal de Capital Federal, “Leonetti, Jorge y otros s/ sobreseimiento).

---

536 CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal, Parte especial*, volumen V, n° 7, editorial Temis-Depalma, Buenos Aires, año 1977, pág. 79.



## **CAPÍTULO VI**

### **TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO**

#### **I. Antecedentes**

En el ordenamiento penal argentino el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público se encuentra previsto en el capítulo IX bis del título de los delitos contra la Administración Pública. Sin perjuicio de ello y a pesar de las múltiples iniciativas, su tipificación sufrió constantes postergaciones.

Entre los proyectos posteriores al Código penal argentino encontramos que únicamente el de 1937 guarda silencio respecto del tema en cuestión.

El Proyecto de 1941 impone pena de privación de libertad de uno a ocho años de prisión y, facultativamente, inhabilitación absoluta perpetua para el funcionario público que lucrare, para sí o para un tercero, mediante el ejercicio de su cargo o la influencia derivada del mismo (art.323). De seguido se sienta el principio de presunción de ilicitud de todo aumento

apreciable del patrimonio de un funcionario público, que no provenga de las causas que se enumeran taxativamente en seis incisos (art. 324) 537.

El Proyecto de 1960 agrupa en el artículo 346 dos supuestos de aceptación de dádivas, juntamente con las figuras que corresponden con los artículos 268 (1) y 268 (2) del Código. Así FONTÁN BALESTRA rescata la necesidad de estas normas y la redacción que se le da a la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario y que se fundamentan en que “la corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes” 538.

El Decreto-Ley 4778/63 agregó dos párrafos al por entonces artículo 259 del CP contemplando las figuras del enriquecimiento ilícito de funcionarios. El artículo 259 CP, según esta norma, expresaba: “ Será reprimido, el funcionario público que durante el desempeño o dentro de los tres años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio, producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad”.

Tal como señala acertadamente TERRAGNI, la Ley 16.648 de 1964 puso en vigencia el texto del Proyecto de 1960 ubicándolo como artículos 268(1) y (2) CP: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o por persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo

---

537 FONTÁN BALESTRA / LEDEZMA, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, tomo IV, Editorial La Ley, 2013, pag. 335.

538 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pág. 336.

o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimido con prisión de uno a cuatro años” 539.

NUÑEZ opinaba que “la codicia y el ánimo de lucro son fuente, en el país, de una profunda corrupción de la función pública(...) la situación creada exige un remedio inmediato (...) es preciso que la utilización o aprovechamiento lucrativo de la función pública se la comience a mirar o tratar como un delito grave, deshonrante y perjudicial” 540.

El Proyecto de modificación de 1979 (Comisión integrada por SOLER, CABRAL y AGUIRRE OBARRIO) tipifica en los tres incisos del artículo 359 las conductas de enriquecimiento ilícito, al que sitúa en el capítulo 2, denominado “Corrupción de funcionarios” del Título XVI dedicado a los delitos contra los deberes de la función pública.

La Ley 25.188 (1999)<sup>541</sup> mantuvo el artículo 268 (1) sin modificaciones, reformó de una manera no sustancial el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268 (2) e incorporó el art. 268 (3), que introdujo dos tipos penales: en primer término, la omisión maliciosa de presentar una declaración jurada patrimonial y, en segundo término, falseando u omitiendo datos en dichas declaraciones. Por último, la ley 25.188 le otorgó una nueva redacción al artículo 67 del Código Penal, mejorando la norma reemplazada estableciendo “la prescripción, (que) también se suspende en los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”.

---

539 TERRAGNI, Marco, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas de Cuyo, Argentina 2003, págs. 313/314.

540 NÚÑEZ, Ricardo, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo de 1969. Así también ver DONNA, ob. cit., pág. 412.

541 La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada en nuestro país por la ley 24.759, del 4 de diciembre de 1996, y su promulgación se dio el 13 de enero de 1997. Es dable hacer notar que Argentina cumplió con las obligaciones asumida a través de la ratificación de la ley 25.188 ( Ley de ética en la función pública), la ley mencionada recepta las directrices internacionales.

## II.- Delimitación legal

A criterio de D’ALESSIO, el delito de enriquecimiento ilícito quedará desplazado cuando el funcionario pueda ser responsabilizado penalmente por el o los delitos que generaron el enriquecimiento, así se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública o ajenos a ella<sup>542</sup>, pues las dos situaciones implican no haber justificado el incremento patrimonial (omisión) o haberse enriquecido de manera injustificada (comisión)<sup>543</sup>.

A su entender, esta relación de subsidiariedad es igualmente verificable para las dos formas de interpretar la figura. Si se sigue el criterio que lo considera un tipo omisivo, debe tenerse en cuenta que se ha entendido que la comisión del delito que produjo el incremento patrimonial implica, necesariamente, su no justificación<sup>544</sup>, mientras que, si se adhiere a la postura que señala que se trata de un tipo comisivo, se ha sostenido que el enriquecimiento es parte del *iter criminis* del delito que lo originó y constituye su faz de agotamiento<sup>545</sup>.

Sin embargo otra interpretación es posible. Teniendo en consideración el específico bien jurídico protegido por la norma (transparencia de la situación patrimonial del funcionario), como así también el carácter autónomo que parte de la doctrina asigna a este delito<sup>546</sup>, podría verificarse una hipótesis de *concurso real* –según aquellos que lo entienden

---

542 En este último caso, CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 425, señala que no existiría relación alguna entre el delito cometido y el de enriquecimiento ilícito, porque el incremento patrimonial debe considerarse justificado si se acredita que fue producto de algún delito ajeno al ejercicio de la función pública. Sin embargo, como se ha señalado, entendemos que justificar requiere que se acredite el origen lícito del enriquecimiento, por lo cual, a nuestro criterio, en este supuesto deberá considerarse consumado también el delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal.

543 D’ALESSIO, ob. cit., p. 873.

544 CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., pp. 425/426. Reiteramos que este autor limita dicha afirmación a los casos en que el enriquecimiento es producto de algún delito cometido en el ejercicio de la función pública, pues considera que no se comete el delito de enriquecimiento ilícito si se acredita que el incremento patrimonial tiene origen en un delito extraño a su cargo. No obstante, si se considera que no justifica el enriquecimiento quien lo atribuye a la comisión de un delito, ya sea vinculado o ajeno a la función pública, puede afirmarse igualmente que ello implica también su no justificación.

545 *Ibidem*. Cfr. D’ALESSIO, ob. cit., p. 873.

546 Cfr. MANFRONI, *La Convención Interamericana contra la corrupción*, ob. cit., p. 142. Asimismo, ABANTO VÁSQUEZ, “El tratamiento penal de los delitos contra la Administración pública”, *Revista de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, págs. 22 y en “los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano” Lima, Palestra, 1ª edición, 2001, considera que en la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar acriticamente la existencia del tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, e

como un delito de omisión— entre (a) el delito concreto en virtud del cual se originó el incremento patrimonial y (b) su falta de justificación.

Por otra parte, para quienes consideran que esta norma representa un delito de acción, nos encontraremos ante un supuesto de *concurso ideal*, el cual se comprobaría al coincidir la conducta constitutiva del delito originario, con aquella que configura el accionar de enriquecerse ilícitamente.

Finalmente, debemos decir que conjuntamente con la figura descrita en el artículo 268 (2) del Código Penal, norma que recepta el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, existen otras figuras delictivas que constituyen directamente actos de corrupción, por ejemplo, el artículo 268 -1- del Código Penal. En la misma se describe el delito de utilización, por parte de un funcionario público, y con fines de lucro, de informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo y la normada en el artículo 268 (3) que completa la tríada del artículo la omisión de presentar declaración jurada patrimonial por parte del funcionario público.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que diversas conductas irregulares desplegadas por agentes del Estado pueden ser al mismo tiempo subsumidas en el concepto de corrupción y en diferentes tipos penales que indudablemente resultan más amplios, ya que también pueden ser consumados por aquellos individuos que no revisten la calidad especial de funcionarios. Sólo por nombrar alguna de las figuras más relevantes, cabe señalar el caso de la defraudación en perjuicio de alguna administración pública, legislada en el artículo 174 inciso 5° del código de fondo, donde se prevé una pena de dos a seis años de prisión (e inhabilitación especial perpetua en caso de que el autor fuese funcionario público) a quien cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública. Dicha figura constituye una norma tendiente a proteger en forma directa el patrimonio de la administración pública.

En este marco de análisis referido a la calificación legal de las conductas corruptas, o mejor dicho a la relación existente entre el fenómeno de la corrupción y las normas penales, es preciso destacar —tal como veremos en el Capítulo IV al momento de describir las

---

incluso algunos instrumentos internacionales (La Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta que el injusto penal está basado en la “no-justificación” de un “incremento patrimonial” (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del derecho penal. Así también lo manifiesta el Profesor peruano, quien considera que este tipo penal tiene todas las características de un “delito de sospecha”. *Vid.* ABANTO VAZQUEZ, ob cit., pág. 20.

consecuencias que acarrea esta problemática– que la comisión de determinados actos de corrupción muchas veces interpretados como menores (como es el caso de un incumplimiento funcional respecto de una tarea específica de inspección, motivado por lo general en una contraprestación dineraria) pueden derivar en situaciones que acarrear extraordinarios efectos negativos.

Diversos son los ejemplos y circunstancias que pueden ser tenidos en cuenta, fundamentalmente, en materias relacionadas con la producción de alimentos, suministro de insumos relacionados con la salud (medicamentos), utilización de materiales para la construcción (calidad de los mismos), funcionamiento y desarrollo de actividades en espacios públicos (lugares bailables), actividades que conllevan de manera natural un riesgo superior (aeronavegación, circulación automotor, producción y suministro de energía), etcétera. Toda conducta irregular o desviada que permita sortear controles e inspecciones destinados a comprobar el correcto y adecuado funcionamiento de aquellos requisitos imprescindibles para el desarrollo seguro y confiable de cualquiera de las actividades señaladas, es interpretado generalmente como un accionar inocuo e insustancial, cuando la realidad es que puede constituir un factor co-adyuvante al desenlace de un hecho capaz de acarrear impensadas consecuencias . De allí la importancia que asume el ejercicio de la actividad de control estatal, y por ello el hincapié que corresponde efectuar en punto a la prevención y sanción de aquellas conductas irregulares generadas en el seno de la administración pública.

### **III.- ¿Qué enriquecimiento es relevante?**

El caso de enriquecimiento ilícito tiene varios problemas de interpretación, pues nos encontramos frente a una figura que no puede considerarse perfecta, aunque esté ampliamente legitimada por el colectivo social. Se trata de una figura imperfecta, ya que lo que se describe es una situación económica más que una conducta específica, y esta situación requerirá una valoración jurisdiccional que en algunos casos puede ser utilizada para presiones políticas.

De todas formas su existencia tiene asidero, toda vez que los funcionarios de los que se sospecha se han enriquecido ilícitamente, deben tener una figura que permita una



investigación penal en caso de no poder hacerlo con las figuras previstas como delitos de corrupción.

En la gran mayoría de los cuerpos normativos esta figura ha sido solo incluida mediante convenciones o estatutos, pero no todos los países, en especial los europeos, han aceptado su introducción como un tipo de carácter subsidiario, pues consideran que un delito de naturaleza autónoma en este caso implicaría una incoherencia con los delitos de corrupción.

Este delito puede considerarse nuevo, ya que su inclusión dentro de las discusiones doctrinarias no es tan lejana, recién a mediados del siglo XX se comenzó a discutir su naturaleza en Argentina y fue incluido dentro de la normativa en el año 1963 con el decreto ley 4778 para posteriormente en 1964 derogarlo con la ley 16.648 para dar vigencia a la fórmula actual de este tipo penal.

En Colombia esta figura penal se incluyó en 1974 y se constituyó teniendo como base que se presumirá ilícito el incremento patrimonial que no pueda justificarse, durante el ejercicio de la función pública, hasta dos años después de su alejamiento. Asimismo se tendrá en cuenta también que dicho incremento se haya generado en virtud del cargo que ocupa el sujeto. Por último el aumento patrimonial será para sí o un tercero y el hecho no deberá constituir otro delito.

Es necesario dejar bien en claro que este tipo delictual es subsidiario de los restantes delitos que pudiera cometer un funcionario en cumplimiento de su función.

El concepto de enriquecimiento no ha sido unánime ni pacífico en sus interpretaciones, pues en muchas legislaciones latinoamericanas no ha quedado claramente expuesto qué debe entenderse por éste.

En 1996 la Convención Interamericana dio como parámetro que este incremento debía ser significativo y excesivo respecto de los ingresos que el sujeto posee por el ejercicio de su función y que además dicho incremento no pueda justificarse.

Este enriquecimiento podrá ser parte de un proceso o súbito. Se considerará enriquecimiento no sólo la acumulación de bienes sino que también el mismo incluirá la cancelación de deudas de manera injustificada con los ingresos del funcionario, (esto puede observarse en las legislaciones de Argentina y Puerto Rico).

Otro aspecto tenido en cuenta por las legislaciones es la cuestión del tiempo. Así en el caso de Argentina, Puerto Rico y Colombia se incluye un lapso temporal como límite para investigar posibles enriquecimientos que hayan sido consecuencia de la función ejercida.

En lo atinente al enriquecimiento en sí, hay tres vertientes que difieren en el contenido material que se tendrá en cuenta.

Por un lado, está la tesis económica, que propone que el enriquecimiento será tal, en caso de ser significativo. Esto dejará casos en una nebulosa de atipicidad, pues el incremento patrimonial podrá ser escueto y dejar de ser significativo. El principio de oportunidad a aplicarse en virtud de esta corriente resulta en cierta medida racional, pero reiteramos, una porción de posibles enriquecimientos será atípica.

Opuesta a esta tesis se encuentra la vertiente normativa, que considera enriquecimiento todo incremento injustificado.

Por último, la corriente mixta postula un intermedio entre las previamente citadas, siendo más atractiva para resolver qué hechos serán pasibles de ser considerados como enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito conforma, pues, una conducta disvaliosa que implica un aprovechamiento del cargo que se ostenta generando un aumento de patrimonio que no puede justificarse como propio del cargo que se ejerce y la remuneración que se obtiene por ello.

A mayor abundamiento, al referirse al enriquecimiento ilícito relevante, lo que no se debe poder justificar, conforme bien expresa CREUS, es un enriquecimiento patrimonial apreciable, posterior a la asunción del cargo. El enriquecimiento debe entenderse como un incremento patrimonial que debe consistir tanto en un aumento del activo, como una disminución del pasivo 547.

Resulta apreciable cuando resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no se encuentra de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el desempeño de la función o en el

---

547 CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Astrea, Argentina, 1981, pág. 420; también en *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., tomo 2, Editorial Astrea, 1998.

período ulterior al cese en la misma hasta que se produce el requerimiento. Un enriquecimiento que no asume esa categoría no dará lugar a la aplicación del tipo 548.

Resulta interesante la opinión de NÚÑEZ que comparto, en cuanto a que el enriquecimiento patrimonial resulta apreciable cuando el mismo resulta ser un acrecentamiento del activo patrimonial o una disminución del pasivo patrimonial que, en razón de la capacidad económica de la persona en el momento de asumir el cargo o empleo público y de sus posibilidades económicas posteriores, exige una justificación particular 549.

Cabe aclarar para concluir que el enriquecimiento apreciable en el patrimonio del sujeto activo, puede ser directamente del funcionario mismo o indirectamente de él a través de un personero para disimularlo (persona interpuesta), y debe ser posterior a la asunción de un cargo o de un empleo público, debiendo también, carecer de justificación en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o del empleo público de que se trate.

#### **IV. Tipo delictivo**

##### **A) Bien jurídico protegido**

##### **1. Introducción**

Si bien nuestro objetivo se limita al análisis de un grupo concreto de delitos incluidos en la parte especial del código de fondo, no resulta posible soslayar determinados elementos que aun cuando constituyen terreno de lo que se ha dado en llamar “fundamentos del Derecho penal”, deviene importante considerar ahora por cuanto derraman sus efectos a lo largo de todo el recorrido de la ciencia penal, tal como es el caso de la temática relacionadas con el bien jurídico.

---

548 CREUS, ob. cit., pág. 420.  
549 NUÑEZ, ob. cit., pág. 144.

El concepto e influencia del bien jurídico configura un extremo que en las últimas décadas ha sido objeto de permanentes críticas, lo cual evidencia la necesidad de describir algunos aspectos esenciales que nos permitan caracterizar la evolución de su problemática y el estado actual de la discusión.

Tomando un concepto tradicional para definir aquel interés que se identifica como bien jurídico, y hemos de hacerlo en los términos propuestos por POLAINO NAVARRETE<sup>550</sup>, cuyo contenido se encuentra descrito en el punto anterior y, fundamentalmente, a partir del análisis que realizaremos a continuación.

## **2. Desarrollo de las diferentes posturas**

A fin de abordar adecuadamente la presente cuestión, es necesario organizar en tres grupos las posiciones que intentan definir la función que persigue el derecho penal y, en relación con ello, la determinación y el contenido de los bienes jurídicos. Dichas funciones pueden ser clasificadas en tres grupos: (i) protección de bienes jurídicos; (ii) protección de valores ético-sociales de acción y (iii) estabilización de expectativas normativas.

### **a) Protección de bienes jurídicos. Postura tradicional y mayoritaria**

El derecho penal moderno se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con esta postura, la cual por cierto es dominante en la doctrina actual, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad en particular. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo en bienes jurídicos.

---

<sup>550</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1974, p. 270. Posteriormente dicho autor lo ha definido como todo “bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal que corresponde imponer al comportamiento lesivo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica” (Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, t. II, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 603 y 604).

De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales que la Constitución Nacional acuerda al Estado. Dentro de esta postura tradicional podemos citar también a autores como JESCHECK<sup>551</sup> quien afirma que el derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública. Por supuesto, tales bienes vitales básicos son la vida, la libertad, la propiedad, etc. Y a través de la asunción de estos valores por el ámbito de protección del ordenamiento jurídico, aquellos se convierten en bienes jurídicos.

Asimismo, aclara dicho autor que el acento en la protección de bienes jurídicos como misión preferente del Derecho penal es una característica de la concepción liberal del Estado. Detrás de ello está el convencimiento de que la cualidad interna de la acción humana no puede ser sometida al enjuiciamiento del Derecho penal, pues únicamente pueden ser reconocidas las manifestaciones externas de la conciencia.

También HASSEMER defiende la idea de protección de bienes jurídicos como instrumento de limitación de la intervención jurídico-penal, así el mismo que la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con un bien jurídico constituiría sencillamente “terror estatal”, agregando que la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido. Dicho autor ha identificado un elemento particular como es el “concepto crítico de bien jurídico”, circunstancia que luego profundizaremos<sup>552</sup>.

Resulta ineludible ahora referirnos al diseño de la teoría de los bienes jurídicos expuesto por ROXIN<sup>553</sup> a lo largo de su extensa producción, refiriéndonos en este caso puntual a un trabajo en donde expresa claramente su punto de vista respecto de esta cuestión en particular, configurando el mismo una de las defensas más importantes del concepto de bien jurídico.

---

<sup>551</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción española de la 5ª edición, Comares, Granada, 2002, págs. 7 a 9.

<sup>552</sup> HASSEMER, “Fundamentos del Derecho penal”, Valencia, 1989.

<sup>553</sup> ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, publicado en *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 117 a 140.

Dicho autor parte de la idea de que la penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador, de allí que la teoría del bien jurídico establece una delimitación del poder de intervención penal. Sin embargo, acepta que la premisa según la cual el fin de toda amenaza penal debe ser la prevención de lesiones de bienes jurídicos es objeto de numerosas críticas.

Para entender su tesis es preciso señalar que el punto de partida de su construcción es que los límites de las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del derecho penal. Todo lo que vaya más allá de ésta no puede ser objeto del derecho penal. El derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos.

A partir de los presupuestos establecidos por la concepción ideal del contrato social, ROXIN entiende que en un Estado democrático de Derecho las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respecto de todos los derechos humanos. Por lo tanto, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de una manera más suave (por ello afirma que el derecho penal protege los bienes jurídicos de forma secundaria), el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (protección de la vida, libertad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (administración de justicia eficaz, sistema monetario adecuado, etc.).

Y entonces denomina “bienes jurídicos” a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Definiéndolos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.

El concepto personal de bien jurídico es la adecuada forma de expresión del Estado liberal de Derecho del que parte la argumentación del autor alemán. Asimismo, en la medida en que persigue mostrar al legislador los límites de la punición legítima, el concepto de bien jurídico expuesto es además un concepto “crítico con la legislación”.

Si bien excede el objetivo de este trabajo, en el artículo examinado ROXIN enumera una serie de circunstancias en virtud de las cuales a su criterio se logra comprobar la limitación que el concepto liberal y personal de bien jurídico impone al legislador. Y que, además, dicho principio de protección de bienes jurídicos cumple sobre todo una función de directriz político-criminal del legislador, como arsenal de instrucciones para la elaboración de un Derecho penal propio del Estado de Derecho democrático liberal<sup>554</sup>.

b) Protección de valores éticos sociales

Otro punto de vista, desarrollado en este caso por WELZEL, sostiene que la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales. En su limitación a los deberes elementales se afirma que el Derecho penal cumple una significativa función, configuradora de las costumbres<sup>555</sup>.

Por su parte, la crítica advierte que el giro sugerido por WELZEL es consecuencia de una concepción del Derecho penal que puede ofrecer reparos en el marco de una Constitución que garantiza el pluralismo y la libertad ideológica y religiosa, así como el libre desarrollo de la personalidad <sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup> Si bien mayoritaria, la postura de ROXIN no es unánime; quienes la critican entienden que restringir el Derecho penal a las lesiones de bienes jurídicos constituye una posición imposible o incorrecta. Así, HIRSCH estima que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador “no existe”, y que el concepto de bien jurídico no ofrece un enfoque apto para la limitación inmanente del Derecho penal. Por su parte, STRATENWERTH luego de remitirse a las múltiples y diversas definiciones de bien jurídico existentes en la literatura concluye que conseguir una completa definición material de bien jurídico es imposible. Asimismo, entiende que la razón por la que se crea un tipo no es la protección de bienes jurídicos, sino lo indeseable de la conducta. De allí que advierte que debería reconocerse que lo decisivo a la hora de querer mantener una norma o, en sentido contrario, de no querer en absoluto que se dé una conducta, es la posición de la sociedad reconocida por el legislador. También debemos agregar en este grupo a JAKOBS, cuya postura será analizada posteriormente.

<sup>555</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 1987, págs. 11/17.

<sup>556</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 44.

c) Estabilización de expectativas normativas

Finalmente, JAKOBS postula que el Derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino la confirmación de la vigencia de la norma. El hecho delictivo configura una desautorización de la norma por parte del autor, y la pena significaría que la pretensión del autor no es válida y que la norma continúa en vigor y sin cambio. Por ello afirma que, desde esta perspectiva, la ejecución de la pena supone siempre el cumplimiento de su fin –confirma la vigencia de la norma–, y a través de ella se confirma la constitución de la sociedad.

Advierte ROXIN que se trata de una teoría de la sociedad cuyo parecido con la teoría de la pena de HEGEL (la pena como “negación de la negación del Derecho”) es evidente. Y la rechaza al sostener que el sistema social no debe ser conservado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad. Y, aunque ello no fuera así, el Estado no se podría conservar mediante imputaciones de sentido, sino por la eficacia real de sus medidas de dirección de conductas, entre las que se encuentran la amenaza y la ejecución de la pena. Además agrega que la norma no puede pretender únicamente la obediencia por parte de los ciudadanos, sino que siempre tiene que dirigirse a la obtención de una acción o una omisión, esto es, a la producción de un determinado estado de cosas. Por ello, en un Estado de Derecho democrático, este estado de cosas sólo puede consistir en la convivencia pacífica, libre y respetuosa de los derechos humanos de los distintos miembros de la sociedad 557.

Para JAKOBS, la función del Derecho penal no es la consolidación de un estado de cosas, sino la configuración de la identidad de una sociedad; lo decisivo son las reglas que establecen esta identidad, y no los bienes o situaciones. De allí que a su criterio el Derecho penal tiene la misión de garantizar normas. Mientras que las normas, por su parte, autorizan la lesión de bienes y la modificación de situaciones cuando ello es necesario para el desarrollo de la sociedad: se autoriza a producir ciertos peligros con el tráfico automotor y la concreción de estos peligros en daños no se imputa al autor que se mantuvo dentro del límite

---

557 ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, ob. cit., págs. 138 y 139.



del riesgo permitido. Asimismo entiende a la sociedad como la construcción de un nexo comunicativo, que, en todo caso, siempre puede ser configurado de una manera diferente a como se lo ha configurado concretamente, de lo contrario no sería una construcción. Dado que se trata de la configuración y no de la consolidación de un estado de cosas, la identidad de la sociedad se determina por las reglas que la configuran, es decir, por las normas y no por los estados de cosas o los bienes 558.

En conclusión, las normas son precisamente el objeto de protección de las normas penales, ello tiene que ver con el objetivo que persigue la sanción penal según JAKOBS, al señalar que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. En otras palabras, el contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma 559.

Teniendo en consideración la relevancia que asume el desarrollo de este tema, y fundamentalmente la influencia que su determinación conlleva frente a la interpretación del resto de los aspectos que se relacionan con la aplicación de la ley penal, entendemos que es importante profundizar el punto de vista propuesto por los autores que comulgan con esta postura.

A tal fin resulta conveniente exponer la posición que asume SANCINETTI, quien afirma que la interpretación aquí expuesta permite obtener mejores resultados que, por ejemplo, la teoría tradicional del bien jurídico.

Este autor parte de la constatación de que quien quiera asignarle al Derecho penal una función de protección en el sentido físico (“de carne y hueso”) esperará de él más de lo que puede dar. La pena sólo “protege” en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad.

El quebrantamiento de una norma advierte a todos que la expectativa de la conducta debida que encierra la norma está en discusión. La pena demuestra que, para la sociedad, en cambio, todo aquel que se atenga a la norma está en lo correcto; quien la quebrante, en lo

---

558 Cfr. BACIGALUPO, ob. cit., p. 45.

559 JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 14. Advierte la doctrina acerca de los riesgos que genera este punto de vista, básicamente en lo relacionado con los límites hasta los que el Derecho penal se extiende para sancionar acciones que pueden generar un peligro de infracción de normas que protegen ciertos intereses importantes: dentro de ese marco se analizan situaciones relacionadas con el adelanto de la protección de las normas, la restricción de la libertad y de la privacidad, como así también el alcance otorgado a los delitos de peligro abstracto (cfr. BACIGALUPO, ob. cit., p. 46).

erróneo. Se trata, pues, de un intercambio de mensaje y respuesta. El autor del hecho punible pronuncia el principio: “la norma que quebranto no rige para mí”; la sociedad le responde que sí rige, constata la norma como existente ; y se lo demuestra a todos, también al autor, a su costa.

El autor de una violación, p. ej., expresa que no se siente vinculado por la prohibición de forzar a una mujer a tener con él una relación sexual; que para él es preferible el sometimiento sexual de esa mujer, al acatamiento del derecho. Con la pena, la sociedad proclama que a ella sí le resulta importante la libertad sexual de cada uno, y que, por eso, le indica a todos, a costa del infractor, que ella sigue confiando en el carácter determinante del respeto a la libertad sexual de cada uno; que para la sociedad, en suma, esa es la pauta correcta. Si la sociedad no reaccionara con un comunicado de signo contrario al del hecho del autor, el quebrantamiento de la norma se transformaría en pauta consentida, en forma posible de comportarse y se perdería, pues, la confianza de la generalidad en la norma como modelo de orientación del contacto social.

El Derecho penal, por tanto, sólo nos deja seguir confiando en que las normas fundamentales son parámetro del comportamiento debido.

Aclara SANCINETTI que cuando se dice que la pena es un símbolo, no se quiere decir que el hecho sea conminado y sancionado con algo diferente a una pena efectiva, real, como si se fingiera una penal, como si el condenado no sufriera realmente un mal. Sólo se quiere decir que la reacción contra el quebrantamiento de la norma es en sí mismo un fin, pues expresa, a través de significados –en este sentido, “símbolos” –, que la norma sigue vigente 560.

d) Posición de ZAFFARONI

Hemos dejado para el final el análisis de la postura asumida por ZAFFARONI, y ello así por ser precisamente uno de los representates más relevantes de la doctrina nacional y,

---

560 SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de Derecho penal, Parte general*, t. 1, 3ª edición reelaborada y ampliada, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 47 a 50.

además, a fin de actualizar la postura de este autor de acuerdo a la evolución que su posición ha exhibido en los últimos años.

En la edición original entendimos que era importante describir las funciones que la doctrina asigna al bien jurídico como elemento esencial de la teoría del tipo, circunstancia que ha sido expuesta claramente por ZAFFARONI.

Deviene imprescindible ahora profundizar esta cuestión, y para ello habremos de señalar que en las primeras ediciones de su ya clásico manual, ZAFFARONI entendía que existen ciertos entes que interesan al legislador y que por lo tanto expresa ese interés en una norma jurídica, ello los convierte en bienes jurídicos; es así que cuando el legislador quiere tutelar esa norma penando su violación con una sanción –en este caso penal–, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados.

Este autor define el concepto de bien jurídico de una manera particular, ya que lo entiende como la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan. Y así explica que los bienes jurídicos no son propiamente el honor, la propiedad, etc., sino el derecho a disponer del honor o de los propios derechos patrimoniales. Por lo tanto concluye que los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos. Cuando una conducta nos impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal.

Finalmente, ya hemos expresado que son dos básicamente las funciones que ZAFFARONI identifica respecto del bien jurídico, identificándolas como función garantizadora y función teleológica sistemática.

Ahora bien, la innegable evolución experimentada por la Ciencia penal motivó que dicho autor modifique o adapte algunas conclusiones de su teoría, circunstancia que puede ser verificada en la última edición de su manual<sup>561</sup>. Así puede observarse que, si bien mantiene en lo esencial la estructura expuesta, se opone al concepto de bien jurídico tutelado, y profundiza la función garantizadora del bien jurídico, analizándola como base del principio de lesividad.

---

<sup>561</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, págs. 109 y sig. y 369 y sig.

Señala que el primer párrafo del art. 19 CN consagra la limitación a la injerencia del poder, al declarar que las acciones que no lesionan a nadie están fuera de toda injerencia estatal. El principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal con el concepto de bien jurídico: mientras no hay lesión a un bien jurídico –sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto– no hay delito.

Sin embargo –y aquí se observa la posición crítica del autor– advierte que dicho concepto fue manipulado, al sostenerse que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico, y con este razonamiento se pasó del bien jurídico lesionado al bien jurídico tutelado.

El problema radica en que de allí se dedujo que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debería haber una ley penal para tutelarlos, y como vivimos en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas.

Dicho autor insiste en un principio básico, y es que el Estado argentino no puede entrometerse en la vida de nadie si no media un conflicto, ello en función del principio republicano de gobierno (art. 1º CN) y del principio de lesividad (art. 19 CN). Se trata de una barrera infranqueable al poder del Estado en general, y al poder punitivo en particular 562.

Respecto del concepto de bien jurídico, ZAFFARONI mantiene su posición señalando que el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto, ello tal cual lo describimos precedentemente<sup>563</sup>. Asimismo, expresa que en la actualidad los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: por lo tanto, la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc., son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo alguno con ello los protege o tutela.

---

562 El art. 19 CN exige acciones que perjudiquen, lo que está demandando la definición de un criterio de imputación racional, que nunca puede ser la mera causación de un perjuicio. Esta premisa constitucional se traduce, en el ámbito jurídico penal, en la exigencia de: (a) la lesión a un bien jurídico (b) que sea imputable como obra propia del un agente.

(a) La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro cierto) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea que su afectación está prohibida por la norma.

(b) La imputación se verifica con la comprobación de que el agente, si fue autor, tuvo la dominabilidad del hecho y, si fue partícipe, hizo un aporte causal no banal ni inocuo.

563 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal*, ob. cit., págs. 373 y 374.

Aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos seguirían siendo tales. El concepto de bien jurídico tutelado por el poder punitivo es falso<sup>564</sup>.

Desde luego, lo expuesto constituye una afirmación relevante, y demuestra la modificación del pensamiento o de la postura expresados anteriormente por el autor (nos referimos a la edición anterior de su manual); entendemos que dicha construcción persigue el objetivo de afirmar enérgica y claramente su disconformidad respecto de aquellas ideas que pretenden hallar soluciones a partir de la creación de nuevos e ilimitados tipos penales.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, el concepto de bien jurídico con sentido limitativo y liberal, emerge de la CN (art. 19), para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado (atención que no hablamos de penalmente tutelado). Luego se lo pervirtió, transformando la exigencia de bien jurídico lesionado en jurídico-penalmente tutelado, lo que invierte el planteo: el limitativo dice donde hay delito debe haber una lesión, el legitimante de bien tutelado tiende a decir donde hay una lesión debe haber un delito, de este modo se abre el camino para una criminalización ilimitada, legitimándose de esa manera la reproducción de los tipos penales. Se trata en definitiva de la construcción de una crítica al proceso inflacionario experimentado por el derecho penal, e identificada por algunos autores como la expansión del Derecho penal.

Sin perjuicio de la postura que hemos descripto, ZAFFARONI reafirma la necesidad de contar con el concepto de bien jurídico, pero en sentido limitante, es decir, como bien jurídico lesionado, y ello a fin de dar operatividad al principio de lesividad u ofensividad. Interpretado de esa manera, el concepto de bien jurídico sirve y resulta útil como instrumento de contención para el juez.

Por ello afirma que el bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición: de lo contrario, “se prohíbe porque se prohíbe”. Cuando se pretende su supresión, en realidad se oculta otro bien jurídico y otro titular: o es el Estado, la voluntad general o la mera vigencia de las normas, es decir que en realidad, nunca se suprime el bien jurídico, sino que se reducen todos los bienes jurídicos a uno, que es el poder.

---

<sup>564</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal*, ob. cit., p. 372.

Aquí se encuentra la crítica central efectuada por ZAFFARONI, y en realidad el problema radica en que, por ejemplo, autores enrolados en el funcionalismo sistémico como JAKOBS postulan –tal cual hemos visto anteriormente– que la misión del derecho penal es garantizar normas.

Más allá de compartir los argumentos expuestos por aquellos autores que construyen y defienden la teoría de los bienes jurídicos, y de los cuales encontramos la versión más acabada en POLAINO NAVARRETE, ROXIN y ZAFFARONI, circunstancia que ya habíamos sostenido en la versión anterior de esta obra, lo cierto es que el desarrollo y evolución de la ciencia hizo que nos viéramos obligados a describir de la manera más clara posible el estado actual de la discusión respecto de este tema, intentando exponer las características particulares de cada una de las construcciones dogmáticas, destacando que dichos autores intentan garantizar de la mejor manera posible los derechos elementales de los ciudadanos, piedra fundamental sobre la cual se erigen dichas posiciones y que constituyen el punto de partida para todo desarrollo jurídico posterior, de allí que decidiéramos tratar aquí este tema como visor desde el cual se examinará y reflexionará sobre todas las cuestiones que estudiaremos a continuación.

En lo que respecta a este tipo penal, el bien jurídico que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el normal desempeño de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de las funciones y servicios públicos que desempeñan. La fuerza rectora del tipo en cuestión estriba, por tanto, en conminar al funcionario a cumplir éticamente su función, sin aprovecharse de su cargo para enriquecerse. Como bien expresa CREUS, la norma que contiene el artículo 265 del Código sustantivo en su primer párrafo “tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la Administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a la codicia personal, que puede verse favorecida por la calidad en que actúa en aquellos negocios jurídicos”.

En el mismo sentido se pronuncia DONNA, para quien lo deseable es que los sujetos que se encuentran a cargo de la función pública actúen con transparencia, honestidad e

imparcialidad en los contratos u operaciones en que intervengan por el ejercicio de la función pública que desempeñan 565.

CARTOLANO es claro en cuanto a que el bien jurídico tutelado por este grupo de delitos pertenece a la categoría de bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social. Más precisamente, se trata de un bien jurídico "institucional" (conforme la clasificación ideada por BUSTOS RAMÍREZ), puesto que alude a una de las instituciones básicas del sistema, que tiene a su cargo un conjunto de prestaciones indispensables para la vida organizada 566.

Por otra parte, SOLER manifiesta que el objeto que se intenta tutelar con la figura del artículo 265 resulta ser el "interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de 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" 567.

La norma analizada y su bien jurídico coinciden con lo previsto por el artículo 323 del Código Penal italiano, que protege el correcto desempeño y fundamentalmente la imparcialidad de los funcionarios públicos en lo que hace a la toma de decisiones en relación a la función pública que desempeñan.

Se exige, coincidiendo con CREUS, que los funcionarios públicos que se desempeñan en la Administración Pública lo hagan con imparcialidad, de manera prístina, transparente y que se prescinda por parte del funcionario de todo otro interés que no sea el de la Administración 568.

Así la jurisprudencia ha considerado que el "bien jurídico tutelado por la figura del artículo 268 (2) del Código Penal no es meramente patrimonial ni la disciplina administrativa, sino también el que resulta del artículo 36 de la CN incorporado por la reforma de 1994, conforme el cual "atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento". En sentido similar, fue suscripta la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759, BO: 17-1-97) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

---

565 DONNA, Edgardo A., *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 23 y sig.

566 CARTOLANO, Vicente, "Aspectos fundamentales del delito de enriquecimiento ilícito", *Suplemento Penal La Ley*, Febrero de 2011.

567 SOLER, ob. cit., págs. 247 y sig.

568 CREUS, ob. cit., págs. 420 y sig.

(aprobada por ley 26.097, BO: 9-6-2006). En consecuencia, y más allá de la fecha de entrada en vigencia de estas normas, aportan un valioso elemento de juicio para expedirse acerca de la compatibilidad del mencionado tipo penal con las garantías aseguradas en la Constitución y los Pactos, indicando que dicha figura supera la prueba del control de convencionalidad por el cual deben velar los tribunales.

No puede prosperar el planteo de la defensa que sostiene que no habría término alguno para efectuar al funcionario el requerimiento de justificación patrimonial de manera que la consumación del ilícito previsto en el artículo 268 (2) del CP podría diferirse arbitrariamente sine die y, con ella, el inicio de la prescripción. Sin embargo, dado que el referido tipo penal no fija la oportunidad para realizar el emplazamiento y que esa circunstancia podría afectar derechos consagrados en los Pactos internacionales, el reclamo de la defensa pudo ser canalizado –por ejemplo– proponiendo un criterio que, con base en tales documentos, suministre una pauta de interpretación que limite temporalmente la facultad estatal de hacer la intimación” 569.

Por su parte, NÚÑEZ estima que en este capítulo se resguarda “por un lado, la finalidad 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”. También aclara el autor: “En ambos casos lo punible no es el acto del fraude patrimonial o su intento, sino, en sí mismo por lo peligroso que implica, el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública o al del particular en cuyo interés obra”, así es que el autor puede ser el funcionario público o una de las personas asimiladas” 570.

Por último, consideramos que el punto se encuentra acertado lo expresado por DONNA, citando a MOLINARIO<sup>571</sup>, sostiene que el bien jurídico “Administración Pública” se encuentra vulnerado o lesionado por el doble papel del funcionario público, puesto que lo que se protege es la insospechabilidad del funcionario que actúa en razón de su cargo. Oportuna también la observación que hace en cuanto a que el tipo penal analizado ahora no

---

569 Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 26-10-2011, "N., M. s/Enriquecimiento ilícito", P 89715 S, Hitters (voto de la mayoría), Negri, Soria, Kogan, Domínguez, Mancini, Piombo.

570 NÚÑEZ, ob. cit., págs. 128 y sig.

571 DONNA, ob. cit., págs. 23 y sig., citando a MOLINARIO, Alfredo / AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, Editorial TEA, Buenos Aires, 1999, parágr. 184.



resulta compatible ni con el cohecho ni con la defraudación pública o el enriquecimiento ilícito.

## **B) Sujetos del delito**

### ***Sujeto activo***

Será el funcionario o agente de la Administración Pública exclusivamente. El extraneus únicamente responde dentro de los límites del autor. Los no funcionarios que participan en el hecho delictivo quedan sometidos a las siguientes reglas: (a) la autoría de los mismos resulta imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público, y (b) la participación será posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley. En este sentido, Fidel ROJAS VARGAS considera acertadamente que el sujeto activo es exclusivamente el funcionario y servidor público (utilizando la terminología de la Convención Interamericana contra la Corrupción del 29/3/1996). En el caso de los particulares, los mismos no podrán ser denunciados o procesados por el delito de enriquecimiento ilícito 572.

### ***Sujeto pasivo***

En este tipo de delitos el sujeto pasivo es la propia institución de la Administración en cuanto Poder estatal, sin que puedan ser considerados los particulares como portadores individuales de tal objeto de protección, pues el bien jurídico que se tutela en el tipo legal, es la genuina la Administración Pública y su correcto funcionamiento al que en todo caso no son ajenos los intereses de los ciudadanos. Sin embargo, como bien lo expresa ROJAS VARGAS, pueden presentarse circunstancias en la que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, situación que puede conllevar a que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil

---

572 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Grijley, Perú, 2007, pág. 856.

correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil 573.

### **C) Especialidad típica y cualificación de intervención delictiva**

En este tipo penal la participación no se prevé, ya que sólo se puede perseguir al funcionario por el incremento patrimonial. Puede pensarse en una investigación a los testaferros pero no está previsto por ley, motivo por el que, quienes ayudaren al funcionario público a cometer el delito, podrán ser investigados como cómplices; quienes colaboraran en el ocultamiento del patrimonio obtenido ilícitamente, se los podrá perseguir por el delito de encubrimiento.

### **V.- ¿Por qué es un delito subsidiario?**

Porque en caso de que hubiera un incremento patrimonial sospechado de ilícito, este hecho podrá ser enmarcado dentro de más de un tipo penal.

De todas formas, esta subsidiaridad no implica que el hecho pasible de ser perseguido sea absorbible en su tipicidad objetiva y subjetiva por ambos tipos. Lo que significa en consecuencia que no es posible alternar un tipo u otro.

Por ser un delito subsidiario de otros delitos de corrupción no posee una naturaleza autónoma y por ello recepta distintos elementos de otros tipos penales; además no podrá concursar ni ideal, ni realmente. La imputación por este delito automáticamente cancela las posibles imputaciones por otro tipo de esta categoría.

El criterio de subsidiariedad es criticado porque siempre implica una pena menor que la de los tipos autónomos. De todas formas se debe rescatar que su inclusión en las

---

573 ROJAS VARGAS, ob. cit., pág. 856.

legislaciones obedece a la necesidad de tapar los baches que dejan en algunas ocasiones los tipos penales especiales.

En la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar acríticamente la existencia del tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, e incluso algunos instrumentos internacionales (La Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta que el injusto penal está basado en la “no-justificación” de un “incremento patrimonial” (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del Derecho penal.

Y es que este tipo penal tiene todas las características de un “delito de sospecha”; el injusto penal consistiría en el no poder demostrar la legalidad del incremento patrimonial del funcionario público. Por su estructura recuerda al llamado “tipo de canallas”, que, en la doctrina alemana, es tomado como ejemplo de atentado contra el principio de certeza: “todo canalla será penado con...”. Y es que aquí el legislador está incumpliendo con su obligación de precisar el contenido de injusto de la conducta. También ocurre lo mismo con el tipo de “enriquecimiento ilícito” donde se sanciona un “estado” (el hecho de enriquecerse) y se invierte la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento provino de fuentes lícitas). Más bien el trasfondo es la “sospecha” de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la administración pública. Y esto es precisamente lo que se tiene que probar; el “enriquecimiento ilícito” solamente debería ser indicio de la comisión de otros delitos más no un delito por sí mismo pues no tiene ni un “bien jurídico” ni “objetos concretos” de algún bien jurídico que se quiera tutelar 574.

#### **A) Relación con otras figuras delictivas que implican corrupción**

En principio es necesario aclarar que no todo acto de corrupción constituye un delito de orden penal. Para algunos ello se verificará cuando el sistema jurídico punitivo establezca como delito la vulneración de un determinado deber institucional. Sin embargo, también

---

574 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., págs. 273 y sig.

debe tenerse en consideración la actividad de los particulares que no están sometidos a un concreto deber institucional.

Una forma interesante de acercarnos a las distintas acciones desviadas que pueden desarrollarse en el ámbito del Estado, consiste en analizar aquellos delitos que, generalmente los funcionarios públicos, pero también los particulares, pueden llegar a realizar en perjuicio de la administración pública. En razón de lo expuesto es necesario describir –aunque sintéticamente– algunos de los delitos más significativos en relación a nuestra materia y con la figura penal que viene analizándose, los cuales han sido previstos en nuestro código de fondo con el objetivo de proteger y tutelar el correcto funcionamiento de la administración pública 575.

Los delitos contra la administración pública se encuentran previstos en el Título XI del Libro Segundo del Código Penal Argentino. De acuerdo a lo expuesto, y sin pretender efectuar un análisis dogmático-penal de cada una de las figuras, entiendo necesario subrayar a continuación los lineamientos principales de algunos de los delitos que concentran mayor relevancia y se relacionan de manera directa con el ahora analizado.

## **B) Cohecho pasivo**

Legislado en el artículo 256 del Código Penal, reprime (con reclusión o prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial perpetua) al 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.

Cabe señalar que este ilícito se consuma con el perfeccionamiento del pacto, ya sea al recibir el dinero o la dádiva o al aceptar la promesa. Por lo tanto, no interesa si luego el funcionario cumple o no la promesa efectuada al recibir el dinero, la dádiva, o al aceptar la promesa. Existe consenso al entender que el bien jurídico que se tutela es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario en lo que respecta a su normal desenvolvimiento. Sin

---

575 Cfr. RIMONDI, Jorge Luis, “Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración pública”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

embargo, no sólo se protege la regularidad funcional de los órganos del Estado, sino que también se busca castigar aquellos actos corruptos desplegados por los funcionarios, en el marco del ejercicio de la función pública. Es que la venalidad, aun en aquellos casos en el que el agente público cumpla con su obligación funcional, deteriora a la administración.

En este delito se involucra la conducta de todo funcionario público, excepto la de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, ya que el accionar de los mismos se encuentra previsto en el artículo 257, el cual sobre la base de un esquema similar amenaza con una pena mayor (prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua) al magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por interpuesta persona, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

En este caso en particular, el bien jurídico afectado es la normal y legal administración de justicia, que se lesiona cuando los jueces y miembros del Ministerio Público se corrompen para fallar o dictaminar en un determinado sentido. El delito castiga la corrupción del encargado de discernir justicia, lo cual ha sido interpretado, por lo que significa y comprende, la más grave de las corrupciones administrativas 576.

### **C) Cohecho activo**

Hemos visto aquellas conductas calificadas técnicamente como cohecho pasivo, ahora es necesario considerar su contrafigura, es decir, el denominado cohecho activo (artículo 258 del CP) que reprime con pena de uno a seis años a la persona que da u ofrece dádivas a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El mínimo de la pena se aumenta a dos años si la dádiva se hiciera u ofreciere a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público con el fin de obtener la emisión o dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia. Adviértase que este supuesto no exige para ser sujeto activo la condición de funcionario público, pero si la persona que da u ofrece la dádiva presenta dicha categoría,

---

576 D'ALESSIO, ob. cit., pág. 828, con cita de NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho penal*, tomo V, vol II, Editorial Lerner, Córdoba, 1992.

sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

El delito se consuma al dar u ofrecer la dádiva, esto es cuando dichas circunstancias llegan a conocimiento del funcionario, siendo irrelevante que éste la acepte o la rechace. A diferencia del cohecho pasivo, no es éste un delito de codeincuencia necesaria. En cuanto al bien jurídico, el mismo ha sido identificado directamente como la administración pública, la cual se ve afectada tanto con la conducta corrupta del funcionario, como del accionar irregular del que ofrece u otorga una dádiva.

#### **D) Tráfico de influencias**

El artículo 256 bis establece el delito de tráfico de influencia en virtud del cual se reprime la conducta de aquella persona que solicitare o recibiere dinero, dádiva o aceptare una promesa, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga retardar o deje de hacer algo relativo a sus funciones. La pena amenazada será la de reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública.

En el segundo párrafo del mencionado artículo se observa una figura agravada (el máximo de la pena de prisión o reclusión se eleva a doce años) si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente su influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia.

Si bien se trata de una figura cercana al cohecho, el bien jurídico tutelado no es exactamente el mismo, ya que lo que se busca es la imparcialidad o la objetividad como medio para que la función pública defienda y priorice los intereses generales y no los particulares. Se intenta combatir un paradigma de resolución de conflictos, por parte de la administración pública, basado en extremos de corte familiar o patrimonialista.

En relación a la modalidad agravada cabe reiterar que el legislador ha entendido que la corrupción de los miembros de la justicia es más grave y perjudicial que la de otros

funcionarios públicos, toda vez que además de resolver los conflictos sometidos a su competencia, ellos deben tutelar y garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder.

#### **E) Soborno transnacional**

El artículo 258 bis del Código Penal argentino prevé el delito de soborno transnacional. Esta figura reprime con pena de uno a seis años de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública a la persona que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional dinero u objetos de valor pecuniario (u otras compensaciones cómo dádivas, favores, promesas o ventajas) a cambio de que dicho funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Tal como puede observarse, el delito se encuentra emparentado con la estructura del cohecho activo, aunque con la particularidad de que no se castiga al funcionario público que recibe o acepta la dádiva. El bien jurídico protegido se relaciona, por un lado, con la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones públicas internacionales, procurando castigar a los particulares que los corrompen o quieren corromperlos, y por otro, la transparencia en las transacciones de naturaleza económica, financiera o comercial.

#### **D) La admisión y el ofrecimiento simple de dádivas**

Este título corresponde a la figura prevista en el artículo 259 del Código Penal que reprime con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años al funcionario público que recibiere aquellas dádivas que fueran entregadas en consideración de su oficio, mientras permanezca en el cargo. Por su parte, la persona que dé u ofrezca la dádiva también será reprimida, pero en este caso con prisión de un mes a un año. Conocido

también como cohecho impropio, constituye un supuesto particular caracterizado por la falta de acuerdo venal entre los sujetos del delito ya que no se busca la ejecución de ningún acto determinado del funcionario. El bien protegido es la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la que sufriría por el solo hecho de la aceptación de presentes ofrecidos en consideración a la calidad investida. Además, es evidente que persigue como objetivo aventar todo obstáculo que de alguna manera pueda afectar o influenciar la necesaria imparcialidad que debe guiar la actuación del funcionario.

Siempre ha sido motivo de discusión aquella circunstancia constituida por la recepción de pequeños regalos o donaciones impuestas por la costumbre y su configuración como delito. Esta cuestión fue clarificada por la ley de ética y su decreto reglamentario, toda vez que en ella se establece, como regla general, la prohibición de recibir regalos y obsequios, delegando en la autoridad de aplicación la reglamentación de las excepciones. La ley de ética se ocupa del tema en el artículo 18, mientras que el decreto reglamentario 164/99 dice en su artículo 21: “Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios, donaciones, beneficios, gratificaciones, sean de cosas, servicios o bienes, cuando se realicen con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. La autoridad de aplicación reglamentará aquellos casos que por razones de amistad, cortesía, protocolo o costumbre diplomática, no se encuentren alcanzados por este régimen”.

### **G) Peculado**

En el artículo 261 del Código Penal se describe aquella conducta ilícita identificada como peculado, la cual se concreta cuando el funcionario público sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. La penalidad es de reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua. Asimismo, en el segundo párrafo de dicha norma se prevé el delito de peculado de trabajos y servicios, reprimiendo con igual pena al funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública. Esta figura protege diferentes bienes jurídicos tales como el normal funcionamiento de la administración pública en su aspecto patrimonial, la propiedad, la seguridad de los bienes



públicos y la confianza depositada en el funcionario encargado del manejo de esos bienes.

## **H) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas**

Un delito que ocupa sin duda un lugar destacado en la lucha contra la corrupción administrativa es el previsto en el artículo 265 del Código Penal. Dicha razón nos impulsó a examinar cada uno de los elementos que integran esta figura en el primer capítulo de este libro. En virtud del mismo se reprime al funcionario público que a fin de obtener un beneficio propio o de un tercero se interesare en algún contrato u operación que intervenga en razón de su cargo. Dicha figura establece para su autor una pena de uno a seis años de prisión e inhabilitación especial perpetua.

Respecto al bien jurídico, cabe destacar que el mismo se relaciona con el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, lo que caracteriza la ilicitud que contiene este delito no es una concreta afectación al buen funcionamiento de la administración pública. Parte de la doctrina lo identifica como un delito de peligro, representado por el hecho de que los órganos administrativos actúan de modo parcial, insertando intereses particulares en la función que desempeñan; lo cual a su vez daña la imagen y el prestigio de la administración pública. A estos dos intereses (imparcialidad y prestigio) se refiere cuando se afirma que lo que se tutela es 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 imparcialidad. Hemos visto en el Capítulo I toda la problemática derivada de la determinación del bien jurídico protegido por esta figura.

Es preciso aclarar que “interesarse” significa intervenir como parte, lo cual no implica simplemente ser parcial, sino que exige volcar sobre el negocio una pretensión de parte no administrativa. Se exige que el funcionario público, en el contrato u operación en que interviene en razón de su cargo, realice algún tipo de actividad con virtualidad para afectar la imparcialidad de la voluntad del órgano administrativo, condicionando su voluntad negocial, en cualquiera de los modos posibles de intervención que se mencionan en el texto legal, es decir en forma directa, por persona interpuesta o por acto simulado. Aquí

se observa claramente cómo el interés personal se sobrepone al interés general que el funcionario está obligado a respetar.

#### **I) Exacciones ilegales y concusión**

Estas dos figuras se encuentran previstas en el artículo 266 del Código Penal. Dicho artículo reprime con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años al funcionario 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.

La exacción ilegal se presenta cuando el funcionario público exige al particular una contraprestación indebida, en nombre y a beneficio del Estado (impuesto, tasa, multa, deuda, etc.); mientras que la concusión se verifica cuando el funcionario exige arbitraria y violentamente la entrega de una dádiva. En este último supuesto, como el Estado no puede recibir dádivas, resulta evidente que el agente requiere para sí y no para la administración. En consecuencia, cuando el funcionario exige desde el inicio de la maniobra algo para sí mismo, no puede haber exacción sino concusión.

Por lo tanto, cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado y, por ende, el autor actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, nos encontramos frente a un delito autónomo e independiente que es el de concusión el cual encuadra en el artículo 266 del Código de fondo.

Si bien tanto las exacciones ilegales como la concusión tienen en común el abuso funcional por parte del sujeto activo –quien realiza una exigencia de manera arbitraria e injusta– que obliga a la víctima a hacer entrega de la cosa por el temor al poder público, el elemento diferenciador está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: una contribución o un derecho en beneficio de la administración (en el caso de las exacciones) y una dádiva para provecho personal (en la concusión).

Tanto las exacciones ilegales como la concusión afectan, por un lado, a la administración pública, que resulta ofendida por el comportamiento corrupto del funcionario, y por otro al patrimonio del particular, que entrega algo por el temor que la autoridad pública infunde.

El artículo 267 agrava –aunque sólo respecto de la pena de inhabilitación– las exacciones referidas, al señalar que “Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la pena hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años”. Las razones por las que se agrava la exacción radican en que al invocarse orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, el autor emplea intimidación o se vale de engaño.

Por su parte, el artículo 268 reprime con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial perpetua, al funcionario público que convirtiere en provecho propio las exacciones ilegales expresadas en los artículos 266 y 267. Convertir significa dar a lo obtenido un destino distinto al que se invocó ante el particular, esto es hacerlos ingresar al patrimonio propio en lugar de derivarlo a la administración. Es requisito que el autor haya solicitado o exigido en nombre de la administración pública a la que representa, para luego convertir lo obtenido en provecho propio. En consecuencia se trata de una agravante de las exacciones y no de concusión, donde el funcionario pedía desde un principio una dádiva para provecho personal.

## **VI. La figura de enriquecimiento en la Argentina**

### **A) Función pública y deberes especiales**

En forma previa, es importante señalar que, toda vez que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto adoptado por el legislador<sup>577</sup>, deviene sin duda razonable que el Estado tenga derecho a procurar que, por razones de transparencia administrativa, política criminal, e incluso por motivos de adecuación a normativa internacional, los funcionarios gubernamentales posean

---

<sup>577</sup> CSJN, Fallos 253:362; 257:127; 308:1631, entre otros.

exclusivamente el patrimonio que se encuentre justificado en actividades lícitas, previendo una sanción penal para aquellos cuyo patrimonio no se corresponde con sus ingresos legítimos, en el contexto de un proceso justo<sup>578</sup>.

Afirmado lo anterior, a nuestro criterio no puede soslayarse que todo Estado de Derecho democrático estructurado sobre las bases del sistema republicano conlleva la vigencia tanto del deber positivo del funcionario de transparentar sus ingresos y evolución económica, como su deber negativo de no enriquecerse ilegalmente con la función<sup>579</sup>.

En ese marco, se destaca en la actualidad la relevancia que adquiere la previsión de normas administrativas que establezcan deberes positivos y negativos sobre lo que se ha llamado “Ética Pública”, es decir, la transparencia, probidad y honestidad de los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra siempre el de informar el origen y evolución del patrimonio pormenorizadamente, con la coerción penal ante el quebrantamiento de dichas normas<sup>580</sup>.

Según destaca el juez GARCÍA en el fallo “Yedro”, el tema fundamental en esta cuestión radica en el análisis de la competencia institucional y su derivación en cuanto a los *deberes especiales* de quienes acceden a una función pública. Dicha circunstancia ya había sido subrayada por SOLER<sup>581</sup>, mientras que en la actualidad la doctrina ha calificado dichos delitos bajo el título “competencia por institución” (JAKOBS)<sup>582</sup> o delitos de “infracción de deber” (ROXIN)<sup>583</sup>.

---

578 Cfr. CNCasación Penal, Sala IV, “Alsogaray”, causa 4787, 09/06/2005. Donde se ha expresado que dicha política legislativa no atenta contra el principio de igualdad, porque tal garantía constitucional impone únicamente un tratamiento homogéneo de situaciones similares y el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria, ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio (CSJN, Fallos 310: 849; 310:943 y 310:1080, entre muchos otros).

579 Ver CApel. Concepción del Uruguay, “Yedro”, 27/03/2002, -voto del juez García-, *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A. Fallo al cual haremos referencia en los próximos párrafos.

580 Dicha circunstancia se encuentra prevista formalmente en el art. 36 C.N., Ley 25.188, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otras.

581 SOLER, ob. cit., págs. 267/268.

582 JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, págs. 791 y sig.

583 ROXIN distingue los delitos de dominio del hecho (donde precisamente el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente) de los delitos de infracción de deber. Estos últimos se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal depende de la infracción de un deber que incumbe al agente. En consecuencia, los delitos de infracción de deber se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Con relación a este tema, JAKOBS, no distingue entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la organización de la intervención del agente y deberes que provienen de la posición institucional de éste. Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización (donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión) y los

Estos deberes funcionales le son adjudicados a la persona como consecuencia del estatus que ostenta dentro de la institución -en este caso la Administración Pública- encontrándose en el marco de dicho cometido con diferentes mandatos y prohibiciones<sup>584</sup>.

En consecuencia, el deber de transparencia, gratuidad, probidad y honestidad del funcionario obedece a su rol institucional y se encuentra vinculado al deber de existencia de la institución y a sus cometidos sociales. Se trata de una cuestión basada en la existencia de deberes normativos propios de la función que se asumen cuando la persona es investida del rol institucional, y que en definitiva son los reaseguros del ciudadano para con el Estado. Es así que los deberes positivos especiales que recaen sobre los funcionarios se erigen como un sistema de control respecto al ejercicio del poder, y por ende protegen indirectamente al soberano (ciudadano).

De allí que al interpretar la figura del art. 268 (2) del CP debe tenerse en cuenta que el deber de transparencia obliga -deber positivo- al funcionario que ingresa en el cargo a declarar sus bienes (activo y pasivo), tanto como persona física como su participación en entes societarios, y a informar toda evolución patrimonial mientras dure dicho rol institucional. Este deber no acarrea ninguna afectación a garantía individual alguna, siendo que no atañe a otro que no sea quien tiene el estatus de servidor público, encontrándose previsto a favor del ciudadano común: esto es precisamente el deber funcional de transparencia. Cuando el funcionario quiebra este mandato y se enriquece ilícitamente, en

---

delitos de infracción se refieren al ámbito institucional. Para JAKOBS, en los delitos de infracción de deber la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente. El deber que constituye la materia de la lesión jurídica no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también a los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión). En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien, así el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho. (Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª edición, editorial Hammurabi, Bs. As., 1999, págs. 496/498 y 510/512). Según RIGHI, los delitos de infracción de deber constituyen supuestos de responsabilidad en virtud de una relación de carácter institucional que predeterminó la existencia de un mundo en común entre el bien jurídico y el autor. Por lo tanto, será autor quien está especialmente obligado, con lo que es irrelevante el dominio del hecho es indiferente que éste actúe u omite, porque lo decisivo es si cumple o no su deber (Cfr. RIGHI, Esteban, *Derecho penal, Parte general*, editorial Lexis Nexis, Bs. As., año 2007, p. 387). Acerca del funcionamiento de estos elementos en los delitos imprudentes, ver TODARELLO, Guillermo Ariel, “Caso “Cromañon”. Análisis de la imputación del delito de estrago a los miembros de la agrupación “Callejeros”, *Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley*, 27 de abril de 2006, pp. 1/14.

584 En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ -desde la teoría del bien jurídico- situaba a la Administración pública como uno de aquellos bienes jurídicos institucionales, que están en conexión con el funcionamiento del sistema, ya que inciden en las relaciones macrosociales y permiten la protección y el desarrollo de los tradicionales bienes jurídicos individuales -vida, salud, integridad física, etc.-, posibilitando entonces la existencia del sistema (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Ed. Ariel, p. 4 y ss.); citado en el referido fallo “Yedro”.

cualquiera de los modos previstos por los tipos -subsidiarios o no-, vulnera ese deber positivo que lo obligaba a transparentar su patrimonio, y el deber negativo que le prohibía enriquecerse ilícitamente de un modo grave.

No se trata de impedir acrecentar el patrimonio, sino sólo que ello obedezca a una evolución normal del haber funcional o de la profesión no inhibida por el cargo, y que ello se refleje –ser transparente– para el control público. Ello es producto del deber institucional, que por otra parte, es asumido voluntariamente por el funcionario, de tal manera que si alguno considera dicha obligación como indebida, debería apartarse de la función 585.

A partir del estudio de los especiales deberes que implica el ejercicio de la función pública, es importante subrayar determinadas observaciones que han sido vertidas por la doctrina<sup>586</sup>. En ese camino se ha señalado que son los propios funcionarios públicos quienes se someten a específicas reglas de manera inteligente y voluntaria, por lo que si existe alguna restricción de derechos (por ejemplo el de intimidad, al tener que transparentar su situación patrimonial), la misma resulta un costo que se asume junto con el ejercicio de la función, compromiso que a criterio de los autores se podría fijar junto con el juramento o el acto de asunción<sup>587</sup>.

Todo ello se relaciona con la doctrina de los “propios actos”, en virtud de la cual se establece que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico y a una determinada jurisdicción comporta el acatamiento a sus normas y, por ende, determina la improcedencia de una impugnación ulterior con base constitucional<sup>588</sup>. En tal sentido, se ha interpretado que los deberes especiales que recaen sobre los funcionarios son consecuencia también de la relación contractual que fue aceptada libre y voluntariamente por el agente al momento del ingreso a la función, circunstancia que implica necesariamente la aceptación y sujeción a las leyes que gobiernan dicha relación<sup>589</sup>.

---

585 SOLER, ob. cit., págs. 268 y sig.

586 BRUZZONE y GULLCO, ob. cit., págs. 13/31.

587 *Ibidem*, pp. 16/17; y CNCrim. y Correc., Sala I, causa n° 21.676, “Culotta, María Silvina y otro s/ procesamiento”, 06/10/2004, voto del Dr. BRUZZONE.

588 Cfr. CSJN, Fallos 312:1706; 316:1802; 321:221.

589 BRUZZONE y GULLCO, ob. cit., pp. 17/18.

## B) Antecedentes históricos

En el texto original del Código Penal argentino<sup>590</sup> no estaban previstos tipos que penaran el enriquecimiento de funcionarios públicos.

La idea de diseñar un tipo penal tendiente a reprimir la conducta de quienes en ejercicio de la función pública se enriquecieran ilegítimamente, fue gestada en la doctrina argentina hacia la década de 1930. Su evolución legislativa nos habla de la finalidad de darle una respuesta al problema del enriquecimiento irregular de los funcionarios públicos durante su gestión, basándose en que las circunstancias fácticas de sus modos de ejecución hacen harto difícil su acreditación.

Frente a ello, surgieron varios intentos de solución, así, el primer proyecto data del año 1936 y se atribuye al diputado Rodolfo COROMINAS SEGURA<sup>591</sup>. Posteriormente fue José PECO<sup>592</sup> quien presentó en 1941 un nuevo proyecto que tampoco alcanzó sanción. Situación que se reiteró con el presentado por Sebastián SOLER<sup>593</sup> en el año 1960.

Finalmente fue Ricardo C. NÚÑEZ quien presentó su proyecto en el año 1964, siendo introducida la figura en cuestión por la ley 16.648 del 30 de octubre de 1964 (publicada en

---

590 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2001, págs. 364 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. y VIDAL ALBARRACÍN, Guillermo (h.): “Crisis del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. Un fallo revitalizador”, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley publicado el 31 de agosto de 2000, págs. 35 y ss.

591 Proyecto: Art. 1º: Será reprimido con prisión de 4 a 12 años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, todo enriquecimiento por desempeño deshonesto de función pública, siempre que el hecho no constituya otro delito especialmente previsto en el Código Penal. Incurren en este delito: a) Los empleados o funcionarios que mientras ejercen un cargo público adquieren bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto a tal efecto; b) Los que en las mismas circunstancias han mejorado su situación económica cancelando deudas o extinguiendo obligaciones que afectaban su patrimonio; c) Las personas que de cualquier modo se enriquecieren durante su gestión en un empleo público, como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y verosimilitud de las fuentes de recursos invocados. Art. 2º: Se presume de origen ilegítimo, adquiridos por procedimientos deshonestos, las rentas y los bienes que no hayan sido declarados oportunamente al registro especial creado por esta ley.

592 Proyecto: art. 323: “Al funcionario público que lucrare, directamente o por persona interpuesta, para sí o para tercero, mediante el ejercicio de su cargo o de la influencia derivada del mismo, se le aplicará privación de libertad de uno a ocho años y facultativamente inhabilitación absoluta perpetua”.

593 Proyecto: El art. 346, inc. d) reprimía a quien “...no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público...”.

el B.O. el 18/11/1964, ADLA, XXIV-C, 2080), la misma se encontraba inspirada en los arts. 15 del decreto-ley 4778 del 12/06/1963<sup>594</sup> y 346, inciso d) del Proyecto de Soler de 1960.

Así, el art. 268 (2) del Código Penal sancionó el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos dentro del Título XI, Capítulo 9 bis, “Delitos contra la Administración Pública”. Su redacción era la siguiente:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público.*

*La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*

*La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años”.*

El sustrato sociológico de esta construcción jurídica obedece a la observación de grandes aumentos patrimoniales de algunos funcionarios, ocurridos tras pocos años de desempeño en un cargo público, con lo que el desconocimiento de la razón legítima de semejante incremento produce en el ciudadano la sospecha sobre una actuación irregular de aquél<sup>595</sup>.

Como puede advertirse, en un primer momento (cfr. Proyectos presentados en los años 1936 y 1941) se optó por crear una presunción de ilicitud del incremento patrimonial producido durante el desempeño de la función pública, y consecuentemente, la inversión de la prueba sobre su licitud, a cargo del sospechado. Sin embargo, con posterioridad SOLER encaminó esa materia en otro sentido, dando para ello razones que no se fundaran en una presunción, sino en la positiva violación de un deber expreso que fuera asumido por el

---

594 Dicho artículo reprimía al “funcionario público que durante se desempeño o dentro de los tres años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiese justificar ante la autoridad competente cualquier incremento importante de su patrimonio, producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad”. Este decreto-ley fue derogado expresamente por el art. 1º de la ley 16.648 del 20/10/1964. Más detalles en INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios. El art. 268.2 del Código Penal –leyes 16.648 y 25.188–*, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 31.

595 DONNA, ob. cit., p. 364.



funcionario. De esta manera convirtió a la figura en un delito de omisión<sup>596</sup>. Esta circunstancia será profundizada al momento de analizar su constitucionalidad.

La ley 25.188, conocida como “Ley de ética en el ejercicio de la función pública”<sup>597</sup> ha introducido varias modificaciones al título de los delitos contra la Administración Pública. En lo que se refiere a este capítulo, la redacción del numeral primero del artículo 268 ha permanecido incólume. Mientras que en el segundo ha incorporado en su texto nociones que ya habían sido perfiladas por la doctrina, tales como el concepto de enriquecimiento y el lapso en el cual el delito es susceptible de ser cometido; con respecto a este último punto, la nueva ley ha establecido un término de dos años posterior al cese en el ejercicio del cargo. Además, ha elevado su penalidad, al estipular la imposición de una multa y cambiar el carácter temporal de la inhabilitación absoluta –recordemos que antes era de tres a diez años– por el de perpetua, asimismo elevó la pena de la persona interpuesta, cuya conducta se reprime ahora de igual modo que la del autor.

De esta manera, el texto según Ley 25.188 ha quedado redactado en los siguientes términos:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.*

*Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.*

*La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.*

Por último, no debe soslayarse que el tipo penal descripto encuentra como marco de referencia la reforma constitucional de 1994, concretamente el artículo 36 de la Constitución

---

596 VIDAL ALBARRACÍN, H. y G (h), ob. cit., p. 37.

597 Sancionada el 29/9/99, promulgada el 26/10/99 y publicada en el B.O. 29.262 del 01/11/99.

Nacional, como así también, la *Convención Interamericana contra la Corrupción*<sup>598</sup>, la cual establece en su artículo IX que los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito.

Asimismo, es importante destacar que con fecha 10 de mayo de 2006 el Congreso de la Nación Argentina ha sancionado la Ley 26.097<sup>599</sup> a través de la cual se aprobó la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, la cual fue adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Luego de señalar la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción administrativa, las partes signatarias refieren en el Preámbulo su convencimiento acerca “...de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley...”. Con relación a la figura analizada en este capítulo, el artículo 20 de la mencionada Convención recomienda a cada Estado Parte que evalúe “...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”.

Todo ello refleja claramente la preocupación que a nivel internacional se exhibe con relación a aquellos actos irregulares desplegados en el marco de la Administración Pública, como así también el reconocimiento de las diferentes consecuencias que acarrearán los sistemas de corrupción, las cuales ya no se limitan a una problemática simplemente económica, sino que asumen derivaciones, incluso más trascendentes, al afectar circunstancias relacionadas con la vigencia de la ley y el concreto desarrollo del sistema democrático.

### **C) Problemática en torno a la constitucionalidad de la figura**

A fin de ofrecer un esquema más detallado de esta cuestión, habremos de exponer los principales argumentos que sustentan cada una de las posturas elaboradas con respecto a la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito.

---

<sup>598</sup> Ley 24.759, sancionada el 4/12/96, promulgada de hecho el 13/1/97 y publicada en el B.O. del 17/1/97.

<sup>599</sup> Promulgada de hecho el 06/06/2006.

Así como bien lo expresa BRICOLA, “el análisis del delito, la concepción del hecho típico, del ilícito, de la culpabilidad, la sistemática y la dogmática clásica, están condicionadas, en parte por el dictado constitucional”<sup>600</sup>.

### **1. Posturas que sostienen la inconstitucionalidad del delito**

Para un prestigioso sector de la doctrina nacional<sup>601</sup> el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal argentino es definitivamente inconstitucional.

Ello así por entender que su estructura resulta violatoria de las garantías constitucionales de legalidad, inocencia, prohibición de declarar contra sí mismo, debido proceso y defensa en juicio, todos ellos base y principios esenciales del sistema constitucional de un Estado de Derecho (artículos 18 y 33 Constitución Nacional, y artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En tal sentido, se afirma que dicha figura impone al acusado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, por lo que la incriminación parte de una presunción de culpabilidad, invirtiéndose en consecuencia la carga de la prueba<sup>602</sup>.

Para demostrar tal situación irregular, se afirma que si en el legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público decide abstenerse de declarar en contra de sí mismo, derecho que los códigos han reconocido, afirmando que el silencio del imputado no puede ser tomado en su contra, en este caso sí lo es y dicho funcionario resultaría condenado. Ello vulneraría el principio de inviolabilidad de defensa, del cual se

---

600 BRICOLA, Franco, *Teoría general del delito*, Editorial B de F, Montevideo, 2012, pág. XXI.

601 Entre otros, CASTRO, Julio César / CHIAPPINI, Julio; DONNA, Edgardo Alberto / DE LA FUENTE, Javier Esteban / INCHAUSTI, Miguel Ángel / MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico y SANCINETTI, Marcelo. Con respecto a la jurisprudencia, ver a favor de la inconstitucionalidad de la figura: Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay: Sala Penal, “T., S. y otro”, 10/07/2001, con disidencia del Juez LÓPEZ MORAS sosteniendo la constitucionalidad de este tipo penal; La Ley Litoral, 2001-1347. Asimismo, es interesante destacar que la Corte Suprema de Costa Rica ha declarado la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos en el fallo “Ricardo UMAÑA ZUÑIGA”, del 28 de marzo de 1995, cuyos argumentos han sido transcritos en el artículo publicado por SANCINETTI, Marcelo, titulado “Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito (El adiós al Estado de Derecho)”, *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal de Ad-hoc*, año V, número 8, “C”.

602 Cfr. DONNA: ob. cit., p. 382.

deduce la posibilidad del imputado de declarar cuantas veces quiera, mientras no perturbe la marcha del proceso, y del cual se deriva el derecho de todo acusado a negarse a declarar<sup>603</sup>.

Enrolándose también en esta postura, CHIAPPINI<sup>604</sup> afirma que si bien es plausible la intención del legislador en torno a la protección de los bienes jurídicos tutelados por la figura, la misma resulta inconstitucional. Ello así en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento o, al menos, que el mismo es ajeno a la función desempeñada; partiendo entonces la incriminación de una presunción de culpabilidad. Además, agrega que el debido requerimiento exigido por el tipo penal pone en crisis la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ya que en este caso se le obliga a declarar siendo sancionada precisamente su no declaración, tal como acontece en uno de los supuestos de la quiebra fraudulenta (art. 176, inc. 2º, parte 1ª del Código Penal). A su entender, esta suerte de derecho represivo “sin culpa” también encuentra similitud con la responsabilidad objetiva que se deriva del homicidio o lesiones en riña 605.

Uno de los autores que con mayor profundidad ha escrito en contra de la validez constitucional de esta figura es, sin duda, SANCINETTI<sup>606</sup>. A su entender, dicha figura resulta violatoria del principio de legalidad ya que no se determina cuál es el hecho punible, es decir, la conducta prohibida, circunstancia que lesiona también el Derecho penal de acto ya que en este delito el hecho atribuido queda en el aire, sin prueba, pues el origen del incremento patrimonial se encuentra en “algún” hecho ilícito, pero indeterminado. También explica que se encuentra lesionado el principio de inocencia, y ello así por cuanto a partir de un dato exterior que pudo no provenir siquiera de una conducta (Derecho penal de acto), se construye una situación de culpabilidad que el imputado debe destruir sin que haya ningún indicio referido a un hecho concreto. Se efectúa una presunción probatoria en contra del imputado, pero sin realizar una determinación concreta de la conducta atribuida al

---

603 *Ibidem*, págs. 388/389.

604 CHIAPPINI, Julio, *El delito de no justificación de enriquecimiento*, *La Ley*, T. 1986-C, Sección Doctrina, p. 853.

605 Respecto de los problemas constitucionales que acarrea en este sentido el delito de homicidio y lesiones en riña, ver TODARELLO, Guillermo Ariel: “El delito de homicidio y lesiones en riña. Posición actual de la Corte Suprema respecto de la constitucionalidad”, *La Ley*, Doctrina Judicial, Año XXIII, N° 16, publicado el 18 de abril de 2007.

606 SANCINETTI, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* –art. 268, 2 C.P.– *Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, año 1994; “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino”, publicado en *El Derecho Penal hoy*, Editorial Del Puerto, año 1995, p. 289/315; y *Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (El adiós al Estado de Derecho)*, citado oportunamente.

funcionario. Enriquecerse no es un comportamiento, no es un hecho en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible).

Señala asimismo el ataque que la vigencia de la figura significa respecto de aquella garantía que prohíbe obligar al acusado a declarar contra sí mismo<sup>607</sup>. Con relación a este punto aclara que si bien para sortear las críticas anteriores se dijo que era un delito de omisión (SOLER)<sup>608</sup>, ello no es correcto -a su entender- ya que el principio de inocencia y la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse declamando que el contenido del hecho punible (omisivo) es “no informar sobre ciertos actos previos del imputado”, que justamente son aquellos actos que en realidad se quieren prevenir con la amenaza penal. En definitiva, si el agente se hubiera enriquecido como consecuencia de un delito, al ser requerido y al exigirle que explique los motivos del aumento patrimonial, se lo estaría obligando a declarar en su contra, ya que de no hacerlo –es decir, si no declara– resultaría condenado por enriquecimiento ilícito. Evidentemente, se coarta también su derecho a permanecer en silencio.

Considera dicho autor que la base de que este artículo (268 -2- C.P.) es de “recogida”, es decir, ha sido establecido para penar delitos que no pudieron ser probados al funcionario. De este modo, al ser requerido por haberse enriquecido durante su gestión y no poder probar la licitud del mismo, se establece la presunción de que se ha enriquecido ilegalmente cometiendo delitos contra la Administración Pública. Así las cosas, se estaría obligando a colaborar con la acusación, todo ello en contra del artículo 18 de la Constitución Nacional que establece aquella garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

Agrega que la conclusión acerca de su inconstitucionalidad se mantendría aun cuando se lo quiera interpretar como un delito de omisión, porque para ello el omitente debe encontrarse en la posibilidad de realizar la acción mandada, y quien no puede probar un origen legítimo, porque se ha enriquecido por un delito contra la Administración Pública, técnicamente no es omitente porque se encuentra imposibilitado de cumplir con la acción de justificar. Si fuera realmente un delito de omisión, sólo sería verdadero omitente aquél que habiéndose enriquecido correctamente o por un delito distinto a los de la Administración

---

<sup>607</sup> SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.– Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 48/55, 95/97 y 119/122.

<sup>608</sup> SOLER, ob. cit., págs. 268 y sig.

Pública, se mantuviera en silencio, es decir, omitiera precisamente justificar, ya que él puede hacerlo<sup>609</sup>.

Sostiene que el art. 268 (2) del Código Penal no reprime el hecho de no contestar el requerimiento, sino el haberse enriquecido por vía de un delito contra la Administración Pública. Pero la regla básica del Estado de Derecho es que si se le imputa a alguien la comisión de un delito determinado, le sea probada su culpabilidad, y no presumida por su silencio. Manifiesta también que algunos de los delitos cuya demostración concreta se quiere simplificar por vía de este otro delito, tienen prevista una pena menor que la establecida para el delito de enriquecimiento ilícito; es el caso del cohecho (art. 256), la aceptación de dádivas (art. 259) o el aprovechamiento de informaciones o datos de carácter reservado (art. 268 (1)) circunstancia que hace evidente la falta de racionalidad de la figura.

***1) Aspectos adjetivos de la inconstitucionalidad de la figura. Reglas de exclusión de la prueba ilícita***

Con acierto se ha manifestado que la vinculación entre sanciones procesales y prohibiciones probatorias ha tenido relevante gravitación en una forma indirecta de no aplicar la regla de exclusión.

En efecto, se puede observar un número no menor de casos jurisprudenciales argentinos en que no se aplica la regla de exclusión en base en que la inobservancia legal no encuadra en las sanciones legales que establece la legislación pertinente.

Ello se explica en primera medida porque el Código Procesal Penal de la Nación no contiene una norma específica que acoja a las exclusiones probatorias, de suerte tal, que necesariamente se aplican las normas generales sobre nulidad que prevé el Código en su Libro I, Título V, Capítulo VII (artículos 166 a 173) a fin de dar cumplimiento con la garantía del debido proceso legal contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

No obstante ello, al margen de las excusas esgrimidas por los tribunales nacionales para no entender en asuntos de exclusión de prueba ilegal por tratarse de casos de nulidades procesales y entonces de temas de derecho común, lo cierto es que existe una estrecha

---

609 *Ibidem*, pág. 110.

relación entre las sanciones procesales y la regla de exclusión, en la medida de que aquélla es la forma de realización de ésta, es decir, es su cauce procesal a fin de hacerlas efectivas.

A fin de dar acabada respuesta a los interrogantes que plantean los problemas que pueden surgir de la vinculación entre las sanciones procesales y las prohibiciones de valoración probatoria, se habrá de partir de un análisis y clasificación de aquéllas para luego cotejarlas con las exclusiones probatorias y las vicisitudes que de dicha relación pueden surgir.

## 2) *Concepto de sanciones procesales*

Enseña CLARIÁ OLMEDO que, cuando no se procede con la regularidad prevista en la ley, el desenvolvimiento del proceso penal es anormal, corriéndose el riesgo de afectar los intereses tutelados. Por ello es que debe impedirse o excluirse la actividad irregular, evitando que produzca efectos en el proceso o eliminando los efectos que hubiere producido 610.

No obstante lo expuesto, al haberse atemperado el rigor de la concepción formalista del proceso, resultan toleradas en las leyes procesales modernas algunas inobservancias del rito, especialmente cuando no perjudican el ejercicio de la defensa o el debido cumplimiento de la labor acusatoria, o no contradicen los presupuestos o principios básicos del proceso.

Asimismo, el acto procesal de que se trate puede ser eficaz no obstante su imperfección, lo que resultará de la valoración legal de sus específicos requisitos.

Es decir, la ineficacia del acto procesal surge de su imperfección, siempre que ésta sea captada por la ley como trascendente para el proceso, a punto de autorizar o imponer la invalidación de aquél *ab initio* o *a posteriori*, de oficio o a instancia de parte<sup>611</sup>.

Ahora bien, la invalidez y consecuente ineficacia del acto procesal irregular se efectiviza mediante la aplicación de sanciones, naturalmente, de carácter procesal.

---

610 CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984, pág. 267.

611 Ob. cit., pág. 268.

Las sanciones procesales han sido conceptuadas por CLARÍA OLMEDO como las conminaciones legales dirigidas contra determinada actividad irregular, que actúan preventivamente para imponer el orden en el procedimiento, y represivamente para impedir o extirpar efectos no adecuados al proceso legal.

Resulta así que lo que se busca impedir a través de estos remedios procesales que son las sanciones de igual naturaleza, son los efectos concretamente previstos del acto reputado irregular, como así también –por lógica consecuencia– la existencia y vigor de los demás actos procesales que de aquél dependan<sup>612</sup>.

### 3) *Sistemas de sanciones procesales*

El Derecho romano se caracterizaba por su extremo formalismo, por lo que toda inobservancia de las formas prescriptas producía indefectiblemente la invalidación de la actividad procesal, considerándose irremediamente nulo todo lo hecho en contra de la ley. Este sistema jurídico rígido pasó luego al derecho germánico, el que fue moderándose paulatinamente después en Europa.

El sistema “formalista” fue dejado atrás con la introducción del constitucionalismo y con la Revolución Francesa surgió un criterio totalmente opuesto en materia de derecho procesal penal, el que se conoce como “legalista”, que permite distinguir claramente la imperfección del acto de su invalidación.

Como bien expresa CLARÍA OLMEDO, el problema de la eficacia de la actividad procesal se enfoca desde otro punto de vista, si bien es necesaria la deficiencia formal para llegar a la invalidación. En este moderno sistema los criterios se orientan en consideración al destino concreto de la actividad reglada por la ley procesal conforme a los fines que les son propios, a los intereses que tutela y a los poderes que se ejercitan. En tal sentido, adquiere importancia la distinción entre las formas sustanciales y no sustanciales, y los requisitos esenciales y accidentales del acto procesal, haciendo funcionar las sanciones sólo frente a los primeros <sup>613</sup>.

---

<sup>612</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., págs. 268/269.

<sup>613</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., págs. 269 y sig.



De acuerdo con el citado autor<sup>614</sup>, se pueden mencionar, a fin de determinar cuándo se está frente a esa “sustancialidad” o “esencialidad” de formas o requisitos, tres sistemas diversos:

- el privatista: sistema que resulta contrario a la naturaleza pública de las cuestiones penales, y por el que se deja al interés de la parte perjudicada la alegación del defecto;

- el judicialista: sistema que deja la valoración al respecto a cargo exclusivamente del órgano judicial, sin perjuicio del reclamo de las partes; y

- el legalista: sistema que deja la determinación de la esencialidad directamente a la ley procesal, el que fue receptado por primera vez en el Código francés de 1808 y que sigue la legislación argentina.

Estrictamente sólo pueden considerarse sanciones procesales penales la inadmisibilidad y la nulidad, teniendo en cuenta que la primera funciona como medio anticipado de la segunda. A su vez cabe distinguirlas de otras situaciones que tan sólo son causas de sancionabilidad como la caducidad y la preclusión, y también de otro tipo de sanciones como las disciplinarias que recaen sobre el obligado a actuar o a hacerlo de determinada manera, y no sobre el acto .

#### **4) *Causas de las sanciones procesales penales***

Cabe distinguir en primer lugar los motivos que pueden dar paso a las dos sanciones procesales penales que integran el cuadro de toda posible invalidación de la actividad.

Es necesario resaltar que si bien la diferenciación entre “causas” y “sanciones” es eminentemente técnica, también tiene gran valor práctico, toda vez que, al ubicar los conceptos en un plano lógico, permite una interpretación adecuada de los textos legales , amén de que estos puedan carecer de adecuada sistemática.

La inobservancia de las prescripciones procesales impuestas imperativamente de manera expresa o implícita, acarrea una sanción procesal, por lo que la actividad será además inadmisibile o nula. Como afirma CLARÍA OLMEDO, estos adjetivos denotan una calidad del acto irregular, pues las sanciones se expresan con los sustantivos abstractos

---

<sup>614</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., págs. 269 y sig.

“inadmisibilidad” y “nulidad”, en cuanto medios prácticos para obtener la declaración de ineficacia o invalidez: inadmisión o anulación.

De acuerdo con el prestigioso procesalista citado,<sup>615</sup> cabe identificar las siguientes causas de sanciones procesales penales:

- deficiencia estructural del acto: el vicio de la actividad procesal penal puede resultar de la defectuosa estructura del acto específicamente considerado, debido a su falta de coincidencia con los modos previstos por la ley para su regularidad formal –para observárselo con precisión entorno a la vinculación con las prohibiciones de valoración probatoria, cabe citar el ejemplo de la prueba secuestrada en virtud de un allanamiento efectuado en contra de las disposiciones legales–;

- no adquisición del poder: esta causal se da cuando la ley no atribuye al sujeto el poder para cumplir un acto concreto o una actividad determinada, de modo tal que se trata de una carencia de poder porque no corresponde al sujeto actuante o porque faltó un requisito para asumirlo –siguiendo la línea del ejemplo anterior, se daría en el caso del allanamiento ordenado por el fiscal, fuera de los casos en que excepcionalmente la ley lo faculta–;

- pérdida del poder: la pérdida del poder o facultad que se tuvo para realizar actos procesales penales es problema que se manifiesta en la decadencia o caducidad por no haberse efectuado el acto oportunamente; además de la más difundida pérdida de poder que es la caducidad en función del vencimiento del plazo, se advierten otras situaciones de comprendidas en esta causal que entran en el más amplio concepto de decadencia, tal es el caso de apartamiento de los jueces, que puede ser genérico (destitución, suspensión, etc.) o específico (producido a través de los institutos de la excusación o recusación) –*v.gr.*, en el ejemplo que se viene comentando, si el allanamiento fue dispuesto por el juez luego de habérselo apartado de la causa–; y

- agotamiento del poder: implica la imposibilidad de actuar como consecuencia de una situación procesal creada, ya sea específicamente, ya sea como consecuencia del estado que alcanza el proceso penal en su desarrollo; es decir, se traduce en una incompatibilidad de actuar respecto de una conducta anterior, con una situación ya consentida o con un estado procesal íntegramente desarrollado, por lo que estas circunstancias agotan el poder y

---

<sup>615</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., págs. 270 y sig.

precluyen la actividad referida al poder ya agotado –p.ej., si el allanamiento fue ordenado cuando ya estaba superada la etapa probatoria–.

### 5) *La inadmisibilidad*

Se ha definido a la inadmisibilidad como la sanción prevista expresa o tácitamente en la ley para declarar la ineficacia de un acto procesal penal que aquélla considera que no debe producir efectos procesales. Es decir, la aplicación de la inadmisibilidad impide ab initio que el acto viciado que realizan las partes (y a veces los terceros) produzca efectos procesales, cualquiera fuere la causa de esa irregularidad.<sup>616</sup> Dicho en otras palabras, siempre la inadmisibilidad debe aplicarse con anterioridad a que el acto viciado produzca efectos en el proceso.

Se ha afirmado en el párrafo anterior que el acto viciado sujeto a inadmisibilidad debe emanar de una de las partes o de terceros que incidentalmente se introduzcan en el proceso en salvaguarda de su propio interés. Tradicionalmente se ha excluido a los actos del tribunal, en general porque resultan incorporados jurídicamente al proceso mientras se cumplen por ser el juez sujeto de él<sup>617</sup>.

Si bien lo expuesto resulta claro respecto de los actos efectuados por los sujetos privados del proceso penal, puede presentar algunas dificultades cuando se trata de actos de los funcionarios del Ministerio Público Fiscal en cuanto obran como parte en sentido formal. Al respecto, cabe distinguir, con CLARÍA OLMEDO, según estos funcionarios actúen en forma facultativa -actos de impugnación, oposición o de planteamientos incidentales- en cuyo caso será aplicable el instituto de la inadmisibilidad, o lo hagan de acuerdo a requisitorias impuestas, donde sólo será pasible aplicar la sanción procesal de nulidad<sup>618</sup>.

Desde otro ángulo, la inadmisibilidad significa la negativa de la intromisión del acto en el proceso. Esto se expresa en la aplicación de la sanción por el tribunal en el momento de serle puesto el acto en su conocimiento, después de practicado pero antes de que produzca sus efectos. La nota típica de la inadmisibilidad es la dispensa para el tribunal de proveer el pedido de la parte: se niega la instancia sin entrar al fondo. En otras palabras, el

---

<sup>616</sup> CLARIA OLMEDO ob. cit., págs. 272-277.

<sup>617</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., pág. 279.

<sup>618</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., págs. 279 y sig.

acto se incorpora en los hechos al expediente pero se le niega el “bautismo jurídico” que lo “afiliaría” entre los actos del proceso<sup>619</sup>.

Como se vio más arriba, el sistema de inadmisibilidad como sanción procesal para evitar el ingreso de la prueba ilegal al proceso es el adoptado por el ordenamiento brasileño. Respecto de nuestro país, más allá de que se podría aplicar sin dificultad la sanción procesal de inadmisibilidad para impedir la incorporación de prueba ilícita en el proceso, comúnmente se aplica la sanción procesal de nulidad, a fin de expulsar de la vida jurídica del expediente aquel acto ilegal que ya fue admitido o que fue producido por el juzgador.

Las fuentes de la sanción procesal de inadmisibilidad se pueden reducir a la perentoriedad de los términos –ejemplo concerniente a las exclusiones probatorias, la prueba de cargo presentada una vez superada la etapa procesal oportuna– y a la defectuosa estructura del acto –desde igual perspectiva, por ejemplo, si la querella aporta prueba producida de manera particular sin respetar las formas legalmente exigidas–, admitiéndose generalmente que un acto declarado inadmisibile pueda repetirse para tratar de introducirlo con éxito en el proceso cuando la causa de su inadmisibilidad ha sido su defectuosa estructura, no así cuando ha sido rechazado por ser inoportuno .

## **6) *La nulidad***

La más importante, caracterizada y extendida sanción procesal es la nulidad.

Para CLARÍA OLMEDO, la nulidad consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización <sup>620</sup>.

ALSINA la define como la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de los efectos normales cuando en su ejecución no se ha guardado las formas prescriptas para ello <sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., pág. 280.

<sup>620</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., tomo II, pág. 284.

<sup>621</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981, p. 718.

Por su parte, CREUS dice que la nulidad es la consecuencia de la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para la validez de un acto.<sup>622</sup>

Asimismo, CARLOS la ha definido como la sanción expresa, implícita o virtual que establece la ley cuando se ha violado u omitido las formas que ella ordena para la realización de un acto jurídico, al que se priva de producir sus efectos normales.<sup>623</sup>

DE LA RÚA la considera como la sanción por la cual se declara inválido un acto procesal privándolo de sus efectos, por haber sido cumplido sin observar los requisitos esenciales establecidos por la ley <sup>624</sup>.

A su vez, TORRES manifiesta que nulidad es la sanción legal, sea expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para él exigidas <sup>625</sup>.

Los Códigos procesales disponen generalmente que las normas que conminan con nulidad los actos procesales deban ser interpretadas estrictamente, es decir, sin recurrir a extensiones o analogías. En este sentido, el artículo 2° del Código Procesal Penal de la Nación establece que “[t]oda disposición legal (...) que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente...”.

CLARÍA OLMEDO aclara que la fórmula de previsión expresa de nulidad que contienen los códigos procesales modernos para sancionar los actos procesales irregulares capta no solamente los defectos formales, sino también la inobservancia o toda “disposición” expresamente conminada con nulidad, y desde ese punto de vista, deben considerarse equivalentes las expresiones de las leyes procesales penales: formas, normas y disposiciones procesales <sup>626</sup>.

A continuación, se verán las distintas clases de nulidades (a- genéricas y específicas; b- virtuales, implícitas o tácitas; c- absolutas y relativas; d- totales y parciales) y los efectos jurídicos de dicha sanción procesal.

---

<sup>622</sup> CREUS, Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 17.

<sup>437</sup> CARLOS, Eduardo, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XX, voz “nulidades procesales”, p. 538.

<sup>624</sup> DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y Justicia*, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1980, pág. 67.

<sup>625</sup> TORRES, Sergio Gabriel, *Nulidades en el proceso penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 31.

<sup>626</sup> CLARÍA OLMEDO, ob. cit., tomo II, pág. 286.

a) *Nulidades genéricas y específicas*

El sistema legalista es el que se adopta en los distintos códigos procesales penales argentinos y para su regulación se sigue un doble criterio: uno es el de especificidad que se conoce por nulidad específica y el otro el de la generalización o nulidad genérica.

En este sentido, como ejemplo, cabe citar al Código Procesal Penal de la Nación, que en su artículo 166 dispone: “Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”. Comentando la norma transcrita, D’ÁLBORA expresa que ella establece la taxatividad de los casos cuya invalidación procede por esta causal, lo que equivale a sostener que no hay nulidad sin texto que la conmine (pas de nullité sans texte). No obstante ello, existen nulidades consideradas en forma genérica (artículo 167 del Código Procesal Penal de la Nación) y otras virtuales o implícitas 627.

La nulidad específica es aquella que se manifiesta mediante el establecimiento de la sanción en la misma norma reguladora del acto previsto. Esta clase de nulidad se adecua más exactamente al sistema de nulidad expresa, caracterizándose por su taxatividad. Aparece diseminada en las distintas normas que las prevé, dando vigor a la estructura fundamental impuesta para la regularidad de los actos (*v.gr.*, el artículo 223 del Código Procesal Penal de la Nación dispone, bajo sanción de nulidad, el deber de prestar juramento de los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción). No obstante, algunas previsiones de esta clase de nulidad adquiere cierto grado de generalidad por referirse a varias actividades de una misma naturaleza a cumplirse a lo largo de todo el proceso (por ejemplo, los artículos 123 y 124 del Código Procesal Penal de la Nación disponen, respectivamente, las exigencias, bajo sanción de nulidad, de la motivación y la firma de las resoluciones judiciales; por ello resultaría nula la orden de allanamiento inmotivada o no suscripta por el juez).

Por su parte, la sistematización de las nulidades genéricas se ha limitado a la observancia imperativa de normas reguladoras de actividades fundamentales de los sujetos esenciales del proceso y con proyección en todo el desarrollo de éste, vinculándose

---

627 D’ÁLBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación, anotado-comentado-concordado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 221. Obra que se ha actualizado en 2011, y que guarda en lo esencial los conceptos vertidos y citados en el presente.

directamente con los presupuestos procesales y sancionando, en su conjunto, la inobservancia de cualquier norma que pueda ser captada por los esquemas genéricos o comunes.

El Código Procesal Penal de la Nación, indica en el artículo 167 las nulidades de orden general respecto de actividad de los sujetos procesales que operan en torno a la acción penal –el juez, el fiscal, la parte querellante y el imputado–, en tanto no las prevé respecto de la intervención de las partes civiles –actor civil y civilmente demandado–. La mencionada norma dispone la nulidad por la inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del juez, tribunal o representante del ministerio público, a la intervención del juez, ministerio fiscal y parte querellante en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria, y a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas establecidos por la ley.

*b) Las llamadas nulidades virtuales*

Además de las nulidades expresas o específicas y genéricas cabe añadir otro sector, al que la doctrina ha dado en llamar nulidades virtuales o implícitas.

Estos son supuestos en que el defecto proviene de la pugna con una regulación no procesal específica: la Constitución Nacional (por ejemplo, su artículo 18, el que prohíbe la autoincriminación forzada), un ordenamiento penal, civil, comercial, etcétera, o del conjunto del régimen tomado como sistema 628.

En ese sentido, expresa CREUS que la declaración de nulidad puede apoyarse en la disposición legal taxativa de la ineficacia del acto o formularse desde los principios que rigen las nulidades implícitas o virtuales, que son deducidas de la regularidad del sistema 629.

Estas nulidades, también llamadas tácitas, se dan, entonces, cuando no hay conminación directa de la ley y no existe posibilidades de encuadrarla como nulidades de orden general. Por ese motivo, presentan situaciones de conflicto en el proceso, que solamente pueden ser superadas mediante la declaración de nulidad.

---

628 Cfr. D'ALBORA ob. cit., pág. 214.

629 CREUS, ob. cit., pág. 78.

Comenta D'ÁLBORA que el choque con las normas sustanciales puede originarse, verbigracia, por la inobservancia de las previsiones establecidas para los delitos cuyas acciones sean dependientes de instancia privada (artículo 72 del Código Penal y artículo 6° del Código Procesal Penal de la Nación) o si resulta que, a través del acto, se ha cometido un delito (por ejemplo, falso testimonio, pericia o interpretación del artículo 275 del Código Penal), en cuyo caso es claro que, sin perjuicio de la valoración que como materialidad de otro delito tenga en distinto proceso, perderá validez en aquél en que se consumó 630.

Asimismo, como se dijo, la nulidad virtual o implícita puede originarse en la alteración de normas que contribuyen al desarrollo regular del proceso penal. Se han citado como ejemplos de ella, la denuncia recibida a pesar de la violación del secreto profesional (artículo 177, inciso 2°, del Código Procesal Penal de la Nación) , la iniciación de un delito de acción privada a través de denuncia (artículos 7° y 415 del Código Procesal Penal de la Nación) o la alteración de las reglas de la sana crítica al apreciar la prueba en la sentencia (artículo 399 del Código Procesal Penal de la Nación) 631.

c) *Nulidades absolutas y relativas*

Por otra parte, las nulidades son pasibles de clasificarse en absolutas y relativas. En este sentido, los códigos procesales penales fijan la trascendencia de la sanción de nulidad estableciendo como regla el criterio de relatividad.

Como bien se ha dicho, la distinción entre ambas categorías de nulidad es propia del derecho privado, y para adecuarla al proceso penal es necesario atender a su precisa significación, orientándose por la finalidad del proceso y teniendo en cuenta que la defensa del imputado es también de interés social.<sup>632</sup>

No obstante las diferencias que existen entre ambas categorías de nulidades, cabe señalar que ellas también reconocen caracteres comunes:

---

630 D'ÁLBORA, ob. cit., pág. 214.

631 CABALLERO, Severo, *La sana crítica en la legislación procesal penal argentina*, La Ley, 23/10/95, aunque en realidad no habría dificultad en encausar esa nulidad en la sanción expresa prevista en el artículo 404, inciso 2°, del Código Procesal Penal de la Nación.

632 CLARÍA OLMEDO, ob. cit., tomo II, pág. 294.



- para que la sanción asuma estado en el proceso, debe ser declarada jurisdiccionalmente tanto la nulidad relativa como la absoluta;

- ambas nulidades protegen tanto el interés social de la justicia como el individual de la defensa en juicio; y

- no cabe aplicar la sanción de nulidad cuando el acto haya cumplido sus fines respecto de los interesados o si no media interés jurídico que reparar.

Asimismo, se ha señalado características específicas de las nulidades absolutas, a saber<sup>633</sup>:

- son más graves que las nulidades relativas en lo que respecta a la calidad e intensidad de la ineficacia del vicio que la provoca;

- pueden y deben ser declaradas de oficio;

- el reclamo y la declaración de nulidad procede en cualquier estado o grado del proceso;

- puede denunciarla también el interviniente que cumplió el acto viciado en el proceso, aún si no es parte (v.gr. el testigo o perito); y

- no es posible de ser convalidada, quedando a salvo el caso de la obtención de la cosa juzgada con alcance sustancial.

En el segundo párrafo del artículo 168 del Código Procesal Penal de la Nación se estipula que “[s]olamente serán declaradas de oficio, en cualquier estado o grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación a las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente”.

De esta manera, el Código Procesal Penal de la Nación establece que el conjunto de nulidades genéricas sistematizadas en su artículo 167 han de ser absolutas o relativas según impliquen o no violación de normas constitucionales.

---

633 CLARÍA OLMEDO, ob. cit., tomo II, pág. 295.

Por su parte, la última oración del párrafo transcrito deja entrever la existencia de supuestos de nulidades absolutas indicados en forma explícita, pero ello no ocurre nunca en el digesto adjetivo nacional.

Como surge claramente del precepto citado, las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado o grado del proceso y, por ende, pueden ser denunciadas por cualquiera de las partes y en cualquier oportunidad procesal, sin que sea un impedimento para el tribunal de revisión que intervenga en razón de un recurso devolutivo motivado en una causal distinta al vicio que produjo la nulidad absoluta, pues una vez habilitada la jurisdicción del tribunal de alzada, no existen óbices legales que desautoricen esa declaración de nulidad dictada de oficio .

En el Derecho procesal penal se prevé las nulidades relativas en función del interés de las partes, sin tener en cuenta la organización del proceso en lo fundamental. De ello surgen las siguientes consecuencias:

- su declaración sólo puede obtenerse por pedido de las partes que no hayan concurrido en causarlas –en este sentido, artículo 169 del Código Procesal Penal de la Nación–;

- el tribunal no las puede declarar de oficio, pero tratará, en lo posible, de eliminarlas inmediatamente –ver artículo 168, primer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación–

- la oportunidad de deducirlas se extingue por caducidad como una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal –en tal inteligencia, el artículo 170 del Código Procesal Penal de la Nación dispone los siguientes momentos procesales para su oposición: las producidas en la instrucción, durante ésta o en el término de citación a juicio; las producidas en los actos preliminares del juicio, hasta inmediatamente después de abierto el debate; las producidas en el debate, al cumplirse el acto o inmediatamente después; las producidas durante la tramitación de un recurso, hasta inmediatamente después de abierta la audiencia o en el memorial–;

- bajo sanción de inadmisibilidad, la instancia de nulidad opuesta por la parte debe ser motivada, y el incidente se tramitará bajo las formas dispuestas para el recurso de reposición –conforme artículo 170, in fine, del Código Procesal Penal de la Nación–.

Por su propia naturaleza, la nulidad relativa queda subsanada cuando no obstante la deficiencia del acto, dadas ciertas circunstancias, éste puede subsistir válido, impidiendo su declaración de ineficacia. Es decir, es una rehabilitación del acto y sus consecuencias, en función de la cual ya no se puede eliminar ni corresponde reproducirlo o rectificarlo, por lo que, atento a su convalidación, no procede aplicar la sanción de nulidad.

En tal inteligencia, cabe señalar que el artículo 171 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que las nulidades relativas quedan subsanadas en los siguientes casos:

- cuando las partes no las opongan oportunamente;
- cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
- si, no obstante su irregularidad, el acto hubiese obtenido su fin con respecto a todos los interesados.

En los casos de aplicación de la regla de exclusión, cuando vía procesal pertinente sea la sanción procesal -tal el caso del Código Procesal Penal de la Nación-, como aquella normalmente está referida a casos en que se ha obtenido prueba infringiéndose garantías constitucionales, la nulidad que se invocará será de carácter absoluta. Ello así, máxime cuando las prohibiciones de valoración probatoria están fundamentadas en la garantía del debido proceso legal adjetivo previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que jurídicamente puede deducirse en cualquier parte del proceso y por cualquier sujeto.

Ahora bien, por los principios generales que gobiernan las nulidades corresponde aplicar a toda clase de ellas los principios de conservación y trascendencia, más allá de que lo expresado por el código citado se podría llegar a entender que sólo corresponde a la regulación de las nulidades relativas.

En efecto, acorde a los principios de conservación y trascendencia, las nulidades sean expresas, genéricas, virtuales, absolutas o relativas, no deben ser declaradas si el vicio del acto no le ha impedido lograr su finalidad (principio de conservación)<sup>634</sup> o si no media interés jurídico que reparar (principio de trascendencia).

---

<sup>634</sup> 448 MANZINI, Vincenzo, *Tratado de D Tomo II, derecho procesal penal*, tomo III, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1954, pág. 124 y sig.

*d) Nulidades totales y parciales*

Esta clasificación atiende a la extensión de la sanción procesal de nulidad. Si se anula todo el acto procesal cuestionado la nulidad será total; si sólo se anula una parte de él, entonces será parcial.

Como bien señala TORRES, para que pueda proceder la nulidad parcial, indudablemente, será imprescindible que el acto procesal objeto de aquélla sea divisible 635.

En tales supuestos, los motivos de anulación deben referirse a alguna de las disposiciones de un acto complejo –que decide más de una cuestión– en cuyo caso se podrá hacer valer una parte y anular otra. Ejemplos de nulidades parciales pueden ser la sentencia definitiva que es revocada sólo respecto de quién carga con las costas procesales, ratificándose la decisión de fondo; la sentencia condenatoria que es nulificada sólo respecto de la graduación de la pena impuesta al acusado pero confirmada en cuanto a su culpabilidad; la sentencia condenatoria que es dejada sin efecto con relación a un imputado y confirmada respecto de otro; o el auto de procesamiento que es confirmado en cuanto a su mérito, pero que se anula el monto del embargo dispuesto.

De adverso, un acto singular, por ejemplo una declaración indagatoria, un reconocimiento de personas o un acta de secuestro, no pueden ser nulos más que en su integridad, puesto que un acto de tal característica no es susceptible de ser dividido y no obstante conservar una unidad lógica.

*e) Efectos de la declaración de nulidad*

La declaración de nulidad, en primer término, obviamente produce la invalidación del acto cumplido en forma irregular. Como señala CLARÍA OLMEDO, esa invalidación equivale a extirpar el núcleo de una zona viciada del proceso, cuya capacidad difusiva se ha extendido en toda esa zona integrada por actos dependientes y conexos del anulado 636. Para que estos actos sean también anulados, se deben reunir las condiciones expresamente exigidas por la ley; los actos consecutivos deben depender del núcleo anulado, en tanto los

---

635 TORRES, ob. cit., pág. 59.

636 CLARÍA OLMEDO, ob. cit., tomo II, págs. 401 y sig.

anteriores y simultáneos deben tener conexión con él; lo cual implica una vinculación objetiva y específica que corresponde apreciar de manera restrictiva. Es decir, la dependencia debe ser directa y vinculante y la conexión debe ser íntima, de suerte tal que la supresión del acto viciado no permita a los otros alcanzar su finalidad. Frecuentemente, los textos procesales disponen a fin de salvar los casos de inseguridad sobre la extensión que se declare expresamente la nulidad de los actos anteriores o conexos alcanzados por el efecto difusivo, pues la delimitación de los actos posteriores es más clara, surgiendo generalmente de pleno derecho.

En este sentido, el artículo 172 del Código Procesal Penal de la Nación, en sus dos primeros párrafos, dispone que “[l]as nulidades de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan”; pero “[a]l declarar la nulidad, el tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la misma por conexión con el acto anulado”.

Es indudable el paralelismo que evidencia la primera parte de la norma mencionada con la teoría del fruto del árbol venenoso en su aplicación estricta, sin admitir excepciones. Las pruebas que se deriven de otra recabada irregularmente es prueba ilícita, es un fruto de un árbol venenoso; correspondientemente, es nula la prueba que reconoce su origen en un acto que fue declarado nulo, conforme el artículo 172 antes citado.

Asimismo, la nulidad puede surgir de un acto ejecutado por el mismo tribunal que la declara, la puede dictar el tribunal superior de aquél que la causó -en cuyo caso puede aplicar sanciones disciplinarias o apartarlo del conocimiento de la causa, como lo establece el artículo 173 del Código Procesal Penal de la Nación- e incluso puede ocurrir que la declaración de nulidad provenga de un tribunal con una competencia material o territorial distinta del que ejecutó el acto reputado irregular -véase, por ejemplo, el caso de un procedimiento ordenado por un juez provincial que remite las actuaciones a su par federal por encontrarse con elementos que indiquen que se cometió un delito de tal naturaleza, en cuyo caso este magistrado tendrá facultades para declarar nulidades producidas en sede de la justicia local-.

Por último, en general, se prevén casos de renovación, ratificación o rectificación del acto anulado (ver artículo 172, tercer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación). El acto podrá ser renovado siempre que sea factible hacerlo (acto repetible y no preclusión del momento procesal para hacerlo), para ser ratificado bastará que lo haga quien contribuyó a

causar la nulidad, y si tolerare su rectificación deberá procederse a la corrección de su vicio, pero como bien se dijo, estos dos últimos casos son hipótesis de difícil comprensión frente a la realidad del acto anulado.

8) *Relación entre las sanciones procesales y las prohibiciones de valoración probatoria*

Con todo lo que se viene exponiendo, se puede observar una estrecha relación entre las sanciones procesales, especialmente la nulidad, y las prohibiciones de valoración probatoria.

Esa relación directa surge desde que el camino procesal para hacer valer las prohibiciones de valoración probatoria en aquellos ordenamientos procesales que no la prevén expresamente -como el caso del Código Procesal Penal de la Nación- no es otro que el de la sanción procesal, frecuentemente el de la nulidad.

En otras palabras, la regla de exclusión se hace efectiva, procesalmente hablando, a través de las sanciones de esa naturaleza, que vienen a poner orden en el proceso, justamente por medio de las consecuencias jurídicas que acarrear dichas sanciones.

Coincido con CARRIÓ en cuanto señala que si bien resulta acertado apelar a las reglas en materia de nulidades en pos de fundamentar normativamente la exclusión de prueba obtenida ilegalmente no debe caerse en el error de asignarle el carácter de un ingrediente meramente de procedimiento, que existirá sólo en la medida en que las leyes procesales recepen la prohibición de valoración probatoria. Ello así desde que el aseguramiento de las garantías constitucionales quedará garantizado cuando quede claro que es la Constitución misma la que impone la exclusión de las pruebas obtenidas de modo ilegítimo 637.

Se ha pretendido diferenciar la nulidad de las exclusiones probatorias manifestando que éstas abarcan un abanico de actos más amplio que aquélla, ya que mientras la nulidad recae solamente sobre actos procesales, las exclusiones probatorias también comprende a los cumplidos fuera del proceso, aún antes de su comienzo y por personas que no son sujetos procesales.

---

637 CARRIO, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, 4º, ed., Buenos Aires, 2009, págs. 263/264.

Desde la postura aquí asumida que estipula que la utilización de las sanciones procesales, especialmente la nulidad, es el camino de realización procesal de las exclusiones probatorias, no se puede sino disentir con la diferenciación esbozada más arriba.

En efecto, una requisita mal hecha o una conversación grabada ilegalmente aún por particulares también pueden ser objeto de sanción procesal, ya sea impidiendo su ingreso al proceso –a través de la inadmisibilidad– o, más comúnmente, sancionando su indebida incorporación a él –por vía de la nulidad–. Además, esa sanción procesal resultará viable más allá de que un código procesal establezca expresamente la nulidad de la requisita o grabación ilegal, puesto que, como se vio, el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone la garantía del debido proceso legal y las nulidades consideradas virtuales o implícitas son una categoría aceptada doctrinariamente y consecuente con la defensa de los derechos reconocidos en nuestro sistema jurídico.

Esa concepción restringida del régimen de nulidades lleva a parte de la doctrina a diferenciarlas de la regla de exclusión respecto de los efectos comunicantes del acto viciado.

Al respecto, HAIRABEDIÁN manifiesta que en las nulidades se limita el efecto comunicante a aquellos actos que dependan “jurídicamente” del acto viciado, lo que deja afuera a los actos que dependan “lógica o tácticamente” del acto defectuoso, trayendo como ejemplo el caso de que “si es nula la confesión, no significa que también lo sea la prueba obtenida en consecuencia” 638.

Pues bien, al margen de que resulta dificultoso diferenciar la dependencia “jurídica” de la “lógica” que se da entre un acto viciado y otro derivado de él, toda vez que ambos recorridos conllevan a la misma solución, concebir un régimen de nulidades que tenga como consecuencias prácticas semejante acotamiento va en contra del mismo sistema de sanciones procesales que se propugna, ya que en definitiva carecería de utilidad un régimen que imponga tan sólo la sanción de un acto viciado pero no de lo que resulte su producto.

A la sazón, recuérdese que el artículo 172, primer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación dispone que la cuando se declare nulidad de un acto “hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan”.

---

452 HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 61.

Pues bien, dicha consecuencia, que además de ser jurídica –o justamente por así serlo– es también lógica, llevó a ejemplificar con razón que la nulidad de una indagatoria acarreará la del procesamiento ulterior o la del requerimiento de elevación a juicio la del acto que la disponga , por lo que no hay motivos para no asimilarla al ejemplo que sirvió de disparador y afirmar consiguientemente que si es nula la confesión, la prueba obtenida en consecuencia –que es su producto tanto desde el punto de vista “lógico” como “jurídico”– será también inexorablemente nula, y por ello deberá ser excluida del proceso o prohibirse su valoración en contra del imputado.

En definitiva, en los sistemas de los ordenamientos adjetivos que no contienen una norma expresa que disponga la exclusión de prueba obtenida ilegalmente y que por ende no regulen el camino a seguir en caso de tal ocurrencia –como el Código Procesal Penal de la Nación–, la relación entre las sanciones procesales y la regla de exclusión no sólo es estrecha sino más bien necesaria, puesto que aquéllas constituyen la vía procesal adecuada para hacer valer la garantía constitucional prevista en ésta.

## **2. Posturas que avalan la constitucionalidad de la figura**

Sin perjuicio de los argumentos desarrollados, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina<sup>639</sup> avalan en forma mayoritaria la constitucionalidad del tipo penal, dando a tal fin diversos fundamentos jurídicos.

---

639 La jurisprudencia, en general, se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de la figura: Cámara Nacional de Casación Penal: Sala I, causa 2697, “Pico, José Manuel”, 08/05/2000, *La Ley*, 2001-D, 252, comentado por MARTÍNEZ VEGA, María Laura: *El delito de enriquecimiento ilícito: su renacimiento*, *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal*, 8 de abril de 2002, p. 29/35; y Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, 9/05/2005. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal: Sala I, causa 25.566, “Gentile”, 11/10/1994, J.P.B.A., t. 91, f. 482, p. 286; y Sala II, causa n° 20.428, “Coletti, Ricardo E. s/nulidad”, 04/05/2004. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal: Sala A de FERIA, causa “Pico, José Manuel”, 15/01/1998, L.L. t. 1998-F, p. 733; Sala I, “Vallone”, 11/06/1998, *La Ley*, 1999-B, 336; “Prestía”, 11/06/1998; “Niccodemi”, 11/05/1999; causa n° 21.676, “Culotta, María Silvina y otro s/ procesamiento”, 06/10/2004 y “Argüello”, 04/11/2004, alguno de ellos con disidencia del Juez Donna quien se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de este delito; Sala IV, causa “Guglieminetti, Raúl A.”, 1999/10/04, *La Ley*, 2000-D, 781, comentado por VIDAL ALBARRACÍN, H. y G (h): ob. cit., p. 35/43. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de Capital Federal: causa Nro. 684, “Alsogaray, María Julia s/ enriquecimiento ilícito”, el fallo completo puede consultarse en BRUZZONE, Gustavo A. y GULLCO, Hernán: *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2005, p. 193/288. Cámara de Acusación de Córdoba: “Angeloz, Carlos M. y otros”, 15/10/1996, *La Ley*, Córdoba, t. 1997, p. 350. Cámara 7° Criminal de Córdoba: “Angeloz, Carlos M. y otros”, 20/10/1998, *La Ley*, Córdoba, t. 1999, p. 94, comentado por DE LUCA, Javier y LOPEZ CASARIEGO, Julio: “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, publicado en *La Ley*, 2000-A, 249 y



En este marco, y a pesar de reconocer las dificultades que presenta el tipo penal, señala CREUS que el mismo no resulta inconstitucional ya que la ley no consagra una presunción de ilicitud del enriquecimiento -y por ende un estado de inversión de la carga de la prueba- sino que en realidad impone un deber (justificar el origen de dicho incremento) para luego sancionar su incumplimiento<sup>640</sup>.

Desde otro punto de vista, explica CABALLERO, en coincidencia con SOLER, que la acción típica del funcionario en los términos del art. 268 (2), implica una actitud dolosa, un abuso funcional del cargo que ocupa y que desplaza la presunción de inocencia del art. 18 de la Constitución Nacional, ello así por cuanto se impone la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes al que está obligado el funcionario en el marco de la administración de los fondos públicos. A su entender, no se debe partir sólo del hecho que refiere al incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; tampoco se puede partir de la base de que exista una presunción de ilicitud, sino que en realidad existe un deber que la norma impone al funcionario público, que es precisamente el de *justificar* el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública<sup>641</sup>.

CABALLERO asimismo sostiene que “se alude a la ampliación de la normativa de la Carta Magna mediante la introducción de un Capítulo Segundo en la Primera Parte –el cual es definido como de Nuevos derechos y garantías–, cuyo objetivo es procurar la defensa del ordenamiento democrático mediante la vigencia constitucional con la advertencia de que su alteración torna de aplicación la pena del artículo 29 de la Constitución Nacional, que fulmina con nulidad absoluta tales actos y conmina con la grave pena de infames traidores de la patria a sus autores. En este marco se inserta el agregado del nuevo párrafo quinto del artículo 36, cuyo texto indica que atentará contra el Estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento; este autor quedará inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. Esta reforma, destinada a reducir la corrupción funcional que se ha desarrollado en gran

---

ss., y en el *Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley*, 25/02/2000, p. 11/19. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay: Sala Penal, “Yedro”, 23/03/2002, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A.

640 CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, tomo 2, 6ª edición, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Bs. As., año 1998, pág. 314.

641 CABALLERO, José Severo, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos*, *La Ley*, T. 1997-A, Sección Doctrina, págs. 794/795. Es preciso tener en consideración que para este autor (al igual que para CREUS, SOLER, NÚÑEZ, CHIAPPINI, DE LUCA-CASARIEGO y VIDAL ALBARRACÍN, entre otros), el momento consumativo del delito se verifica en oportunidad en que el agente no justifica su enriquecimiento.

escala en el sector público, se proyecta a la mayor parte de las infracciones contra la administración pública del Título XI del Código Penal argentino, de manera directa o indirecta, en cuanto se vinculen con los hechos jurídicos que garantizan los deberes jurídicos de los funcionarios como medio efectivo de asegurar el comportamiento social de los ciudadanos”<sup>642</sup>.

Así, se destaca el tratadista y ex integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el nuevo carácter que el capítulo relativo al “enriquecimiento de funcionarios y empleados” ha adquirido a raíz de la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 36 citado y de otros aspectos relacionados a la nueva distribución de poderes entre el gobierno federal, las provincias y las municipalidades.

A lo expuesto, CABALLERO agrega que el fundamento de la ley penal ha cobrado mayor energía con la última reforma constitucional y con el deber impuesto al funcionario a través de la exigencia y sanción del artículo 274 que, superando al deber general del artículo 277, inciso 2o, castiga al funcionario que deje de promover la persecución y represión de los delincuentes.

Del mismo modo considera el ex Ministro de la Corte Suprema que no se debe partir sólo del hecho del incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; así tampoco es admisible arrancar una presunción de ilicitud, sino que lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público, cual es, justamente, el de justificar el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública <sup>643</sup>.

A la estimación según la cual el artículo 268 (2) exige del imputado la colaboración para establecer la procedencia del enriquecimiento, so pena de darlo por culpable de un delito supuesto, contesta Caballero que sólo se trata de un deber de justificar como funcionario público el acrecentamiento considerable de sus bienes durante el ejercicio de la función pública, vale decir, que la norma trata de evitar el aprovechamiento lucrativo de la función.

Considera que no hay ataque a las garantías de la defensa en juicio, porque con el requerimiento debido conserva todas las posibilidades de defensa de su ejercicio.

---

<sup>642</sup> CABALLERO, ob. cit., págs. 793/798.

<sup>643</sup> CABALLERO, ob. cit., págs. 793/798.

En cuanto al estado de inocencia sólo estaría cuestionado a los fines del proceso como en cualquier causa, pero el imputado conservaría la condición de inocente hasta el dictado de la sentencia que lo declare culpable. Además, con relación a aquella postura que entiende que el delito parte de una presunción de culpabilidad, señala que en cualquier delito a los fines de la investigación se parte de algún elemento que configure una presunción circunstanciada de culpabilidad, en el caso del art. 268 (2) dicha situación se construye a raíz del hecho objetivo constituido a partir del apreciable aumento patrimonial del funcionario<sup>644</sup>.

Así, la supuesta inversión probatoria que impone al funcionario el art. 268 (2), al tener que justificar la procedencia de un aumento patrimonial apreciable, no configura a su entender tal circunstancia, ya que sólo representa la justificación que debe rendir todo agente que administra bienes ajenos ante el requerimiento administrativo o judicial, la cual constituye una obligación que surge de la propia función, y que a su entender cuenta actualmente con jerarquía constitucional (art. 36 C.N.).

En conclusión, el cuestionamiento de orden constitucional formulado en punto al art. 268 (2) carecería de fundamento a la luz del sistema penal, procesal penal y constitucional argentino, ya que se han establecido en todo el ordenamiento legal diversas exigencias en cuanto a la obligación de rendir cuentas que recaen sobre los administradores, más aún en este caso, donde la actividad de los agentes se encuentra orientada a la administración de fondos públicos y al comportamiento ético exigido en la función pública, y que la Constitución ha realzado al establecerlo en su actual art. 36, último párrafo<sup>645</sup>.

Deviene imprescindible conocer la opinión de SOLER, quien fuera autor de uno de los antecedentes más importantes de la figura analizada. En la tarea por fundamentar la necesidad de este tipo penal, como así también su constitucionalidad, refiere que el problema que presenta el enriquecimiento de funcionarios radica básicamente en la dificultad de la prueba. A su entender, los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión, la aceptación de dádivas, la venta de humo. Asimismo, debe tenerse en cuenta el amplio uso de personas interpuestas, como así también de hombres y sociedades de “paja”. El empleo de esta clase

---

644 *Ibidem*, p. 799.

645 *Ibidem*, págs. 799/800.

de mecanismos multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en esta clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la actual disposición, se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o de sospecha, o que directamente se establezcan presunciones de culpabilidad (v. gr. Proyectos presentados en los años 1936 y 1941), criterios que no resultan compatibles con nuestro derecho penal<sup>646</sup>.

Ante esta situación, en su Proyecto de 1960, SOLER intentó alcanzar un resultado que fuera satisfactorio en la práctica, pero sobre la base de otros principios menos dudosos (en definitiva trató de evitar la utilización de un sistema de presunción de ilicitud y de inversión de la carga de la prueba), para ello modificó la solución propuesta en los proyectos anteriores haciendo que el delito no se fundara en una presunción sino en la positiva violación de un deber expreso, asumido por el funcionario. Para fundamentar esta idea señaló que la corrupción, la concusión, el peculado y las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose el autor de personas interpuestas y simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba produce como consecuencia el dictado de absoluciones que él califica como “escandalosas” porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que resulte sencillo señalar la procedencia ilícita de los bienes<sup>647</sup>.

Observa este autor que el escándalo efectivamente derivado de esas absoluciones, fundadas en la falta de prueba respecto de la conexión entre una situación patrimonial y un hecho determinado, deriva en que la absolución se pronuncie aun cuando exista la evidencia de un efectivo enriquecimiento. A su entender, la sola circunstancia del cambio no aclarado de fortuna de los funcionarios públicos, constituye en sí mismo un ejemplo negativo de gravedad en el marco de una república, porque los ciudadanos, guiados por puro sentido común, sospechan de la coincidencia temporal entre el enriquecimiento y el desempeño de una función<sup>648</sup>.

A fin de superar este inconveniente, dicho autor conforma un esquema en el cual se sancione al agente que incumpla con una obligación específica, en este caso, de justificación

---

646 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Editorial TEA, Bs. As., 1996, tomo V, p. 266.

647 *Ibidem*, pp. 266/267.

648 *Ibidem*, p. 267. Por su parte, BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *El delito de impago de pensiones*, Ed. J. M. Bosch Editores, Barcelona, 1997, págs. 70 y sig., en referencia a las características de los delitos de omisión, considera al referirse al delito citado-también omisivo- que se trata de un delito puramente formal, en el cual se cumple el tipo al omitir el pago de las prestaciones durante el transcurso de los plazos previstos.

del aumento patrimonial. Recuerda que ya en otros casos ha señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes, ya que varias son las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva, de hecho, en los delitos de comisión por omisión ésa es también la regla. De tal manera, concluye que no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. La asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, por lo que expresa que quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, debería apartarse de la función pública<sup>649</sup>.

Por su parte, MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO señalan que la verdadera acción delictiva es enriquecer su patrimonio. Consecuentemente, si la conducta consiste en producir su enriquecimiento (ilegítimamente) y éste se prueba, la discusión no debe versar sobre la carga de la prueba sino sobre otra cuestión: si haber causado su propio enriquecimiento fue un acto jurídico o antijurídico. Agrega que la misma situación se verifica exactamente en la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber legal, y en otro sentido, en los tipos culposos<sup>650</sup>.

Con relación a este tópico, FONTÁN BALESTRA sostiene que el problema más serio que presenta esta figura es el de la presunción de ilicitud del incremento del patrimonio producido durante el desempeño de la función pública, y, consecuentemente, la inversión de la carga de la prueba, pues es el imputado quien debe demostrar que el enriquecimiento no es ilícito, o que proviene de fuentes que no se vinculan directamente con la función pública y que no es merecedor de reproche. Pese a ello, dicho autor es partidario de sostener la constitucionalidad de este delito reconociendo que no es el único caso en donde se verificaría una especial inversión del *onus probandi*, refiriendo como ejemplo el de la quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo (art. 176, inc. 2° del Cód. Penal.), donde el delito se constituye al “no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener”. Si bien este recurso de la inversión del cargo de la prueba no es una solución ideal, constituye a su entender la única posible. Así, fundamenta la utilización de un sistema de presunción “*iuris tantum*” en razones de orden práctico al subrayar la dificultad que

---

<sup>649</sup> *Ibidem*, pp. 267/268.

<sup>650</sup> MOLINARIO, Alfredo y AGUIRRE OBARRIO, Eduardo: *Los delitos*, texto preparado y actualizado por AGUIRRE OBARRIO, tomo III, Ed. Tea, Bs. As., 1999, pag. 387.

presentan, para su descubrimiento, los actos irregulares de los funcionarios públicos. Señala, además, la necesidad de contar con este delito en atención a la reafirmación de los valores de austeridad, probidad y decoro que deben ser entendidos como obligatorios en un sistema republicano y democrático de Derecho<sup>651</sup>.

VIDAL ALBARRACÍN<sup>652</sup> sostiene que la norma prevista en el art. 268 (2) impone a los funcionarios o empleados públicos el deber de justificar el incremento apreciable del patrimonio de los mismos, resultando sancionados en caso de incumplimiento. Señalan además que esta obligación de ninguna manera significa que se lo obligue a declarar en su contra. Ello así por cuanto:

(a) Si decide no declarar, no se vulneraría la garantía contra la auto-incriminación, toda vez que el juez al recibirle declaración indagatoria al imputado, ya contaba en la causa con distintas probanzas, demostrativas de un apreciable incremento del patrimonio que no encontraba justificación con los ingresos que debía tener el nombrado. Por ello, siendo la indagatoria un acto de defensa, lo que aquí se valora en su contra, no es la negativa a justificar, sino todos los datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial sin razón alguna<sup>653</sup>.

(b) si decide declarar, y manifiesta que el incremento patrimonial fue producto de un delito ajeno a su función pública afirman los autores, en concordancia con DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO<sup>654</sup>, que dicha confesión sería extrajudicial y no tendría ningún valor en un segundo proceso si no es acompañada por pruebas objetivas<sup>655</sup>.

(c) si decide declarar y manifiesta que cometió un delito contra la Administración Pública, como no está “justificando” su incremento patrimonial y lesiona el bien jurídico, responderá por enriquecimiento ilícito. En conclusión, señalan que no se lesiona el principio de inocencia, ya que no se presume nada, sino que se prueba la existencia de un incremento

---

651 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, actualizado por LEDESMA, Guillermo A. C., decimosexta edición actualizada, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, pp. 876/877.

652 VIDAL ALBARRACÍN, H. y G (h), ob. cit., pp. 35/41.

653 Argumento expuesto en CNCrim.y Correc., Sala IV, causa “Guglieminetti, Raúl A.”, 1999/10/04, *La Ley*, 2000-D, 781; y compartido por DE LUCA y LOPEZ CASARIEGO: ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, p. 18, donde consideran que por dichas razones no se vulneraría la cláusula que prohíbe la autoincriminación.

654 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, pp. 11/19.

655 Si bien dichos autores entienden que en este supuesto el agente no sería responsable por este delito (268.2), entendemos que en los casos en donde se explique el enriquecimiento a partir de otro delito, dicho aumento patrimonial no puede considerarse justificado, por lo que debería responder en los términos de la figura analizada, la cual a nuestro criterio constituye un tipo penal autónomo.

patrimonial y que el mismo no fue justificado. No se lesiona el principio de legalidad ya que el funcionario conoce el deber de justificar sus incrementos patrimoniales. No se vulnera el Derecho penal de acto, ya que el acto es efectivamente no justificar. No se infringe el esquema referido al *nemo tenetur*, ya que si bien se lo estaría obligando a confesar algún delito distinto, no tendría consecuencias, y si no confiesa algún delito contra la Administración Pública, no estaría justificado y se le aplicaría el delito de enriquecimiento. Por otra parte, si el agente decide no declarar, se valora negativamente la prueba y se concluye que incumplió con la justificación<sup>656</sup>.

Con expresa relación a esta problemática, se ha sostenido en los autos “*Guglieminetti*”<sup>657</sup> que “...no se trata de castigar sobre la base de una presunción de la ley, se castiga en realidad por el hecho cierto, comprobado y por lo tanto no presunto de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública y, no demostrado que lo haya sido lícitamente, no puede haber sido de otra manera que con motivo de la función...”. Asimismo, con cita del fallo “*Vallone*”<sup>658</sup>, afirma el Tribunal que “el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público no persigue la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción, sino que impone un deber y sanciona su incumplimiento, por lo que la figura no está en pugna con disposición constitucional alguna”.

Resulta importante destacar el análisis efectuado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en oportunidad de resolver la causa “*Pico*”<sup>659</sup>, donde señaló que no debe verse en el requerimiento de justificación exigido por el tipo ni una inversión del cargo de la prueba ni la vulneración del derecho fundamental de no “ser obligado a declarar contra sí mismo”. En tal sentido, se afirmó que para provocar la apertura de la instrucción formal, es el Estado el que tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o empleado, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, el representante del Ministerio Público Fiscal y el juez instructor deberán contar con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren, con el grado de probabilidad propio de esa etapa

---

656 VIDAL ALBARRACÍN, H y G (h), ob. cit., p. 41.

657 CNCrim.y Correc., Sala IV, causa “*Guglieminetti*, Raúl A.”, 1999/10/04, *La Ley*, 2000-D, 781, comentado por los Dres. VIDAL y ALBARRACÍN, ob. cit., pp. 35/43.

658 CNCrim.y Correc., Sala I, “*Vallone*, José A.”, 11/06/1998, *La Ley*, 1999-B, 336.

659 CNCasación Penal, Sala I, “*PICO*, José Manuel s/ recurso de casación”, causa n° 2697, 08/05/2000, *La Ley*, 2001-D, 252. Debe tenerse en cuenta que en este caso se afirma que el delito es de comisión, donde la acción típica es enriquecerse de manera injustificada.

del proceso, un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, vale decir, que exceda crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado. Se afirmó que tampoco es posible confundir la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo con la justificación legalmente requerida frente a un incremento patrimonial desmedido posterior a la asunción de un cargo o empleo público, cuando ese aumento excede las posibilidades económicas provenientes de ingresos legítimos. Por lo tanto, señalando que lo evidente no exige demostración, la oportunidad del requerimiento de justificación por parte de la autoridad correspondiente es, simplemente, una posibilidad más de defensa del que ya es, de modo notorio, sospechado de enriquecimiento injustificado. En consecuencia, si se le otorga la posibilidad de aclarar su situación patrimonial y la desprecia, ningún derecho fundamental podría esgrimir como lesionado.

Por último cabe desatacar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha dicho que “Es improcedente el cuestionamiento constitucional del artículo 268 (2) del CP, si el recurrente no se hace cargo de realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se apoyó el a quo para rechazar los argumentos expuestos, pues, si bien aquél reconoció que en el ámbito académico existen discrepancias acerca del bien jurídico tutelado por la figura penal en cuestión, destacó que los tribunales las han zanjado concibiendo al interés público por la honestidad, transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, como el objeto de protección en el caso, que resulta lesionado por el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la relación funcional, lo cual constituye la acción típica. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo)<sup>660</sup>.

#### **D) Bien jurídico protegido**

En opinión de CREUS<sup>661</sup>, el delito analizado trata de prevenir aquellas conductas irregulares desplegadas por los funcionarios públicos que prevaleciendo del cargo o función, persiguen el logro de aumentos patrimoniales. Desde otro punto de vista, CABALLERO afirma que el bien jurídico que se pretende tutelar es el interés social de toda la comunidad

---

<sup>660</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 01/12/09, “Rossi, Domingo Daniel. Publicado en La Ley, Rev. 21/12/09).

<sup>661</sup> CREUS, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 312.



en torno a que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal, sino social<sup>662</sup>.

La jurisprudencia ha señalado que la Administración Pública no es estrictamente el bien jurídico protegido, sino que se intenta resguardar el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios en cuanto a su probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad y fidelidad, elementos que deben verificarse en el desempeño de su labor. En consecuencia, se protege la imagen de transparencia y probidad de la Administración, subrayándose que en este caso en concreto, el bien jurídico se lesiona directamente a partir de la no justificación del patrimonio<sup>663</sup>.

Por su parte, DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO señalan que esta figura protege la imagen de transparencia y probidad de la Administración y de quienes la encarnan. En consecuencia, aunque un funcionario se haya enriquecido lícitamente el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán –fundada o infundadamente– que está originado en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la Administración Pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y su sustento económico (a través de los tributos) en los ciudadanos<sup>664</sup>.

Esta postura, según el criterio de los autores referidos, permite descartar todas aquellas observaciones acerca de que se trata de un delito de “recogida” –en violación a los principios de culpabilidad y de inocencia– creado por el legislador ante la evidencia diaria de no poder probar la comisión de otros delitos que son causa de enriquecimiento. En efecto, en tales situaciones habría dos hipótesis distintas:

(a) el bien jurídico lesionado con el delito que dio lugar al enriquecimiento, se pueda o no probar, y que se refiere a actos más o menos precisos y definidos en los otros tipos penales (exacciones, concusión, cohecho, malversación, peculado, soborno de testigos, etc.).

---

662 CABALLERO, ob. cit., p. 796. Es posible advertir en este concepto una referencia directa al denominado “Derecho a la transparencia”.

663 CNCrim.y Correc., Sala IV, causa “Guglieminetti, Raúl A.”, 1999/10/04, *La Ley*, 2000-D, 781.

664 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO: ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, p. 13/14. Es dable subrayar que esta postura fue seguida por la CNCasación Penal, Sala I, “PICO, José Manuel s/ recurso de casación”, causa n° 2697, 08/05/2000, *La Ley*, 2001-D, 252.

(b) el bien jurídico lesionado mediante la situación real de un funcionario cuyo patrimonio se ha incrementado.

En este delito, es muy probable que el enriquecimiento provenga de un hecho ilícito cometido en razón de la función y que no se pueda probar. Dicha circunstancia es indiferente para la ley, y tampoco se pretende punir una presunción de que el funcionario se enriqueció en la función. La ley no sólo quiere que los funcionarios sean austeros, honestos, transparentes, probos, que se dediquen enteramente a la función, etc., sino también que lo parezcan<sup>665</sup>, de allí la importancia asignada a la imagen de transparencia, elevada en este caso a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado.

En el marco de esta inteligencia, se ha señalado que la figura de enriquecimiento ilícito debe ser entendida como un delito autónomo, mediante el cual el Estado reprime la falta de transparencia en sus funcionarios. La comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta o, al menos aproximada, entre los bienes que poseen quienes administran sus recursos y los que esos administradores pueden justificar. Cuando esa correspondencia no existe, se daña la imagen de la función pública y la confianza que la autoridad debe inspirar entre los gobernados, y eso es precisamente lo que se pena, ya que al descrédito de los gobiernos sobrevienen consecuencias altamente negativas<sup>666</sup> con respecto a la confianza que los ciudadanos depositan en sus representantes, la cual se erige como un elemento central del sistema democrático. En concreto, se protege jurídicamente la transparencia de la situación patrimonial del funcionario.

Por otra parte, resulta esencial subrayar que el deber que se impone a los funcionarios públicos de justificar sus incrementos patrimoniales (el cual no debe confundirse con el requerimiento de justificación) no constituye, en sí mismo, un bien jurídico; por el contrario, este tipo penal al sancionar el incumplimiento de tal deber pretende proteger el interés social en que la situación patrimonial de las personas que desempeñan o desempeñaron la función pública sea clara y transparente<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> *Ibidem*. En sentido similar, afirma INCHAUSTI (ob. cit., pp. 39 y 41/42) que esta figura protege el decoro, la dignidad y la insospechabilidad de la Administración Pública.

<sup>666</sup> Cfr. MANFRONI, Carlos, Diario “La Nación”, 5 de marzo de 1998, quien actuó como miembro del grupo de trabajo que redactó la “Convención interamericana contra la corrupción” (ley 24.759 -Adla, LVII-A, 12-); y es autor de la obra *La Convención Interamericana contra la corrupción*, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., año 1997.

<sup>667</sup> Ver D’ALESSIO, Andrés José, *Código penal, comentado y anotado, Parte especial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año 2004 actualizado, 2010, p. 864; y SOLER, ob. cit., p. 268, en cuanto destacan que la asunción de un cargo público comporta un deber especial de pulcritud y claridad en la situación patrimonial.

## E) ¿Delito de omisión o de acción?

### 1. Omisión de justificar el enriquecimiento

De acuerdo a esta interpretación, la disposición penal requiere la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable por parte del funcionario, producido con posterioridad a la asunción de un cargo público<sup>668</sup>. En consecuencia, la acción típica es no justificar el aumento patrimonial. Dicha inteligencia se sustenta en que si quien desempeña o desempeñó una función pública no justifica su enriquecimiento cuando le es requerido, afecta el interés social en que se mantenga transparente su situación patrimonial.

En esta línea, señala CREUS que el enriquecimiento es algo que preexiste a esa acción (no justificar), pero no la integra; agregando que existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en el artículo 268 (2)<sup>669</sup>. A su entender, la ley lo único que exige es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función<sup>670</sup>.

Para CHIAPPINI, teniendo en consideración que la ley no reprime el enriquecimiento ilícito sino la no explicación del origen de ese aumento patrimonial, la figura debería denominarse “no justificación de enriquecimiento”. A su criterio, el enriquecimiento patrimonial apreciable constituye un elemento objetivo del tipo penal, obviamente anterior a la acción (como lo es también el requerimiento), pero extraño a la misma<sup>671</sup>.

---

668 Postura adoptada, entre otros, por SOLER, ob. cit., p. 268; CABALLERO, ob. cit., pp. 795/796; DE LUCA y LOPEZ CASARIEGO, ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, pp. 14/16; NÚÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Editorial Lerner, Córdoba, 1976, p. 441; DONNA, ob. cit., pp. 394/398; CHIAPPINI, ob. cit., pp. 853/854; INCHAUSTI, ob. cit., pp. 61/62; CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pp. 312/313; VIDAL ALBARRACÍN, H. y G (h), ob. cit., p. 40. En cuanto a la jurisprudencia, ver CNCrim.y Correc., Sala IV, causa “Guglieminetti, Raúl A.”, 1999/10/04, *La Ley*, 2000-D, 781, donde se expresó que el delito previsto en el art. 268 (2) del Código Penal es de estructura omisiva y se consuma cuando el funcionario luego de ser debidamente requerido no justifica el incremento patrimonial percibido.

669 En igual sentido, ver LAJE ANAYA, *Comentarios..., Parte especial*, t. III, p. 160.

670 CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pp. 312/313.

671 CHIAPPINI, ob. cit., pp. 851/857. En esa tesitura, el informe de la comisión asesora en materia penal que precedió a la sanción del decreto-ley 4778/63 propugnó el giro “no justificación de incrementaciones patrimoniales del funcionario público” y NÚÑEZ, *Derecho penal argentino, Parte especial*, t. VII, Bs. As., 1974, p. 143) análogamente, propicia una fórmula similar: “no justificación de enriquecimiento patrimonial”.

En punto a la temática analizada en este apartado, DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO se adhieren a la postura que considera que nos encontramos frente a un delito de omisión. Dichos autores no encuentran inconveniente en que el centro de imputación a nivel de la tipicidad esté constituido por colocarse en situación de imposibilidad de justificación, cuando el origen es ilícito, o en el no querer justificar pudiendo hacerlo cuando el origen es lícito. Como respuesta a la observación efectuada por SANCINETTI<sup>672</sup> respecto de que el tipo penal sería inconstitucional –entre otras razones– porque para ser considerado un delito de omisión, el omitente debe estar en la posibilidad de realizar la acción mandada, y quien no puede probar un origen legítimo, porque se ha enriquecido por un delito contra la Administración Pública, técnicamente no es omitente porque ya no puede cumplir con la acción de justificar, dichos autores señalan que cuando un funcionario público se enriquece ilícitamente se ha colocado en forma voluntaria en situación de imposibilidad de justificar, y no puede por ende pretender liberarse de responsabilidad penal con relación a este delito<sup>673</sup>.

Consideran que el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no sólo porque esa conducta activa no está descrita en el artículo (principio de legalidad e interpretación restrictiva) sino porque pese a su precedencia lógica, resta un paso ontológico: el no cumplimiento de justificar la procedencia lícita. Se trata entonces de un delito de omisión, expresamente redactado por el legislador, y que no es equiparable a un tipo activo como ocurre con algunos impropios de omisión como la retención indebida (art. 173, inc. 2º), la no justificación de la salida o existencia de bienes para el quebrado (art. 176, inc. 2º), el funcionario que demora injustificadamente un pago o que rehúsa entregar los efectos custodiados o administrados (art. 264), etc.<sup>674</sup>.

Concluyen afirmando que la situación generadora del deber de justificar se nutre de dos elementos:

(a) La condición de funcionario público. Esa condición pone en conocimiento previo a todo aquél que va a asumir una función, acerca de que no es esta la vía para enriquecerse. No advierten ningún inconveniente constitucional en que a los funcionarios públicos se les exijan determinados deberes como requisito previo y permanente, desde el inicio y durante

---

<sup>672</sup> SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, ob. cit., p. 110; y *Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, ob. cit., pp. 945/946.

<sup>673</sup> DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, pp. 14/16.

<sup>674</sup> *Ibidem*.

el ejercicio de la función pública (y posteriormente respecto de aquellos actos vinculados a aquella).

(b) El objetivo, comprobado, notorio, apreciable y desproporcionado incremento patrimonial. Se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (imagen de transparencia)<sup>675</sup>.

## 2. *Delito de acción*

Quienes interpretan a esta figura como un delito de estructura comisiva<sup>676</sup>, sostienen que la acción típica consiste en enriquecerse de manera ilegítima (desproporcionada) con los fondos públicos, prevaleciéndose del cargo. De tal modo, la no justificación se convertiría en una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción. Su fundamento radica en que el interés relacionado con la claridad y transparencia que debe caracterizar la situación patrimonial de los funcionarios públicos también resulta afectado cuando se produce un enriquecimiento que no guarda relación con los ingresos legítimos del agente.

Así se ha explicado que la verdadera acción es aumentar su patrimonio de manera ilegítima e irrazonable, circunstancia que puede producirse por acciones de su titular, pero también por reflejo, es decir, por sucesión, por modificación de los valores de mercado y otros factores extraños a la diligencia y esfuerzo propios<sup>677</sup>.

Formando parte de aquella posición que entiende que el delito en estudio es (o debería ser) de acción, CASTRO señala que no deben confundirse o asimilarse los tipos de omisión a la figura del art. 268 (2), por cuanto, no hay ninguna omisión integradora del tipo y la acción claramente es *enriquecerse ilícitamente durante su función*. Este autor entiende

---

675 *Ibidem*. La inteligencia aquí descripta parece reflejarse en el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, “Yedro”, 27/3/2002, voto del juez García, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A. Allí se sostuvo que el ejercicio de la función pública comporta un supuesto de “competencia por institución” -basado en la construcción dogmática elaborada por Günter JAKOBS- que dirige al funcionario el deber de garantizar la transparencia de su situación patrimonial. La infracción a este deber, que constituye el ilícito contenido en la figura en análisis, es realizada a la vez por el incumplimiento de un “mandato” -declarar sus bienes al ingresar a la función e informar la evolución del patrimonio- y por el desconocimiento de una “prohibición” -no enriquecerse sino en la medida en que ello obedezca a la evolución normal del haber funcional o actividad compatible-. Al requerimiento de justificación patrimonial y a la no justificación que se mencionan en la figura se las considera una regla procesal a favor del acusado que permite inhibir la acusación, y que constituye una condición objetiva de punibilidad (cfr. D’ALESSIO, ob. cit., p. 867).

676 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pp. 878/879; y MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., pp. 386/387.

677 MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., pp. 385/386.

que la redacción actual del tipo penal no logra superar el análisis de constitucionalidad, por ello propone la conversión del delito a fin de constituirlo claramente en un tipo activo doloso, en el cual la conducta prohibida para el funcionario sea la de enriquecerse de manera ilegal durante la función<sup>678</sup>.

Es importante reseñar la postura adoptada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Pico”<sup>679</sup>, donde se estableció que la norma del artículo 268 (2) del Código Penal prevé un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable (“apreciable”, dice la ley) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público. El presupuesto básico para iniciar la investigación es, pues, la comprobación de ese incremento patrimonial –tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo– que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente. Asimismo, se afirmó que es condición objetiva de punibilidad la falta de justificación del incremento ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente<sup>680</sup>.

La interpretación de este delito como una figura comisiva, propone analizar dentro de la tipicidad todo lo referido al enriquecimiento y las características que debe tener para ser considerado típico. De tal forma, el requerimiento de justificación patrimonial y la no justificación en que pueda incurrir el sujeto frente a ello son problemas que se trasladan fuera del tipo penal al ser analizados como aspectos de una “condición objetiva de punibilidad”<sup>681</sup>, circunstancia que deberá cumplimentarse a fin de posibilitar la sanción al funcionario que se hubiera enriquecido de manera injustificada.

Según FONTÁN BALESTRA, dicha condición se satisface si el funcionario no justifica el enriquecimiento cuando así le es requerido concretamente<sup>682</sup>. Esa misma postura ha sido

---

678 CASTRO, Julio César, *El enriquecimiento de los funcionarios públicos*, que se puede consultar en <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/ilicito.htm>. Propone como alternativa la siguiente redacción normativa: “Será reprimido con reclusión o prisión..., multa e inhabilitación el funcionario público que se enriqueciera ilícitamente, con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento cuando el patrimonio se hubiera incrementado con dinero, cosas o bienes o cuando hubiera cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular tal enriquecimiento será sancionada conforme las reglas generales de la participación criminal”.

679 CN Casación Penal, Sala I, causa 2697, “Pico, José Manuel”, 08/05/2000, *La Ley*, 2001-D, 252.

680 Igual postura fue adoptada en CNCasación Penal, Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, 09/05/2005; CN Fed. Crim. y Correc., Sala II, causa n° 20.428, “Coletti, Ricardo E. s/nulidad”, 04/05/2004; CNCrim. y Correc., Sala I, causa n° 21.676, “Culotta, María Silvina y otro s/ procesamiento”, 06/10/2004; TOCrim. Fed. N° 4, causa Nro. 684, “Alsogaray, María Julia s/ enriquecimiento ilícito” (el fallo completo puede consultarse en BRUZZONE y GULLCO: ob. cit., p. 193/288); y CApel.Concepción del Uruguay, Sala Penal, “Yedro”, 23/03/2002, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A.

681 D’ALESSIO, ob. cit., p. 869.

682 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pp. 878/879.

recogida en diferentes pronunciamientos jurisdiccionales, donde se afirma que con ello se pretende brindar una posibilidad más de defensa a quien es sospechado de haberse enriquecido en forma injustificada<sup>683</sup>. Empero, se ha criticado esta tesis al sostenerse que si el funcionario al ser debidamente requerido decide hacer uso de su derecho constitucional a no declarar, el ejercicio de tal facultad daría lugar a que quede habilitada la penalización de la conducta que se le reprocha<sup>684</sup>. Sin embargo, debe repararse que tal cuestionamiento es superado en la jurisprudencia asignando un alcance diferente a esta condición objetiva de punibilidad. Así, en lugar de sostenerse que ese requisito se materializa si el funcionario no justifica el enriquecimiento cuando le es requerido, se alega que la figura sólo requiere que se formule el “requerimiento de justificación patrimonial”, con independencia de si luego el agente logra o no justificar el enriquecimiento que se advierte en su patrimonio. También se afirma que de ese modo la cláusula del requerimiento constituye una posibilidad más de defensa en garantía del imputado<sup>685</sup>.

La interpretación de este delito como una figura de acción ha merecido otro cuestionamiento, ello al afirmarse que el enriquecimiento no constituye un comportamiento porque sólo significa una comparación de un estado patrimonial en dos momentos diferentes<sup>686</sup>.

No obstante, explica D’ALESSIO<sup>687</sup> que nada impide afirmar que el concepto de enriquecerse, además de referir a una situación patrimonial, atrapa también a los diferentes actos individuales que produjeron ese enriquecimiento, que incluso pueden consistir en la realización de algún acto jurídico –por ej., la suscripción de un contrato que simule una relación profesional inexistente que produjo un incremento patrimonial, o la percepción de sobresueldos indebidos en la Administración Pública<sup>688</sup>– tal como sucede con otras figuras

---

683 Entre otros: CNCasación Penal, Sala I, “Pico”, 05/08/2000, *La Ley*, 2001-D, 252; TOCrim. Fed. N° 4, “Alsogaray”, 31/05/2004, publicado en BRUZZONE y GULLCO, ob. cit., pp. 193/288.

684 Entre otros, MARTÍNEZ VEGA, ob. cit., pp. 29/35; DONNA, ob. cit., pp. 388/389 y SANCINETTI: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.– Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho”, ob. cit., pp. 48/55, 95/97 y 119/122.

685 CApel. de Concepción del Uruguay, “Yedro”, 27/03/2002 -voto del juez García- *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A; CNCrim. y Correc. Fed., Sala II, “Coletti”, 04/05/2004 y CN Casación Penal, Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, del 9/05/2005. Cfr. D’ALESSIO: ob. cit., p. 872.

686 SANCINETTI: *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2º, Código Penal– Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 27/28.

687 D’ALESSIO, ob. cit., p. 869.

688 Cfr. TOCrim. Fed. N° 4, “Alsogaray”, 31/05/2004, publicado en BRUZZONE y GULLCO, ob. cit., pp. 193/288.

delictivas<sup>689</sup>. Se ha sostenido que de acuerdo a las particularidades de cada caso pueden darse situaciones en que un único hecho altamente lucrativo enriquezca a su autor, y otras en que exista todo un proceso paulatino con múltiples hechos que hayan acrecentado el caudal patrimonial. En este último supuesto, deberá entenderse que se trata de un delito continuado si se verifica que el autor ha obrado con unidad de designio<sup>690</sup>.

Es importante destacar que la evaluación de la justificación del incremento patrimonial con relación a los ingresos lícitos del funcionario es una cuestión que se encuentra a cargo de los órganos de persecución penal, que deberán acreditar con absoluta certeza que el enriquecimiento es injustificado. En este aspecto la intervención del funcionario no juega ningún papel<sup>691</sup>, pues la exigencia de que se efectúe el requerimiento de justificación patrimonial se relaciona con la condición objetiva de punibilidad prevista por la figura analizada<sup>692</sup>.

## F) Acción típica

Existen dos posturas diferentes respecto del contenido de la acción típica<sup>693</sup>, ello según se interprete a la figura en análisis como un delito de omisión o de acción<sup>694</sup>. Más allá

---

689 Por ejemplo, el delito de administración infiel previsto en el artículo 173 inciso 7° del Código Penal. Ver D'ALESSIO, ob. cit., p. 869.

690 INCHAUSTI: ob. cit., p. 47.

691 En CNCasación Penal, Sala I, "Pico", 05/08/2000, *La Ley*, 2001-D, 252, se sostuvo que para provocar la apertura de la instrucción formal y, con mayor razón, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, el representante del Ministerio Público Fiscal y el juez instructor deberán contar con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente. Ver en el mismo sentido, CApel. de Concepción del Uruguay, "Yedro", 27/03/2002 –voto del juez García- *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A y CNFed. Crim y Correc., Sala II, causa n° 20.428, "Coletti, Ricardo E. s/nulidad", 04/05/2004.

692 Cfr. D'ALESSIO: ob. cit., pp. 869/870.

693 Puede encontrarse una prolija síntesis de este punto en DONNA, ob. cit., pp. 394 y ss.

694 En su oportunidad ha señalado NÚÑEZ (*Tratado de Derecho penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1971) –considerado el mentor del diseño de la figura– que se trata de una figura compleja, en cuanto el tipo exige un enriquecimiento apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que lo haga. Así, el primero sería un acto positivo, mientras que el segundo representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente una imposibilidad de hacerlo. Esta postura parece haber recibido acogida jurisprudencial en el voto del Dr. IRURZUN, fallo "Gentile O." (CNFed. Crim y Correc., Sala I, 11/10/94, causa 25.566, J.P.B.A., t. 91, f. 482, p. 286). Es necesario señalar que en la última edición de su Manual (*Manual de Derecho penal, Parte especial*, segunda edición actualizada por Victor F. REINALDI, Marcos LERNER, Córdoba, 1999, p. 456) esta posición se ha modificado al sostener que el delito es de omisión, el cual se verifica cuando una autoridad competente para investigar en el caso concreto la comisión de un delito o la conducta del sospechado como funcionario o empleado le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba, o la inexistencia del enriquecimiento o que su origen, legítimo o ilegítimo, está desvinculado del ejercicio del cargo o empleo o de su calidad de funcionario o empleado. Por su parte, Julio CHIAPPINI (ob. cit., pág. 853) nos recuerda que NÚÑEZ ya en su Manual del año 1985 parecía haberse apartado de su criterio anterior, pues



de las diversas aristas jurídicas que presenta la figura analizada, es evidente que uno de los problemas esenciales de la misma radica en la determinación de la acción típica, y en la identificación concreta del momento consumativo del delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal. Ello así por cuanto la adecuada resolución de este elemento habrá de tener directa relación con el análisis de constitucionalidad de la norma en cuestión.

Conforme a lo señalado a lo largo del presente capítulo, hemos advertido que existen dos formas diferentes de interpretar a este delito. En tal sentido, para la mayor parte de la doctrina nos encontramos frente a un *delito de omisión*, definido por la falta de justificación del origen del enriquecimiento. Mientras que otros autores clasifican a esta figura como un *delito de comisión*, en cuyo caso la acción delictiva consistirá en el indebido incremento del patrimonio durante el ejercicio de la función pública, o en el lapso de dos años luego de su cese.

Si bien las posiciones descritas han sido ya profundizadas, es importante destacar que la jurisprudencia de los últimos años ha demostrado decidida adhesión respecto de aquella postura que interpreta a la figura de enriquecimiento ilícito como un delito de comisión. Por ello es necesario efectuar una prieta síntesis de las decisiones jurisprudenciales más relevantes.

De esta manera se ha manifestado la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “*Pico*”<sup>695</sup>, al señalar que la norma del artículo 268 (2) del Código Penal prevé un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable (“apreciable”, dice la ley) e injustificada durante el ejercicio de un cargo público. El presupuesto básico para iniciar la investigación es, pues, la comprobación, a *prima facie* de ese incremento patrimonial -tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo- que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente. Asimismo, se afirmó que la falta de justificación del incremento ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente adquiere la naturaleza de una condición objetiva de punibilidad, constituyendo en definitiva un resguardo más de la garantía de defensa a favor del imputado.

---

además de no aludir a la estructura del delito complejo, explicaba que la figura es de omisión y que la omisión de justificar, precisamente, consuma el hecho. Nosotros debemos agregar que ya NÚÑEZ refería este último criterio en el Manual editado en el año 1976.

695 CNCasación Penal, Sala I, causa 2697, “Pico, José Manuel”, 08/05/2000, *La Ley*, 2001-D, 252.

Posteriormente, la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal entendió en la causa “*Coletti*”<sup>696</sup> que el juicio de disvalor ínsito en esta figura, se encuentra conformado por todos los datos objetivos que demuestran la existencia de un incremento patrimonial injustificado o sin razón alguna, y no por el hecho de que el funcionario no justifique su enriquecimiento cuando así le es requerido. En virtud de ello, se aclaró en dicha resolución que la consumación de este delito es anterior e independiente del requerimiento de justificación que menciona la figura, y que no puede asignarse entidad delictiva ni a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado libre de presiones y sujeciones de cualquier índole y no sometido a la coacción que implica la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal. El requerimiento, en consecuencia, no constituye un elemento típico sino un requisito indispensable para la progresividad de la acción jurisdiccional<sup>697</sup>.

Es importante señalar que la postura que estamos desarrollando fue también adoptada en los autos “*Alsogaray*”, por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de Capital Federal<sup>698</sup>, fallo que constituye el antecedente que, vía recurso de casación, posibilitó el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Continuando con la presente descripción, corresponde hacer mención al precedente dictado por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, en oportunidad de resolver la causa “*Culotta*”<sup>699</sup>, donde se afirmó que el tipo penal del art. 268 (2) es comisivo, basado específicamente en el enriquecimiento indebido que afecta al correcto desempeño de la Administración Pública en la esfera patrimonial, desviando dineros públicos hacia el provecho particular. Aclarando, además, que la acción típica (aunque esté pésimamente redactada) es la prohibición de utilizar fondos públicos para el propio enriquecimiento, conducta notoriamente activa.

---

696 CNCrim. y Correc. Fed., Sala II, “*Coletti*”, c. 20.428, 04/05/2004.

697 Fallo dictado por la CNFed. Crim. y Correc., Sala I, causa n° 25.566 “*Gentile*”, reg. n° 789 del 14/10/94, voto del Dr. Martín IRURZÚN.

698 TOFed. N° 4, causa Nro. 684, “*Alsogaray, María Julia s/ enriquecimiento ilícito*”, 31/05/2004 (publicado en BRUZZONE y GULLCO: ob. cit., pp. 193/288).

699 CNCrim. y Correc., Sala I, causa n° 21.676, “*Culotta, María Silvina y otro s/ procesamiento*”, 06/10/2004.

De este modo, y respetando un orden cronológico, arribamos a la decisión adoptada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal al expedirse en los autos “*Alsogaray*”<sup>700</sup> donde se sostuvo que el delito se configura con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública. Esto implica que corresponderá al Estado probar el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública, en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas.

Sin lugar a dudas, consideramos que entender al artículo 268 (2) del Código Penal como un delito de comisión, cuya acción típica se encuentre constituida precisamente por la conducta de enriquecerse de manera desproporcionada e injustificada durante el ejercicio de la función pública, constituye la postura que mejor se adecúa al análisis constitucional de la norma<sup>701</sup>.

En virtud de todo lo reseñado, y luego de haberse efectuado una descripción de aquellas posturas doctrinales y decisiones jurisprudenciales más relevantes, es dable advertir que en la actualidad ha comenzado a prevalecer en el ámbito jurisprudencial la aplicación de aquel criterio que interpreta al delito de enriquecimiento ilícito como una figura de acción. Circunstancia que de acuerdo a lo analizado precedentemente, constituye a nuestro juicio la manera más adecuada de entender y aplicar el delito bajo análisis. De acuerdo al desarrollo dogmático alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia, una posible síntesis de dichos principios permitiría señalar que la norma debería reprimir al funcionario que se enriqueciere patrimonialmente de manera considerable e injustificada<sup>702</sup>.

De tal manera, el delito debe expresarse claramente como una figura comisiva, resultando innecesaria la previsión expresa del debido requerimiento de justificación, ya que a nuestro criterio el acusado contará con la posibilidad de explicar el origen del apreciable incremento patrimonial durante todo el curso del proceso, ello como una lógica

---

700 CNCasación Penal, Sala IV, causa 4787, “*Alsogaray, María Julia*”, 09/05/2005.

701 Cfr. TODARELLO, Guillermo Ariel: “El caso *Alsogaray*. Una nueva decisión jurisprudencial que interpreta la figura de enriquecimiento ilícito como delito de acción”, *Suplemento de Derecho penal y procesal penal de La Ley*, 28 de octubre de 2005, pp. 47/56.

702 Cabe señalar que Julio Cesar CASTRO, en su trabajo citado precedentemente, ha elaborado un proyecto de redacción del artículo en cuestión, donde también decididamente convierte a la figura en un tipo doloso de acción. Por otra parte, esta parece ser la postura adoptada por la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la cual establece en su art. 20 la necesidad de “...*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*”.

manifestación del correspondiente debido proceso legal en el que se asegure el adecuado ejercicio del derecho de defensa cubierto por todas las garantías previstas en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin embargo, aquellos que consideren necesaria la formulación del mencionado requerimiento de justificación, entendemos que resulta conveniente aclarar que el mismo deberá ser ejecutado como una condición de punibilidad desvinculada de la respuesta (o del silencio) del agente sospechado<sup>703</sup>.

### **G) Sujeto activo**

Autor de este delito puede ser toda persona que ocupe un cargo público mientras permanece en el mismo, y hasta dos años contados a partir de que cesó en éste. Dicho cargo puede ser desempeñado en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles, es decir, nacional, provincial o municipal<sup>704</sup>.

Se trata de un delito especial en sentido estricto o propio; donde el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico. La participación será posible en cualquier forma en tanto el autor sea el sujeto calificado por la ley<sup>705</sup>.

### **H) El enriquecimiento**

En virtud de la reforma introducida por la ley 25.188, el enriquecimiento debe ser entendido como un incremento patrimonial que puede consistir tanto en un aumento del activo como una disminución del pasivo. La norma prevé expresamente que “*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*”.

---

703 Ver Punto 3.7 del presente Capítulo: Contenido y naturaleza del debido requerimiento.

704 DONNA: ob. cit., p. 403, CREUS: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pp. 312/313 y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pp. 875 y ss.

705 *Ibidem*.

Con relación a su magnitud, el tipo penal exige que deba ser “apreciable”<sup>706</sup>. Será tal cuando sea suficientemente grande, cuantioso o importante. Señala DONNA<sup>707</sup> que en realidad esta definición corresponde al vocablo “considerable” cuyo uso en la descripción legal, a su entender, hubiese sido preferible, por cuanto expresa con mayor justeza el sentido de la acción inculpada<sup>708</sup>. Asimismo, AGUIRRE OBARRIO explica que la voz “apreciable” es equívoca, y que debe interpretársela como un aumento importante, tal cual lo decía el decreto-ley 4778/63<sup>709</sup>.

Respecto al momento del enriquecimiento, el mismo debe haberse producido con posterioridad a la asunción del ejercicio funcional, o luego de haber cesado en el cargo hasta dos años después del cese<sup>710</sup>.

#### **D) El debido requerimiento**

Se ha considerado que el debido requerimiento al que alude el artículo 268(2) del Código Penal es precisamente el acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con fuerza de ley al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la constatación de un incremento apreciable de su patrimonio, o del de persona interpuesta para disimularlo, producido durante el desempeño de la función, y que tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que su procedencia reconoce un origen legítimo<sup>711</sup>.

---

706 El adjetivo apreciable se aparta del proyecto SOLER de 1960 que establecía en su art. 346, inc. d) “*un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público*”; dicho término (apreciable) fue incorporado por NUÑEZ en el anteproyecto que elevó al Poder Ejecutivo desde el Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba en 1963. Cfr. CABALLERO, ob. cit., p. 796.

707 DONNA, ob. cit., p. 398.

708 También FONTAN BALESTRA, ob. cit., pp. 878/880, entiende que debió utilizarse el término “considerable” o “importante”.

709 MOLINARIO Y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 387. Aclara CHIAPPINI (ob. cit., p. 855) que el adjetivo “apreciable” también había sido empleado en el Proyecto Peco de 1941 (art. 324). Mientras que proyectos posteriores escogieron calificativos análogos: “considerable” (Proyecto de Soler de 1960), “importante” (decreto-ley 4778/63). La confusión que encierra el término “apreciable” es que no distingue cuantía alguna y entonces bastaría un enriquecimiento mínimo para que pueda darse la circunstancia del tipo. El Diccionario de la Real Academia Española remite al verbo “apreciar”, relativo sí a medidas, pero no necesariamente importantes (20 ed., t. I, Madrid, 1984, p 113).

710 *Ibidem*.

711 C7ª Crim. de Córdoba, 20-10-98, “Angeloz, Carlos M. y otros”, L.L. C 1999-94.

Dicho requerimiento debe ser específico<sup>712</sup> sin omisión de particularidad alguna en cuanto a evidenciar accidentes de tiempo, lugar y modo<sup>713</sup>. De lo contrario y ante falta del debido requerimiento, el funcionario no se encuentra obligado a justificar<sup>714</sup>.

Expresa CREUS que la omisión de justificar es típica si ha mediado un debido requerimiento específico para que se justifique el enriquecimiento; a su entender ese requerimiento puede formularse mientras el funcionario ocupe cargos públicos o en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función<sup>715</sup>.

Diferente resulta ser la postura de DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, para quienes la expresión “*debidamente requerido*” debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el cual el acusado cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar prueba y ser oído. En virtud de ello, no tiene por qué ser un acto administrativo formal dado por un funcionario administrativo, fiscal o juez<sup>716</sup>.

Para FONTÁN BALESTRA, quien interpreta esta figura como un delito de acción, el no justificar ese enriquecimiento es una condición objetiva de punibilidad. Señala que de acuerdo al texto de la ley 25.188 el requerimiento no sólo puede ser efectuado luego de que el funcionario haya cesado en su cargo, sino que la acción de enriquecerse ilícitamente puede haber tenido lugar hasta dos años después de haber ocurrido dicha circunstancia.. A su entender también es posible que el requerimiento se lleve a cabo luego de transcurridos esos dos años, pero siempre respetando ese límite para el enriquecimiento<sup>717</sup>.

CHIAPPINI señala que el término para requerir no es “sine die”; si el sospechado ha dejado de ocupar el cargo el tiempo útil no puede exceder del máximo de la pena; es decir, seis años<sup>718</sup>. Plazo que a nuestro criterio deberá computarse desde el vencimiento de los dos años que transcurrieron después de haber cesado en el cargo.

---

712 DONNA: ob. cit., p. 400; con cita de NUÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. V. vol. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, año 1992, p. 146; CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 421.

713 C7ª Crim. de Córdoba, 20-10-98, “Angeloz, Carlos M. y otros”, L.L. C 1999-94.

714 CABALLERO, ob. cit., p. 796.

715 CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pp. 312/313.

716 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit, SJP de L.L., 25/02/2000, p. 16.

717 FONTAN BALESTRA, ob. cit., pp. 878/879.

718 CHIAPPINI, ob. cit., p. 856.

## J) Autoridad competente para efectuar el requerimiento

Existen diversas opiniones acerca de la autoridad que se encuentra facultada para llevar a cabo el debido requerimiento. Por un lado, se sostiene la indiscutida potestad que al efecto detentarían los órganos jurisdiccionales ante los cuales se investiga la conducta del funcionario<sup>719</sup>. Al respecto se ha señalado que el requerimiento de justificación podría realizarlo el juez, la autoridad policial que investigue el enriquecimiento<sup>720</sup> o el fiscal de instrucción<sup>721</sup>.

En general, la doctrina coincide en extender dicha facultad a la autoridad administrativa de la que el funcionario depende, a ciertos organismos administrativos encargados de examinar la conducta de los agentes en la función pública —por ejemplo, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas de la Nación—, a los cuerpos legislativos cuando realizan funciones de investigación sobre actividades en otros poderes o en orden al desafuero de sus propios miembros y a los organismos de enjuiciamiento de jueces<sup>722</sup>.

Con relación a la facultad asignada al órgano jurisdiccional, DONNA<sup>723</sup> advierte que la conjunción de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional establece que la obligatoria investigación de un hecho presuntamente constitutivo de ilícito impone la anterioridad de éste al proceso mismo; entonces, al ser el requerimiento un elemento circunstancial del tipo, indispensable para su consumación —al menos para la mayoría de los autores que lo interpretan como un delito de omisión<sup>724</sup>—, en caso de admitirse la facultad

---

719 *Ibidem*, p. 855. Señala CHIAPPINI que sólo el juez que puede investigar el delito es quien se encuentra facultado para efectuar el requerimiento. Asimismo, aclara que en algunos regímenes procesales puede extenderse al Ministerio Fiscal como titular de la acción pública. Por su parte, CABALLERO (ob. cit., pp. 796/797), no duda en reconocer que los jueces están plenamente munidos de esa facultad de “requerir” que expresa la norma, además, a su entender sólo ellos estarían en condiciones de requerir también a la “persona interpuesta para disimularlo”, aquella que ha “prestado su nombre” con el fin de disimular el enriquecimiento del agente, ya que la persona interpuesta no está sujeta a la exigencia de la participación del art. 45 del Código Penal. Asimismo, señala que también será competente la autoridad administrativa de quien depende el funcionario, siendo lógico que sean los organismos administrativos superiores los encargados de examinar la conducta de sus agentes y empleados.

720 NÚÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. V, vol. II, ob. cit., año 1992, pp. 145/146.

721 D’ALESSIO, ob. cit., p. 865.

722 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 880.

723 DONNA, ob. cit. págs. 445 y sig., cita así también el mismo sentido a CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., págs. 422 y sig.

724 Cabe recordar que, si bien DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO (ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, p. 16) interpretan a la figura como un delito de omisión, la expresión “debidamente requerido” debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el que el acusado cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar prueba y ser oído. En virtud de ello, no tiene por qué ser un acto administrativo formal dado por un funcionario administrativo, fiscal o juez.

de requerir a los jueces, se consagraría la posibilidad de un proceso previo al hecho objeto de investigación. Por tanto, el requerimiento previsto por el tipo penal como una de sus exigencias debe ser entendido como un acto de un tercero ajeno a la actividad jurisdiccional<sup>725</sup>.

Esta posición ha sido acogida en alguna oportunidad por la jurisprudencia, considerando que el requerimiento no puede ser suplido por el acto de la indagatoria judicial llevado a cabo por el juez de instrucción; por tanto al ser aquél una exigencia del tipo, su ausencia impide la justificación y, en consecuencia, la tipificación de la conducta punible<sup>726</sup>.

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos se inclinan por la posición contraria. Así se ha afirmado la validez –a tenor del artículo 268 (2) del Código Penal– del requerimiento efectuado por el juez instructor al recibirle declaración al imputado<sup>727</sup>. También se dijo que si la investigación se inicia en sede judicial, de oficio o por denuncia, podrá requerir la justificación del enriquecimiento el propio fiscal o el juez a solicitud fiscal, y hasta excepcionalmente podrá hacerlo el juez en el acto de la indagatoria, si en el curso del proceso surgen otros hechos que presuntamente integren el enriquecimiento ilícito ya imputado; en esa hipótesis, puede el juez mismo formular requerimiento ampliatorio, sin necesidad de retrotraer el procedimiento. La solución es práctica y no afecta los derechos del imputado, por cuanto el requerimiento no está subordinado a las garantías procesales<sup>728</sup>.

---

<sup>725</sup> CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., p. 314 y DONNA, ob. cit., págs. 445 y sig.

<sup>726</sup> C7ª Crim. de Córdoba, 20-10-98, “Angeloz, Carlos M. y otros”, L.L. C 1999-94 y CNFed. Crim. y Correc., Sala II, “Gostanian”, 10/06/2003, donde se rechazó la posibilidad de que el requerimiento de justificación patrimonial sea un acto que pueda ser efectuado por el juez, en virtud de que tal interpretación conduce a la afectación del derecho de defensa del imputado y la garantía contra la autoincriminación. Además, se destacó que la intervención del juez de instrucción debe estar encaminada a comprobar si se ha cometido algún hecho ilícito, y no a provocar la situación que genere el deber cuya omisión se sanciona como delictiva en el art. 268 (2) del Código Penal. En similar sentido, resolvió la CNFed. Crim. y Correc., Sala I, en “Liporaci”, 17/06/2003, al rechazar un planteo de nulidad del requerimiento de justificación patrimonial efectuado por el fiscal al que se le había delegado la instrucción de la causa.

<sup>727</sup> CNCrim. y Correc., Sala A de Feria, 15-1-98, “Pico, José Manuel”, L.L. 1998-F. 733 y CNCrim. y Correc., Sala I, “Bobbioni, Jorge Héctor”, 10/08/2003.

<sup>728</sup> C.Acus. de Córdoba, 15-10-96, “Angeloz, Carlos M.”, L.L. C. 1997-350. Asimismo, el requerimiento ha sido efectuado por el juez de instrucción en los siguientes casos: CCrim. Correc. La Plata, “Nicora”, 07/05/1997 (JPBA, t. 98, f. 393); CNCrim. y Correc., Sala de feria A, “Pico”, 10/01/1998 (La Ley, 1998-F, 733); CNCrim. y Correc., Sala IV, “Guglielminetti”, 04/10/1999 (La Ley, 2000-D, 781); CNCrim. y Correc., Sala I, “Llanos”, 31/07/2000 (La Ley 2000-F, 946), en este último fallo se sostuvo que el juez luego de haber acreditado, sin colaboración del imputado, el incremento patrimonial apreciable no acorde a los ingresos del funcionario, recién puede convocarlo a que brinde explicaciones al respecto. En cambio, en TOFed.Nº 4, “Alsogaray”, 31/05/2004, el juez instructor corrió vista al fiscal de instrucción a fin de que elabore el requerimiento de justificación patrimonial; y en CNFed. Crim. y Correc., Sala I, “Liporaci”, 17/06/2003 y en CNFed. Crim. y Correc., Sala II, “Coletti”, 24/05/2004, el requerimiento lo efectuó el fiscal a quien se había delegado la instrucción de la causa.



Por otra parte, se ha dicho que la declaración informativa en la que –luego de manifestar conformidad para el acto– se le requirió al compareciente que diera explicaciones satisfactorias acerca del enriquecimiento que se constatará en su patrimonio a partir de su asunción como funcionario público, es un acto procesal válido a los fines del artículo 268 (2) del Código Penal, ya que está claro para el declarante el objeto del acto, el cual no se trata de una declaración indagatoria<sup>729</sup>. No obstante, también es posible advertir casos en que este acto ha sido realizado a través de un órgano ajeno al jurisdiccional, o por medio del Ministerio Público que se encuentre investigando la comisión de este delito<sup>730</sup>.

### **K) Contenido y naturaleza del debido requerimiento**

Resulta fundamental definir el contenido y la naturaleza que habrá de asignarse a este elemento, ya que la decisión que se adopte en tal sentido repercutirá de manera inevitable respecto de su análisis de constitucionalidad.

Se debe tener en cuenta que más allá de las objeciones de índole constitucional destacadas por la doctrina, no cabe concluir ineludiblemente en la inconstitucionalidad de la figura en la medida en que exista la posibilidad de adoptar una interpretación que permita superar los vicios apuntados<sup>731</sup>.

En este sentido, es dable advertir una inteligencia diferente respecto de este elemento, tal como aquella que afirma que sólo se necesita el requerimiento, *independientemente* de lo que el agente declare<sup>732</sup>. Es decir, que la circunstancia inexcusable es precisamente el requerimiento, pero al desvincularse la respuesta del agente, y no ser por

---

729 C2ª Crim. y Correc. de La Plata, 7-5-97, “Nicora, J. L.”, c. 81.670, J.P.B.A. f. 393, t. 98, p. 127.

730 C7ª Crim. Córdoba, “Angeloz”, 20/10/1998, L.L. Córdoba, 1999-95, donde el requerimiento fue realizado por el Fiscal del Estado como órgano constitucionalmente encargado del control de la legalidad administrativa y de la defensa del patrimonio público provincial, a solicitud del fiscal de instrucción que investigó la evolución patrimonial del imputado en virtud de la denuncia formulada en su contra. En C N Fed. Crim. y Correc., Sala II, “Gostanian”, 10/06/2003, el requerimiento había sido efectuado por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, previamente a denunciar ante el órgano jurisdiccional la comisión de este delito en razón de que el funcionario requerido no había contestado satisfactoriamente ese requerimiento (cfr. D’ALESSIO, ob. cit., p. 866).

731 Ha sido conteste el Máximo Tribunal en señalar que la inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, y sólo puede ser declarada cuando ella resulte inconciliable con los principios de nuestra ley fundamental. De este modo, de todas las interpretaciones posibles debe adoptarse aquella que no violente la Constitución Nacional (Fallos 321:2021, entre muchos otros). Cfr. CNCasación Penal, Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, 09/05/2005.

732 CApel. de Concepción del Uruguay, “Yedro”, 27/03/2002 -voto del juez García- Nueva Doctrina Penal, 2003/A; CNCrim. y Correc. Fed., Sala II, “Coletti”, 04/05/2004 y CN Casación Penal, Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, 09/05/2005. Cfr. D’ALESSIO: ob. cit., p. 872.

tanto obligatoria, dichas explicaciones (o su silencio) sólo pueden ser interpretadas como manifestaciones integrantes de su derecho de defensa.

En coincidencia parcial con este criterio, se ha elaborado una construcción que sostiene que el término “al ser debidamente requerido” que contiene el tipo que se analiza no debe ser considerado como un acto formal, emanado de autoridad administrativa o judicial, en el que se le piden explicaciones al requerido sobre aspectos concretos de su evolución patrimonial; sino que esa expresión debe entenderse como el debido proceso legal, en virtud del cual el agente cuente con la posibilidad de defenderse en relación a la imputación que se le formule. Esta construcción parte de considerar que la condición de funcionario público del sujeto, junto al “objetivo, comprobado, notorio y apreciable” incremento patrimonial, son las circunstancias que generan la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico –transparencia–, es decir, justificando los motivos del enriquecimiento. En el proceso penal, se le imputará la existencia de un incremento patrimonial apreciable no justificado<sup>733</sup>. Igual postura puede observarse en diversos pronunciamientos judiciales en los que se sostiene que el reproche que contiene esta figura no radica en el hecho de que el funcionario no ha cumplido con el requerimiento de justificación que se le ha efectuado en la causa -el que se atribuye a la posibilidad de ejercer el derecho de defensa-, sino en la existencia de un incremento patrimonial que no resulta justificado de acuerdo a sus posibilidades legítimas y conocidas de enriquecimiento<sup>734</sup>.

---

733 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO: ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, p. 15/16. Interpretación realizada en el voto del juez García en CApel. Concepción del Uruguay, “Yedro”, 27/03/2002, Nueva Doctrina Penal, 2003/A. Allí se afirmó que el ejercicio de la función pública comporta un supuesto de “competencia por institución” que dirige al funcionario el deber de garantizar la transparencia de su situación patrimonial (con cita de JAKOBS). La infracción a este deber, que constituye el ilícito contenido en la figura en análisis, es realizada a la vez por el incumplimiento de un “mandato” (declarar sus bienes al ingresar a la función e informar la evolución del patrimonio) y por el desconocimiento de una “prohibición” (no enriquecerse sino en la medida en que ello obedezca a la evolución normal del haber funcional o actividad compatible, y además se refleje para el control público). Al requerimiento de justificación patrimonial y a la no justificación que se menciona en la figura se las considera una regla procesal a favor del acusado que permite inhibir la acusación, y que constituye una condición objetiva de punibilidad.

734 CN Casación Penal, Sala IV, causa 4787, “Alsogaray, María Julia”, 09/05/2005; C7° Crim. Córdoba, “Angeloz”, 20/10/1998, LLC, 1999-95, y CNCrim. y Correc., Sala I, “Argüello”, 04/11/2002, sostienen que al Estado incumbe la tarea de probar que el incremento patrimonial apreciable no se encuentra justificado. En CNCrim. y Correc., Sala IV, “Guglielminetti”, 04/10/1999, La Ley, 2000-D, 781, se sostuvo que siendo la indagatoria un acto de defensa lo que se valora negativamente no es la negativa a justificar, sino todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial sin razón alguna. En CNFed. Crim. y Correc., Sala I, “Gentile”, 11/10/1994, JPBA, t. 91, f. 482, en el voto del juez Irurzun, se sostuvo que la consumación de este delito no depende de un requerimiento en particular por parte del Estado, que no quita ni agrega nada a la decisión del funcionario de no explicar el origen del beneficio económico. Agregó que el acto en el cual el juez convoca al imputado a declarar en la causa -en este caso se trataba de la declaración informativa prevista en el antiguo código procesal- no constituye el requerimiento que exige la figura, sino que éste ya se materializa con la existencia misma de las actuaciones judiciales en las que se ve comprometida su responsabilidad.

Advierte D'ALESSIO que estas apreciaciones parecen acercarse a la postura de quienes entienden que este delito contiene un tipo comisivo, pues parecen poner el énfasis en que el sujeto se haya enriquecido injustificadamente y no en la omisión de haber cumplido con la justificación requerida<sup>735</sup>.

## L) El contenido de la prueba

El autor ha de probar el origen, es decir, la procedencia del enriquecimiento apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo; debe fundamentar cómo ha hecho para evolucionar de esa manera a nivel patrimonial<sup>736</sup>. Se ha considerado que la única justificación requerida por el tipo de enriquecimiento ilícito es la acreditación de una causa de aumento patrimonial extraña al desempeño de la función<sup>737</sup>.

Sin embargo, se discute si debe eximirse de responsabilidad al agente que prueba haberse enriquecido a través de una causa ilícita distanciada del ejercicio de su función. Para determinados autores, si la conducta típica es la de “no probar la procedencia del enriquecimiento”, no puede hablarse de una exigencia sobre el origen lícito del incremento, en consecuencia, lo único que se requiere es la acreditación de una causa extraña al desempeño de la función<sup>738</sup>. Otra interpretación sostiene que el enriquecimiento apreciable sólo permite que se pruebe su licitud. Si ello no ocurre o si el mismo proviene de actos ilícitos no habrá justificación<sup>739</sup>. En este sentido, la prueba de que el requerido se valga para

---

735 D'ALESSIO, ob. cit., pp. 866/867.

736 LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 161.

737 CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, “Pico, José Manuel”, L.L. 1998-F-733. Así, ha entendido LAJE ANAYA (ob. cit., t. III, p. 162) que el agente debe demostrar que el incremento patrimonial ocurrido luego de la asunción del cargo obedece a otra razones, es decir que no está vinculado a su condición de empleado o funcionario.

738 DONNA, ob. cit., pp. 402/403 y CREUS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 419. Según este autor, si el sujeto requerido imputa el incremento patrimonial al producto de la comisión de algún delito, extraño al desempeño de la función pública, habrá justificado el enriquecimiento y no se configuraría el tipo penal que aquí se analiza. Considera que la disyuntiva en que se vería entre confesarse autor de un delito y no hacerlo y constituirse así en autor del delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal no merece objeción constitucional –nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, art. 18 CN-, pues aquella disyuntiva no nace de la ley sino de la propia conducta ilícita del sujeto, ob. cit., pp. 426/427.

739 CABALLERO, ob. cit., p. 797.

justificar la licitud de la procedencia del acrecentamiento patrimonial, puede ser de cualquier naturaleza; la ley no contiene limitaciones<sup>740</sup>.

Para DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, el término “justificar” indica un doble origen: el de probar algo y el de que esa prueba se adecúe a parámetros de justicia. Es decir, que en este caso concreto no se trata de la prueba causal, racional o psicológica de por qué ocurrieron determinadas circunstancias, sino además de que ellas fueron jurídicas, de acuerdo con el sistema legal. Por ello, un incremento originado en un delito, no puede considerarse justificado<sup>741</sup>. En igual sentido, expresa D’ALESSIO que parece más adecuado con el significado que puede asignarse al verbo justificar, sin forzar el concepto que él encierra, entender que el cumplimiento del deber impuesto sea limitado al supuesto en que se acredite que el incremento patrimonial tiene origen legal<sup>742</sup>.

#### **M) Participación criminal. La persona interpuesta**

La persona interpuesta de la cual habla la parte final del artículo, es quien simula haber incrementado su patrimonio para encubrir el interés del agente; se trata del testafarro, es decir, un tercero que aparece como titular de bienes que, en rigor, son de propiedad del requerido. Se ha entendido que no es necesario el requerimiento al personero ya que la ley no lo exige, pero sí es condición previa, para que se pueda actuar en su contra, el requerimiento al funcionario<sup>743</sup>.

Con anterioridad a la reforma de la ley 25.188, a la persona interpuesta le correspondía una pena disminuida, como si se tratase de un partícipe secundario de acuerdo a la regla señalada en el art. 46 del Código Penal. En el nuevo régimen legal es reprimida con igual pena que el autor del hecho. El cambio señalado exhibe una desvalorización más severa de la conducta tipificada por el legislador.

---

740 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pp. 880/881.

741 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, pp. 16/17.

742 D’ALESSIO, ob. cit., pp. 867/868. Por su parte, NÚÑEZ (*Tratado de Derecho penal*, t. V, vol. II, ob. cit., 1992, p. 145) sostiene que la justificación implica acreditar que el enriquecimiento reconoce su origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o empleo público. En el mismo sentido, INCHAUSTI (ob. cit., p. 49), quien distingue el significado de “justificar” y “explicar”. Creemos sin lugar a dudas que este último es el criterio que mejor se adecúa con la estructura y finalidad del tipo penal referido; postura que ha sido acogida en diversos fallos jurisprudenciales: CNCasación Penal, Sala I, causa 2697, “Pico, José Manuel”, 05/08/2000, La Ley, 2001-D, 252; CNCasación Penal, Sala IV, “Alsogaray”, causa 4787, 09/06/2005; TOFed. N° 4, causa Nro. 684, “Alsogaray, María Julia s/ enriquecimiento ilícito” (el fallo completo puede consultarse en BRUZZONE y GULLCO, ob. cit., pp. 193/288).

743 CHIAPPINI, ob. cit., p. 856.

Se discute el carácter que corresponde asignar a la persona interpuesta, es decir, si debe ser considerada como un partícipe o como un autor que realiza una conducta típica independiente.

En opinión de CREUS, nos encontramos ante una figura autónoma, ya que si la acción del agente es la de no justificar, y quien debe justificar es el funcionario o ex funcionario, no resulta posible que aquella persona pueda participar en tal omisión. En consecuencia, la conducta del tercero que resulta punible es la de haberse prestado a la disimulación del enriquecimiento de aquél, actividad que resulta autónoma, aunque lógicamente relacionada con la del autor<sup>744</sup>. En el supuesto de aceptarse el carácter autónomo se exige que la persona interpuesta tenga un conocimiento cierto de que el sujeto se ha enriquecido, de su carácter de funcionario público, y de lo ilícita de la causa del enriquecimiento<sup>745</sup>.

Diferente es la opinión de NÚÑEZ y de FONTÁN BALESTRA, quienes afirman que la persona interpuesta es un partícipe que, ahora, está amenazado con la misma pena que el autor<sup>746</sup>. Esta postura ha tenido recepción en la jurisprudencia, donde se ha dicho que el artículo 268 (2) del Código Penal no describe una acción punible para el caso del testafarro, pues ésta sólo se prevé para quien sea autor principal. Empero, al fijar dicha norma un modo de realización del tipo que incluye la colaboración de terceras personas, el castigo de dichos sujetos se encuentra determinado por el concurso que prestan al funcionario para disimular su enriquecimiento. Si bien la actividad del cómplice se relaciona a un hecho individualizado legalmente, no es un modo de proceder punible por sí mismo; la ilicitud de su conducta emerge de la efectiva realización, por otro, de un tipo penal<sup>747</sup>.

## **N) Tipo subjetivo**

---

<sup>744</sup> CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., p. 315 y *Delitos contra la Administración pública*, pp. 424/425. En igual sentido, DONNA, ob. cit., p. 404, quien advierte que sólo podrán considerar a la persona interpuesta como partícipe, aquellos que interpreten esta figura como un delito de acción, donde la conducta típica es enriquecerse. También SANCINETTI (*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.– Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 118/119) entiende que se trata de un delito autónomo pues la disimulación es un aporte al enriquecimiento y no a la omisión de justificarlo. Postura coincidente con la de CABALLERO (ob. cit., p. 797).

<sup>745</sup> CABALLERO, ob. cit., p. 797.

<sup>746</sup> FONTAN BALESTRA, ob. cit., pp. 875 y ss.; y NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Editorial Lerner, Córdoba, 1976, p. 441.

<sup>747</sup> C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, “Angeloz, Carlos M. y otros”, L.L. C. 1999-94.

Si esta figura se interpreta como un delito de omisión, nos encontramos frente a un tipo doloso, por lo cual el elemento subjetivo estará constituido por el conocimiento por parte del autor de las circunstancias que lo constituyen en sujeto activo, de que se ha producido la situación que genera el deber de justificar el incremento patrimonial apreciable, la existencia de este enriquecimiento, y que no se explica su origen, ya sea porque no se cumple con el requerimiento en absoluto, o porque son insuficientes o inexactas las razones que se brindan al respecto a pesar de contar con los medios adecuados para hacerlo.

El texto legal no requiere una particularidad volitiva, por lo que debe concluirse que se puede omitir tanto con dolo directo (cuando deliberadamente no se justifica), como eventual (indiferencia ante la posibilidad de que no se esté cumpliendo con la justificación exigida)<sup>748</sup>.

Para aquellos que la entienden como un delito de acción, el dolo de esta figura exige que el sujeto tenga conocimiento de que desempeña o ha desempeñado la función pública y la voluntad de incrementar su situación patrimonial, en el lapso temporal indicado anteriormente, sabiendo que ello no guarda relación alguna con sus posibilidades legítimas de enriquecimiento. Parece que ese supuesto de dolo directo es el que resulta característico de esta figura, no obstante lo cual, si se tiene en cuenta que no se exige alguna disposición subjetiva en particular y aun cuando sea un supuesto difícilmente imaginable, no cabe descartar la posibilidad de que se actúe con dolo eventual<sup>749</sup>.

#### **Ñ) Consumación y tentativa**

Si la figura es considerada como un delito de omisión, el mismo se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento, o en su caso transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no justificó (o no justificó suficientemente) el enriquecimiento patrimonial. En este supuesto la tentativa

---

<sup>748</sup> D'ALESSIO, ob. cit., pp. 868/869.

<sup>749</sup> *Ibidem*, pp. 870/871, donde se profundiza acerca de la problemática del error en el esquema de esta figura.

resulta inadmisibles ya que se considera que los actos realizados a fin de no justificar el enriquecimiento no adquieren el carácter ejecutivo de la omisión descrita en el tipo<sup>750</sup>.

Si el delito es interpretado en su forma comisiva, la consumación se verificaría en el momento en que se produce el enriquecimiento, no jugando ningún papel en este aspecto todo cuanto suceda con el requerimiento de justificación de ese enriquecimiento por parte del funcionario con posterioridad a ese acto, dado que son circunstancias atinentes a la configuración de la condición objetiva de punibilidad que, como tal, es ajena a la estructura típica. Por otra parte, la tentativa no resulta punible puesto que frente a ella no hay posibilidad del requerimiento, razón por la cual nada hay que justificar<sup>751</sup>.

### **O) Cláusula ética de la Constitución Nacional argentina**

Es necesario destacar la importancia que asume la reforma constitucional de 1994 en torno al control de los delitos de corrupción en la Administración Pública ya que ha considerado oportuno ampliar su normativa anterior consignando un capítulo segundo en la primera parte que define como “*nuevos derechos y garantías*” para la defensa del ordenamiento democrático mediante el imperio o la vigencia constitucional con la amenaza de que su violación y/o alteración hace pasible de la pena del artículo 29 de la Constitución Nacional que castiga con la nulidad absoluta tales actos y a la grave pena de infames traidores a la patria a sus autores (art. 36 C.N.).

Dentro de ese marco, y respecto de la temática aquí analizada, cabe subrayar el párrafo quinto del mencionado artículo 36, donde se advierte: “*Atentará asimismo contra el Estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*”.

Dicho pronunciamiento revela que unos de los destinatarios novedosos de esta reforma son los agentes estatales que asuman el manejo de los fondos públicos, quienes ante la comisión de actos de corrupción quedarán inhabilitados por el tiempo que las leyes

---

<sup>750</sup> *Ibidem*, p. 871; CHIAPPINI, ob. cit., p. 855; DONNA, ob. cit., pp. 405/406.

<sup>751</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 879; D’ALESSIO, ob. cit., págs. 871/872; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., págs. 386/387.

determinen para desempeñarse como empleados o funcionarios públicos<sup>752</sup>, ello por supuesto además de la imposición de las diferentes sanciones establecidas en el ordenamiento penal.

Es de tal índole la importancia que la Constitución asigna a la función desarrollada por la Administración Pública, que el último párrafo del artículo 36 ordena al Congreso la creación de una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función, situación que se ha cumplimentado con la sanción de la ley 25.188. Esto revela una evidente preocupación por reglamentar en todos los aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos para que se sancione especialmente a los que incurriesen en cualquier delito contra el Estado (corrupción) que produzca básicamente un mejoramiento de la situación económica del agente; por supuesto, se incluye bajo dicho concepto el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 268 (2) del Código Penal. Todas estas medidas pretenden obtener la reducción de los índices de corrupción funcional. Es indudable que las conductas delictivas realizadas contra la Administración Pública han adquirido un nuevo carácter a raíz de la incorporación del artículo 36 de la Constitución Nacional<sup>753</sup>. Toda esta estructura constitucional y legal permite comenzar a perfilar los lineamientos del denominado “*Derecho Humano a la transparencia*”, el cual constituye a nuestro entender el objetivo que se intenta garantizar con la conformación de las mencionadas normas. Es que la obligación de aquel deber relacionado con la transparencia de la situación patrimonial de los funcionarios públicos ya no sólo tiene base en el interés social de que los administradores de los fondos públicos desempeñen honestamente sus funciones, sino que ha visto consolidada su jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

## **P) Convenciones internacionales contra la corrupción**

No resulta posible soslayar que toda interpretación del art. 268 (2) del Código Penal deberá tener en cuenta la adhesión de nuestro país a la *Convención Interamericana contra la Corrupción*<sup>754</sup>, la cual ha adquirido jerarquía constitucional como consecuencia de lo normado en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. En razón de ello es evidente que las definiciones generadas a partir del estudio de dicha norma, como así también, de las

---

752 CABALLERO, ob. cit., p. 793.

753 CNCasación Penal, Sala IV, “Alsogaray”, causa n° 4787, 09/06/2005.

754 Firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 (aprobada por la ley 24.759; B.O. del 17 de enero de 1997).



distintas figuras que protegen el adecuado funcionamiento de la Administración Pública y la transparencia en el manejo del erario público, deberán conciliar, con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el interés individual del empleado o funcionario imputado y el reclamo social –constantemente reafirmado por habitantes, ciudadanos y sus representantes legítimamente constituidos– de erradicar las conductas irregulares y combatir la impunidad que caracteriza a los actos y sistemas de corrupción administrativa; aspiración plasmada en la última reforma constitucional en los términos del quinto párrafo del artículo 36<sup>755</sup>.

En dicha Convención, el Estado se ha obligado a adoptar 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.

Se agrega además que este delito será considerado un acto de corrupción para los propósitos de dicha Convención, sin que resulte necesario que produzca perjuicio patrimonial al Estado (artículo 9).

Asimismo, al desarrollar las diferentes medidas preventivas (artículo 3) los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de diferentes herramientas destinadas mantener y fortalecer, entre otras: (a) normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas; y (b) sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

Por otra parte, se determina que los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en dicha Convención, ello con el objetivo de facilitar la cooperación entre ellos (artículo 7). Mientras que en el marco del artículo 6 titulado “*Actos de corrupción*”, se califica de tal forma “La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

---

755 DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO: ob. cit., SJP de L.L., 25/02/2000, p. 19 y CNCasación Penal, “Pico”, Sala I, causa 2697, 8/05/2000, La Ley, 2001-D, 252.

En punto a la temática concreta que estamos estudiando, cabe destacar que el 10 de mayo de 2006 el Poder Legislativo Nacional sancionó la ley 26.097 (promulgada de hecho el 6 de junio de 2006) mediante la cual se aprobó la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, convenio que fuera adoptado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003.

Dicho Tratado evidencia la preocupación de los Estados Partes respecto de 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. Se subraya también el efecto dañoso de la corrupción administrativa al verificarse indudables vínculos entre dicho flagelo y otras formas de delincuencia, en particular, la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero<sup>756</sup>.

Luego de reconocerse el carácter transnacional de la corrupción, se declara que la prevención y la erradicación de esa problemática son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, pero además, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces<sup>757</sup>.

La finalidad de la presente Convención se encuentra detallada en su artículo 1º, donde se establece que el objetivo es: (a) promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; (b) promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; (c) promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Más allá de los diversos puntos abordados en la Convención, todos ellos con el definido objetivo de controlar los actos desviados generados en el ámbito de la Administración Pública, existen dos cuestiones que merecen ser destacadas. Así, la primera es que el artículo 20 de la mencionada normativa establece la necesidad de prever legislativamente el delito de enriquecimiento ilícito; en virtud de ello señala que con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico,

---

756 Cfr. Preámbulo de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”.

757 *Ibidem*.

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.

En otro orden, es importante subrayar el alcance que dicha normativa otorga a la participación de la sociedad en la lucha contra la corrupción administrativa. En tal sentido el artículo 13 expresa:

*“1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.*

*Esta participación debería reforzarse con medidas como las siguientes: (a) aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; (b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; (c) realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios; (d) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción.*

*2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención; y facilitará el acceso a dichos órganos, para la denuncia - incluso anónima- de cualquier incidente que pueda considerarse constitutivo de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.*



## **CAPÍTULO VII**

### **TIPO DE UTILIZACIÓN POR FUNCIONARIO DE INFORMACIÓN Y DATOS DE CARÁCTER RESERVADO**

#### **I.- La figura legal**

El artículo 268 (1) del Código Penal argentino expresa: *“Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo”*.

El capítulo fue integrado en un principio con dos apartados (1) y (2) del artículo 268 conforme la ley 16.648 del 30 de octubre de 1964 conteniendo en un primer momento dos figuras delictivas: la utilización de información o datos de carácter reservado (art. 268 (1) y

la no justificación de enriquecimiento patrimonial art. 268 (2), siendo la fuente inmediata de ambas disposiciones el Proyecto de Código Penal de 1960 en su artículo 346 incs. b y d.<sup>758</sup>

Sin duda, como afirma NÚÑEZ, ambas figuras resguardan la administración pública frente a hechos, motivados por el espíritu de lucro, que corrompen la actuación funcional pública.<sup>759</sup> El mismo NÚÑEZ –al tiempo de desempeñarse como Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba, Argentina– expresaba, en 1963, que la codicia y el ánimo de lucro son fuente, en el país, de una profunda corrupción de la función pública, la situación creada exige un remedio inmediato, es preciso que la utilización o aprovechamiento lucrativo de la función pública se la comience a mirar o tratar como un delito grave deshonrante y perjudicial. Respecto del artículo 268 (1), agregaba lo siguiente: reprime otro modo de lucrar de los funcionarios o empleados públicos. El delito es grave porque, además de representar violaciones a la fe funcional o burocrática y de la reserva de la información o dato, el hecho puede tener malas consecuencias para la economía general.<sup>760</sup>

## II. Bien jurídico protegido

El tipo penal que se analiza tiende a proteger a la Administración Pública frente a los hechos efectuados con fines lucrativos por parte de los funcionarios públicos, los que no son más que actos de corrupción en la función<sup>761</sup>.

En este punto, CREUS opina que lo que se intenta proteger es la imparcialidad de los órganos de la Administración Pública frente a terceros, a la que se ataca por parte de

---

<sup>758</sup> El artículo 346 inc. b) decía: “será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cien días, el funcionario público que sin recurrir en un delito mas severamente penado (...) utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo”.

<sup>759</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit, pág.140.

<sup>760</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., “Cuadernos de los Institutos”, Instituto de Derecho Penal, Nro. 67, Univeridad de Córdoba, págs. 163/172.

<sup>761</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 140. En el mismo sentido DONNA, ob. cit., p. 367 y ESTRELLA / GODOY LEMOS, ob. cit., p. 453.

aquellos que se valen de la función para lucrar con el poder que la misma les otorga o para hacer lucrar a terceras personas<sup>762</sup>.

En el Derecho comparado, tal por caso el español, una figura similar se encuentra contemplada en el artículo 442 del Código Penal (uso de secreto o información privilegiada con ánimo de lucro).

Al respecto, POLAINO NAVARRETE considera que el bien jurídico protegido resulta ser la privacidad o reserva del secreto o información privilegiada “a cuyo conocimiento ha tenido acceso la autoridad o funcionario por razón del oficio o cargo, y con el cual el autor se compromete a efectuar conductas de uso ilícito que implican especulación económica con propósito lucrativo”<sup>763</sup>.

Respecto de la figura, algún sector de la doctrina estima que el bien jurídico protegido por la figura del artículo 442 del Código Penal es integrado por “los servicios a satisfacer por los poderes públicos, conforme a los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad, prestados sin abuso de funciones públicas, es decir, sin que el cargo sea instrumentalizado por el funcionario para los fines ajenos a los públicos”<sup>764</sup>.

Así las cosas, DONNA considera que el bien jurídico protegido es la rectitud y la imparcialidad de la administración, pero también lo es el deber de no aprovecharse de conocimientos adquiridos, pero también o es el deber de no aprovecharse de conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función pública para conseguir un interés privado, lo que lesionaría el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que no debe admitir que el poder político se utilice en beneficio particular del que lo detenta.<sup>765</sup>

La expresada opinión de DONNA es completada por FONTÁN BALESTRA, quien considera que el bien jurídico protegido por la figura que ahora se analiza resulta ser la Administración Pública, a la que se procura resguardar frente a los hechos que inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten su actividad funcional <sup>766</sup>.

---

762 CREUS, *Derecho penal (Parte especial)*, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 310.

763 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la Administración pública*, en obra conjunta titulada *Curso de Derecho penal español, Parte especial*, tomo II, Editorial Marcial Pons, España, 1997, p. 444.

764 GANZENMÜLLER, C. / ESCUEDERO, J.F. / FRIGOLA, J. (Coordinadores), *Delitos contra la Administración pública; Delitos contra la Administración de Justicia*, Editorial Bosch, España, 1998, p.128.

765 DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 413.

766 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pág. 337.

Por su parte, MILLÁN sostiene que el bien jurídico tutelado es la “administración pública en lo relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro”<sup>767</sup>.

Por último, a criterio de SOLER, “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” <sup>768</sup>.

### **III. Sujetos**

#### **Sujeto activo**

Es el funcionario público que utiliza (hace uso) informaciones o datos reservados, con fin de lucro, habiendo tomado conocimiento de la información o dato en razón de su cargo.

Para establecer el alcance del concepto de funcionario público remitimos a lo tratado en oportunidad de efectuar las consideraciones generales, entendiéndose por funcionario conforme lo expresa el artículo 77 del Código Penal Argentino en su parte respectiva, 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”.

Asimismo, el Art.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>19</sup>, dice que “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público” es 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.

CREUS efectúa al respecto una precisión diferenciadora, al distinguir entre el funcionario público que renuncia a la función y con posterioridad utiliza la información

---

<sup>767</sup> MILLÁN, Alberto, “El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1986, pág. 28.

<sup>768</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 10ª reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires 1992, págs. 103 y sig.



conocida al momento que ejercía su cargo, de aquel funcionario público que “*utiliza*” la información luego de que es ascendido o pasado a ocupar a otro cargo. En el primer caso queda el ex-funcionario excluido del tipo penal, ya que la renuncia implica que ya no reviste el carácter de funcionario público<sup>769</sup>.

Resulta autor, conforme expone CARRERA, quien debe hacer uso para sí o para un tercero, por cuanto la inclusión de éste en la redacción típica no debe generar confusiones: se sanciona al funcionario que emplee para sí o para otro, sin que la referencia al tercero signifique que el uso de los conocimientos pueda ser realizado por alguien distinto a su detentador 770.

El sujeto activo de la figura analizada es el funcionario público que tenga la posibilidad, siempre en razón de su cargo, de tomar conocimiento del dato o de la información reservados. Así las cosas no basta la simple superposición del carácter del funcionario con la acción típica, sino que debe hacer una relación funcional del autor con los datos o con las informaciones reservadas; o sea, que debe hacerlos receptado, averiguado o descubierto, a raíz de su desempeño en relación jerárquica con el Estado 771.

### **Sujeto pasivo**

Nos encontramos frente a un a un delito contra la administración pública en este sentido, debe entenderse a la misma desde la óptica del derecho penal actual al 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 finalidades públicas sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes 772.

Así las cosas, la Administración pública, tal como consideran ajustadamente GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, la persona es un “sujeto de Derecho que emana declaraciones

---

769 CREUS, ob. cit., p. 311, seguido por ESTRELLA / GODOY LEMOS, ob. cit., p. 454.

770 CARRERA, Daniel P., “Utilización con fines de lucro de conocimientos funcionales reservados. Artículo 268(1) del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología La Ley*, 1969, N° 1, págs. 49/50.

771 Cfr. TERRAGNI, ob. cit., pág. 306.

772 Cfr. CREUS, ob. cit. pág 409, citando a CARRERA, ob. cit., pág. 97 y SOLER, ob. cit., pág. 136.

de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc.” 773.

Cuando hablamos de sujeto pasivo, respecto de la figura que ahora se analiza, que el mismo es el Estado ya que es su titular. Sin embargo, como expresa ROJAS VARGAS, pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público o del accionar inescrupuloso del mismo 774.

#### IV. Elementos objetivos del tipo

La acción típica es la de “utilizar” informaciones o datos de carácter reservado, adquiridos por el funcionario público en razón de su cargo. Utilizar implica valerse de la información o dato, con la finalidad de lucro que prevé la figura, implica también en operar los datos o informaciones, así como manejarlos con la finalidad que establece el tipo penal, esto es emplearlos con sentido utilitario 775.

Esta acción típica de “utilizar” cubrirá entonces todas aquellas acciones que, sin consistir en una revelación, supongan el empleo de datos o informaciones conocidos lícitamente con la finalidad por parte del funcionario, de obtener un beneficio económico 776.

La información o dato puede ser utilizada por el funcionario que lo hace de propia mano, como el que lo hace a través de un tercero, entregándola y obteniendo un beneficio

---

773 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs. 30 y sig. Por su parte, GARRIDO FALLA ha considerado que el vocablo administración tiene en castellano una doble significación: “en sentido objetivo, se refiere a la acción de administrar (administración con minúscula); en sentido subjetivo, hace referencia al sujeto de esa acción (Administración con mayúscula)”. Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, volumen 1, *Parte General*, 11ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág. 32.

774 Cfr. VARGAS ROJAS, ob. cit., pág. 856.

775 DONNA, ob. cit., pág. 414.

776 DONNA, ob. cit., págs. 414 y sig.

económico por ello, en ambos casos existe el ánimo de lucro, siendo éste el elemento subjetivo exigido por la figura<sup>777</sup>.

La acción delictiva de “utilizar” debe recaer sobre “informaciones o datos” que deben ser de carácter reservados. Se encontraran abarcadas aquellas acciones que, sin consistir en una revelación, supongan el empleo de datos o informaciones conocidos lícitamente con la finalidad de obtener un beneficio económico 778.

Si bien la normativa argentina se refiere al funcionario público que “con fines de lucro ‘utilizare’ para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado...” la redacción y espíritu normativos son similares a los del Derecho penal español, en donde se habla sobre “la autoridad o funcionario público que ‘haga uso’ de un secreto, o de una información privilegiada...” (art.442 C.P). De este modo la terminología es similar en el sentido final, ello toda vez que la conducta de “usar” significa algo más amplio que la de revelar del artículo 417 del Código Penal español. Así las cosas el “uso” implica “el aprovechamiento del secreto o de la información privilegiada para adoptar una decisión y ponerla en práctica en asunto o materia al que conciernan los secretos o la información privilegiada” 779.

Así pareciera que la palabra “utilizar” pueda definirse como “hacer uso”, esta última del Código penal argentino y es por ello que puede concluirse que ambas figuras tiene una misma raíz típica. En este sentido, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLAZQUEZ consideran que la acción típica del artículo 442 del Código Penal español consiste en que el sujeto activo haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada 780.

Conforme expresa FONTÁN BALESTRA, el núcleo típico consiste en “utilizar”, ello es obtener un provecho del uso de algo; en este caso, del conocimiento del informe o dato.

---

777 ESTRELLA / GODOY LEMOS, *Código penal (Parte especial -De los delitos en particular)* tomo 3, Editorial Hammurabi, Argentina, 2000, p. 453. También se cita teniendo en cuenta la opinión de NÚÑEZ y CREUS.

778 Cfr. DONNA, ob cit., pág. 414.

779 DELGADO GIL, ob. cit., págs. 218 y sig.

780 LANDECHO VELÁZQUEZ, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español, Parte especial*, Editorial Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1996, págs. 443 y sig.

Lográndose o persiguiéndose con ese provecho una ventaja patrimonial, cualquier conducta satisface la descripción legal 781.

Así, NÚÑEZ considera que la información es una noticia, mientras el dato es un antecedente, aclarando que los mismos deben referirse a actos, decisiones, hechos o circunstancias relacionados al ejercicio de la función pública<sup>782</sup>.

Por su parte, CREUS considera que se encuentra comprendida la utilización provechosa, sin que aparezca necesaria la obtención del provecho, la acción típica es la de utilización y no el aprovechamiento 783.

Conforme emerge de la figura analizada, el delito consiste en utilizar con fin de lucro, para sí o para terceros, informaciones o datos de carácter reservado, de los que se haya tomado conocimiento en razón de su cargo. El autor (sujeto activo) es (el funcionario público en los términos del artículo 77 de la ley 25.188 de ética en la función pública) 784.

La jurisprudencia ha sido clara en cuanto a que se configura el delito de utilización de información o datos de carácter reservado (art.268.1 CP), si el inculcado, en su condición de inspector de la Municipalidad de las Ciudad de Buenos Aires, se asoció dentro de una organización consagrada la gestoría de diversos trámites del área de sus labores –que consistían en constatar infracciones a los preceptos municipales, sobre habilitación– para luego ofrecerse a solucionar los problemas de los inspeccionados, percibiendo un canon por ello, recibo mediante. La comisión de este ilícito no configura un hecho único, pues debe computarse que cada aprovechamiento de dato o información reservada importa un hecho independiente y escindible 785.

Queda claro que si no existe ánimo de lucro, la conducta puede ser la del artículo 157 del Código Penal la que refiere a la violación de secretos.

---

781 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pág. 339. En este sentido el mismo tratadista considera en relación a la figura que “son por lo general, operaciones que, consideradas con independencia del conocimiento funcional, tienen toda la apariencia de un hecho lícito. Nada tiene de ilícito comprar tierras, aún para especular. Pero si esa compra responde al conocimiento de esas tierras aumentarían de valor en virtud de determinada medida reservada de gobierno, hay utilización de aquel en los términos de la figura.

782 NÚÑEZ, ob. cit., p. 141.

783 CREUS, ob. cit., pág. 407, también citado por DONNA, ob. cit., pág. 414.

784 BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *Código Penal comentado*, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 692.

785 [CNCrim. Y Corr., Sala VII, 25/11/97, LL, 1998-E-364].

Las informaciones o datos deben además ser de carácter reservado, ello implica que deben estar al alcance de determinadas personas dentro o fuera de la Administración. Toda información o dato puede ser reservada por su naturaleza o “por disposición expresa o implícita de la ley o de autoridad competente, no deben ser comunicados a terceros que no hayan tomado conocimiento de ellos en razón de sus cargos”<sup>786</sup>.

Así también deben tratarse de “datos o informaciones” que el autor haya conocido en razón de su cargo. Compartimos con NÚÑEZ la exclusión que hace de los datos o informaciones obtenidas por el funcionario por cualquier otra vía<sup>787</sup>.

En el Código Penal español, el propio artículo 442, en la parte pertinente, aclara que *“se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”*.

POLAINO NAVARRETE sostiene, completando lo anteriormente expuesto, una opinión que consideramos necesario consignar, en tanto a que “los secretos y las informaciones que sean de carácter oficial, en cuanto conocidos por el titular de la función, pueden ser objeto del comportamiento típico de uso de los mismos con propósito de obtener beneficio económico. Los secretos y las informaciones privilegiadas forman parte de la cosa pública, y sus garantes primordiales son los titulares de la función pública”<sup>788</sup>.

En la jurisprudencia española se ha dicho en referencia al tipo delictivo que no sólo se refiere al secreto, sino también al concepto más amplio de “información privilegiada” en que sin duda se integra aquella facilitada por un imputado en cuanto extraída de la base de datos del departamento de licencias en que la información que contenía cumplía una función que no era de libre acceso, al describir el uso de tales datos como autorizado exclusivamente a los funcionarios de dicho departamento, mediante el correspondiente password.

Aunque la contraprestación por tales envíos no fue dineraria no por ello queda destipificada la conducta puesto que el “intercambio de datos” a que se refirió el testigo tiene un inequívoco sentido económico, en cuanto de una parte facilitaba la búsqueda de clientes para su empresa y de otra, en correspondencia, facilitaba –el imputado de autos– a

---

<sup>786</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 142. Aclara que “Los terceros pueden ser particulares o funcionarios públicos”.

<sup>787</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 142.

<sup>788</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 443.

“EiE- ingeniería”, clientes para la tramitación de licencias municipales. El tipo penal no es de resultado, sino de actividad aunque sí exige un ánimo de lucro, propio o ajeno, lo que indudablemente incluye ambos, como es el caso, y beneficio económico es el facilitar la obtención de clientes, otra cosa es que sea o no inmediatamente cuantificable. (STS 8299/2012 Resolución 958/2012, Recurso de Casación, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 4/12/2012).

Considera acertadamente DONNA que la figura contiene como elemento normativo del tipo el término “informaciones o datos de carácter reservado”, así se ha considerado que la información es la noticia y el dato un antecedente o que la primera es la noticia o conocimiento adquirido respecto de decisiones o actividades futuras de la administración, en tanto que el segundo es el elemento útil para completar un conocimiento o para hacerlo operativo 789.

Así cabe citar por particular la opinión de BREGLIA ARIAS cuando considera que las informaciones con más imprecisas que los segundos. El dato es un elemento de un proyecto, antecedente o plan 790.

Al referirse la norma al término “reservado”, debe entenderse a todo aquello que no pertenece al conocimiento público; cuando un funcionario del estado conoce un dato o recibe un informe en razón de su cargo, ese dato, en la medida en que no tenga carácter público resulta reservado.

La exigencia que la información o dato sea de carácter reservado implica que tiene que tratarse, pues, de los que sólo pueden encontrarse al alcance de determinadas personas, dentro o fuera de la administración; no basta con que no puedan publicarse, es necesario que no puedan comunicarse a terceros extraños a la esfera de personas autorizadas para adquirir su conocimiento 791.

Por su parte, FONTÁN BALESTRA distingue lo que es secreto de lo que es reservado, afirmándose que la reserva es menos que el secreto, que es un grado menor que el secreto 792. Cabe aclararse aquí que, no existe duda que lo secreto es siempre reservado, pero lo

---

789 Cfr. DONNA, quien sigue a NÚÑEZ y CREUS, ob. cit., pág. 416.

790 BREGLIA ARIAS / GAUNA, ob. cit., pág. 693.

791 CREUS, ob. cit., pág. 409.

792 FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, tomo VII, ob. cit., pág. 319.

reservado adquiere carácter de secreto para quien no puede o, mejor dicho, no debe recibir la comunicación 793.

La judicatura se ha expresado respecto del término reservado como que “El carácter reservado del dato o información puede provenir de una orden explícita de la autoridad competente, de una disposición explícita o implícita de la ley; hasta la costumbre administrativa legalmente admisible puede atribuirlo, debiendo tenerse en mérito en este último caso, la naturaleza del dato o la información. Reservado es todo aquello que no pertenece al conocimiento público. Cuando un funcionario estatal conoce un dato o recibe un informe en razón de su cargo, ese dato, en la medida en que no tenga carácter público, es reservado. Pertenece a la zona de reserva de la administración y no puede ser dado a conocer salvo que las reglas que rijan su actuación administrativa lo autoricen 794.

Otro elemento normativo del tipo resulta ser el término “en razón de su cargo”, ello implica que resulta necesario que el dato o la información haya sido conocido por el funcionario o empleado público en razón de su cargo, si no es así su utilización no resulta punible 795.

En conclusión, el objeto de esta disposición penal con los antecedentes de cualquier naturaleza obrantes en las distintas ramas de la administración pública en sentido lato, o en sus manifestaciones autónomas, y respecto de los cuales pese a la prohibición de ser comunicados 796.

#### **IV. Elementos subjetivos del tipo**

Nos encontramos frente a un delito doloso, el dolo abarca el conocimiento del carácter reservado del dato o la información y la utilización abusiva de la situación

---

793 Cfr. Cámara Nac. Crim y Correc, Sala 2da. 09/09/1984, Trillo Francisco. Conf. CREUS, ob. cit., pág. 409.

794 Fallo citado por Creus, ob. cit., pág. 409.

795 Cfr. DONNA, ob. cit., pág. 419.

796 CARRERA, ob. cit., pag. 48, citado también por DONNA, ob. cit., pág. 419.

cognitiva. A más del dolo de la figura se requiere un elemento subjetivo del injusto, tal es el ánimo de lucro. La figura no admite la manera culposa<sup>797</sup>.

CREUS considera que subjetivamente la acción tiene que ir enderezada a la obtención de un lucro que beneficie al funcionario mismo o a un tercero, que aumente el patrimonio de cualquiera de ellos. Otra finalidad (política etc,) ubicará la conducta fuera del tipo 798.

En este sentido es clarificador el análisis de la configuración legal del tipo cuando se indica que “el ánimo de lucro inherente a numerosos delitos de enriquecimiento patrimonial mediante desplazamiento, que puede reportar un beneficio económico al propio autor o a un tercero, satisfaciéndose la finalidad lucrativa del sujeto con el logro del enriquecimiento económico para sí o para un tercero. Más allá del dolo, el ánimo de lucro representa el elemento subjetivo del injusto que exige la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de beneficio económico, propio o ajeno”<sup>799</sup>.

Resulta claro que hay tipos en los que el aspecto subjetivo llega hasta el dolo y allí se agota, en tanto que, en otros-como es el caso bajo estudio- el aspecto subjetivo requiere algo más que el dolo. Cuando así resulta nos encontramos frente a un tipo legal que requiere: a) una finalidad que persigue un objeto que está “más allá” de la realización del tipo objetivo o b) que en la forma de realización del tipo objetivo se revele una particular disposición interna del sujeto activo, en tales casos se puede decir que nos hallamos con el requerimiento de elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo, como en este caso el denominado “ánimo de lucro”<sup>800</sup>.

Así las cosas, los elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo con intenciones que van más allá del querer la realización del tipo objetivo o particulares disposiciones internas puesta de manifiesto en el modo de obtención de la realización del tipo objetivo <sup>801</sup>.

El ánimo, propósito o fin de lucro, provecho o beneficio, propio o ajeno (para sí o para un tercero), tal como expresa POLAINO NAVARRETE, es un singular elemento subjetivo que entraña una intención finalista, trascendente más allá del dolo, que en el Código Penal

---

797 DONNA, ob. cit., pág. 374.

798 CREUS, ob. cit., pág. 411.

799 POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 444.

800 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 361.

801 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., págs. 361/362.



español se incorpora en numerosos tipos de delito subjetivamente configurados, correspondientes a la categoría dogmática de los delitos de intención, y dentro de ellos a los delitos intencionales de resultado cortado 802.

Dentro de la clasificación técnica de los delitos subjetivamente configurados, nos encontramos en el presente supuesto típico ante un delito intencional de resultado cortado, una modalidad típica de los delitos de intención en la que el injusto de la acción se fundamenta en la “finalidad que el sujeto pretende conseguir con la realización de la conducta dolosa básica que ejecuta, necesariamente inspirada en esta finalidad intencional”, que trasciende más allá del ámbito propio del dolo, pues comienza allá donde éste termina presuponiendo la concurrencia del mismo que se circunscribe a abarcar los elementos objetivos del tipo<sup>803</sup>.

## VI. Consumación y tentativa

Resulta posible que se comience a realizar la acción típica sin llegar a la consumación o perfeccionamiento del delito, tal como ocurre cuando la maniobra consistente en utilizar el dato o la información, es interrumpida por causas ajenas a la voluntad del agente 804.

Así también TERRAGNI considera que el delito se consuma con el empleo del dato o la información con ánimo o fines de lucro, siendo indiferente que tal propósito consiga concretamente un resultado, hipótesis en que el delito estaría agotado, siendo indistinto que la administración sufra algún perjuicio 805.

El delito se consuma con la utilización del dato o la información. Como expresa DONNA, nos encontramos frente a un delito de mera actividad, en el que el uso del dato o la

---

802 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, Editorial MAVE, Corrientes, Argentina, 2000, págs. 158 y sig.

803 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del delito*, ob. cit., págs. 158 y sig.

804 Cfr. TERRAGNI, ob. cit., pág. 310, el mismo autor da el ejemplo, cuando ha comenzado a comunicar los datos reservados a quien intenta vendérselos, pero es sorprendido en ese momento, quedando inconclusa e inútil la transmisión.

805 TERRAGNI, ob. cit., págs. 310/311.

información reservada completa la conducta que realiza el sujeto activo del delito, la que tiene relevancia típica, sin necesidad de que se derive la producción de un resultado (material)<sup>806</sup>.

Si bien resulta difícil la forma imperfecta de ejecución del delito, resulta admisible la tentativa<sup>807</sup>.

En referencia al punto (tentativa), pluralmente se admite la vigencia de tentativa, ello es así toda vez que el autor puede comenzar a utilizar la información sin llegar a concretar su aplicación lucrativa, se da el caso de aquel que resulta sorprendido en el acto de invertir en dinero extranjero antes de una devaluación, sin que hubiese concluido la operación o en el acto de formular la comunicación a un tercero sin haber completado la revelación necesaria para que el dato o la información pudieran ser aprovechados lucrativamente 808.

---

806 DONNA, ob. cit., p. 381.

807 DONNA, ob. cit., pág. 381. También es la opinión de CREUS, citado por el autor. NÚÑEZ también considera que la figura admite tentativa, “porque es posible que el autor realice actos ejecutivos de su propósito de utilizar lucrativamente la información o el dato, sin conseguirlo por causas ajenas a su voluntad” (NÚÑEZ, ob. cit., pág. 143).

808 Cfr. CREUS, ob. cit., pág. 413.

## **CAPÍTULO VIII**

### **TIPO DE OMISIÓN MALICIOSA POR EL FUNCIONARIO DE PRESENTAR LA DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL EN EL DERECHO ARGENTINO**

## **I. Falsedad u omisión maliciosa en la inserción de datos en la declaración jurada como delito de corrupción**

El artículo 268 (3) del Código penal argentino establece: *“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 fehacientemente 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”.*

El precepto en cuestión considera que habrá una conducta disvaliosa cuando el funcionario público a sabiendas no presente la declaración obligatoria según la norma o bien la presente de una manera defectuosa. Nos encontramos ante un tipo de delito doloso que requiere la voluntad de realizar la omisión.

## **II. Bien jurídico protegido**

Hemos de coincidir con DONNA en cuanto a que el bien jurídico protegido por la figura resulta ser la transparencia en el ejercicio de la función pública<sup>809</sup>.

En el Derecho español, y a más de lo expuesto en los capítulos precedentes el bien jurídico protegido “común” en los delitos contra la administración pública-como el ahora analizado- resulta ser el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la

---

809 DONNA, ob. cit., pág. 408.

perspectiva de la “Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan el funcionamiento” 810.

La circunstancia de que el funcionario público tenga la obligación de presentar declaraciones juradas patrimoniales, trasmite una buena señal en virtud de tratarse de un acto material objetivo para establecer o intentar establecer si el funcionario ha variado en más su patrimonio, una vez ingresado a la función pública. En definitiva es un aporte positivo para tratar de evitar en parte los lamentables actos de corrupción de los que no son ajenos nuestros estados latinoamericanos.

Así es importante lo expuesto ya hace un tiempo claramente por POLAINO NAVARRETE en cuanto a que “el Derecho penal, en el contexto general del Ordenamiento jurídico positivo, asume la incriminación de los comportamientos más gravemente perturbadores de los bienes y valores de mayor trascendencia en el plano de la pacífica convivencia humana en sociedad” 811.

La instauración del régimen de declaraciones juradas patrimoniales integrales, tanto al ingreso como al egreso de la función pública, se presenta como un loable intento por impedir el enriquecimiento durante el ejercicio de una función pública; a igual tiempo, constituye un medio de prueba más para cercar a quienes toman provecho de su posición funcional e incrementar con ello su patrimonio 812.

### **III. Acción típica**

Son dos las conductas típicas descritas en esta figura legal:

a) La omisión maliciosa por parte de determinadas personas en razón de su cargo, de la presentación que por ley deban realizar, dentro de los plazos establecidos por la norma, de las declaraciones juradas patrimoniales.

---

810 MORALES PRATS, Fermín / RODRÍGUEZ PUERTA, María José (Delitos contra la Administración Pública) / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador), en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1127 y sig.

811 POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Ocultación de bienes”, publicado en *Criminalidad actual y Derecho penal*”, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, págs. 155 y sig.

812 DONNA, ob. cit., pág. 455.

b) Falsear u omitir insertar maliciosamente los datos que deben contener, según las leyes y los reglamentos aplicables, las declaraciones juradas patrimoniales a que hace referencia la norma (Art. 268 (3))<sup>813</sup>.

Las acciones típicas concretas previstas por la figura analizada en el presente resultan ser dos.

La primera es la omisión maliciosa en la presentación de la declaración jurada patrimonial. Claramente, estamos aquí ante un delito de omisión propia, consistente en omitir en forma voluntaria y maliciosa, esto es, con el deliberado intento de hacerlo, perjudicando a la administración pública y su transparencia, por parte de un sujeto especialmente calificado, que es el funcionario público respectivo.

Recordemos que los delitos de omisión propia consisten en hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la Ley. Con la acción requerida se pretende asimismo evitar un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pero no se obliga al omitente a impedir el resultado, y por ello tampoco hace de la producción de un determinado resultado un elemento del tipo. En este orden de ideas, los delitos de omisión propia aparecen como contrapunto de los delitos de pura actividad.

La segunda de las acciones típicas reprimidas por la norma es la omisión maliciosa o falsedad en los datos contenidos en la declaración jurada presentada. Aquí sí se ha presentado la declaración, pero los datos consignados son incompletos a propósito, o directamente no son fidedignos<sup>814</sup>.

En cuanto al plazo de presentación a que se hace referencia en la norma, debemos remitirnos a lo establecido en la Ley 25.188 “Ética de la función pública”. Así en su artículo 4º expresa que las personas que establece el artículo 5º de la mencionada normativa, deberán presentar “*declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos*”. El mismo artículo prevé que “*deberán actualizar la información*

---

813 Cfr. ESTRELLA / GODOY LEMOS, ob. cit., pág. 462.

814 JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 546/547. En el Derecho penal argentino, FONTÁN BALESTRA y LEDESMA han sostenido que falsea quien consigna datos que no son ciertos y omite quien no inserta datos en las declaraciones juradas y que son exigidos por la propia norma. (Cfr. FONTÁN BALESTRA, C. / LEDESMA, G, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 354).

*contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo*<sup>815</sup>.

La misma Ley 25.188 en sus artículos 8º y 9º, establece un mecanismo para el caso de no presentación de las declaraciones juradas por parte de los funcionarios, que consiste en la intimación fehaciente de las personas que no hayan presentado la declaración jurada, por parte de las autoridades responsables de la recepción, para que en el plazo de quince días hábiles haga efectiva la presentación. En el primer caso es (art. 8) para quien ingresa a la función pública, y en el caso del artículo 9, es para el que no presenta la declaración jurada prescrita en la norma una vez que egresa de la función pública<sup>816</sup>.

De los preceptos legales consignados, emerge que existe una exigencia pretípica, esto es, la notificación fehaciente previa de la intimación respectiva. Faltando esto, no se configurará la conducta aunque existiere la omisión.

Así las cosas, existiendo la intimación, la tipicidad sólo se perfeccionará cuando haya expirado el plazo de quince días reglado por la normativa expuesta. Lo expresado cabe claramente en el caso de la primera de las acciones típicas descriptas. En el caso del falseamiento u omisión de datos de la declaración jurada, al ser una clara figura comisiva y poder tener lugar en cualquier momento, sin plazo ni necesidad de intimación fehaciente previa.

En cuanto a los sujetos obligados, dice el Art.5 de la norma que venimos citando: “Quedan comprendidos en obligación de presentar la declaración jurada: a) El presidente y vicepresidente de la Nación; b) Los senadores y diputados de la Nación; c) Los magistrados del Poder Judicial de la Nación; d) Los magistrados del Ministerio Público de Nación; e) El defensor del pueblo de la Nación y los adjuntos del defensor del pueblo; f) El jefe de gabinete de ministros, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo; g) Los interventores federales; h) El síndico general de la Nación y los síndicos generales adjuntos de la Sindicatura General de la Nación, el presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación, las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás órganos que integran los sistemas de control del sector público nacional, y los miembros de organismos jurisdiccionales administrativos; i) Los miembros del Consejo de

---

<sup>815</sup> Antecedentes Parlamentarios, “Ley 25.188, Ética de la Función Pública”, *La Ley*, año 2000 N°. 1, pág. 776.

<sup>816</sup> *Id.* artículos 8º y 9º de la Ley 25.188, que también establecen un sistema de sanciones en cada uno de los casos.

la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento; j) Los embajadores, cónsules y funcionarios destacados en misión oficial permanente en exterior; k) El personal en actividad de las Fuerzas Armadas, de la Policía Federal Argentina, de Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y del Servicio Penitenciario Federal, con jerarquía no menor de coronel o equivalente; l) Los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales; m) Los funcionarios o empleados con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, que presten servicio en la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, las entidades autárquicas, los bancos y entidades financieras del sistema oficial, las obras sociales administradas por el Estado, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y el personal con similar categoría o función, designado a propuesta del Estado en las sociedades de economía mixta, en las sociedades anónimas con participación estatal y en otros entes del sector público; n) Los funcionarios colaboradores de interventores federales, con categoría o función no inferior a la de director o equivalente; o) El personal de los organismos indicados en el inciso h) del presente artículo, con categoría no inferior a la de director o equivalente; p) Todo funcionario o empleado público encargado de otorgar habilitaciones administrativas para el ejercicio de cualquier actividad, como también todo funcionario o empleado público encargado de controlar el funcionamiento de dichas actividades o de ejercer cualquier otro control en virtud de un poder de policía; q) Los funcionarios que integran los organismos de control de los servicios públicos privatizados, con categoría no inferior a la de director; r) El personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director; s) El personal que cumpla servicios en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, con categoría no inferior a secretario o equivalente; t) Todo funcionario o empleado público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o de recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras; u) Todo funcionario público que tenga por función administrar un patrimonio público o privado, o controlar o fiscalizar los ingresos públicos cualquiera fuera su naturaleza; v) Los directores y administradores de las entidades sometidas al control externo del Congreso de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la ley 24.156, en los casos en que la Comisión Nacional de Ética Pública se las requiera”.

Dada la nómina precedente, surge claro que estamos ante un delito especial en cuanto a que los sujetos activos que pueden desarrollar las conductas típicas están específicamente determinados por la Ley.



El tipo del artículo 268(3) del Código Penal prevé en su aspecto objetivo como comportamiento penalmente relevante, un mero “no hacer” acorde a la modalidad de la omisión simple. Por ende, la norma que se infiere del mismo es imperativa, esto es, una orden dirigida a persuadir sobre el cumplimiento de la conducta debida. Se trata indudablemente, de un tipo de omisión propia y la norma que se infiere del mismo es un mandato.

En su diferencia con el artículo 293 del CP se ha expresado que: “en el ámbito de prohibición del artículo 293 del código Penal, se protege la fe pública depositada en los documentos públicos, elemento normativo jurídico del tipo que conduce a una noción contenida en una norma extra penal, cual es la prevista en el artículo 953 del Código Civil.

Por el contrario, respecto de la declaración jurada a que alude el artículo 268 (3) del ordenamiento sustantivo, debemos destacar que se trata de un mero instrumento privado, que se traduce en una manifestación unilateral de bienes que conforman su patrimonio...”<sup>817</sup>.

Incurrirá en el delito de omisión maliciosa por insertar datos en la declaración jurada, quien falte a la verdad en la declaración, quien se manifieste, en términos patrimoniales, en discordancia con la realidad económica. Y a ello puede llegarse bien por vía de falsedad-mutación u ocultamiento de la verdad- o por vía de omisión- no inclusión-.<sup>818</sup>

#### **IV. Sujetos**

##### **Sujeto activo**

El sujeto activo de la figura es el funcionario público o el que ha dejado de serlo (ex funcionario público) y que en razón de su cargo deba presentar la declaración jurada patrimonial de carácter integral a que hace referencia la figura analizada. Las personas obligadas se encuentran señaladas en el artículo 5° de la ley 25.188.<sup>819</sup> Ello así ya que nos encontramos frente a un delito especial propio, es decir cuando la calidad especial del

---

<sup>817</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, CFP 12432/2002/TOF 1, del 26/09/2013.

<sup>818</sup> Cámara Nac. Crim y Correc. Fed. Sala 1era. 17/07/2001, Tonietto, Ángel D. y Amorín, José.

<sup>819</sup> DONNA, ob. cit. pág. 411.

sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho será atípico 820.

Tanto para el primer delito-omisión de presentación de declaración jurada patrimonial- como para el segundo ilícito-falseamiento o falta en insertar datos- puede ser autor el funcionario que, en razón de su cargo, está obligado por la ley a confeccionar y entregar el detalle respectivo.

El deber de presentación tiene origen en la ley, debiendo entenderse el vocablo en su sentido formal estricto, excluyendo los reglamentos. Sin perjuicio de ello, los datos que deben incluir las declaraciones juradas, pueden ser indicados también por los reglamentos, ello resulta conforme lo dispuesto en la última parte del artículo 268 (3) 821.

### **Sujeto pasivo**

Sujeto pasivo de la figura es la Administración Pública en sentido subjetivo, ello implica como “ente titular del interés protegido”.

Como hemos señalado, lo que el legislador ha pretendido resguardar al tipificar este delito es el regular y correcto funcionamiento de la “Administración Pública”, en el sentido de proteger la imparcialidad en el ejercicio del cargo o función que detentan los funcionarios públicos. En virtud de esta consideración, el titular de este bien jurídico, y por tanto sujeto pasivo, es la sociedad entera como destinataria última de todas las actuaciones que realiza la Administración Pública.

## **V. Elementos subjetivos del tipo**

Conforme expresa D’ALESSIO, este delito requiere “malicia” de los cual se desprenden dos exigencia subjetivas.

En primer término, se debe entender que la figura sólo puede ser realizada con dolo directo, así las cosas, el sujeto activo debe conocer que se encuentra comprendido dentro de

---

820 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Cedes Editorial, Barcelona 1996, págs. 493 y sig.

821 Cfr. TERRAGNI, ob, cit., pág. 335.

los funcionarios obligados a presentar la declaración jurada patrimonial, que transcurrió el plazo en el que había que hacerlo y no lo hizo a pesar de poder presentarla, y debe haber tenido la intención deliberada de no presentar la declaración jurada patrimonial en el momento oportuno.

Además, resulta dable inferir la existencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, cuyo contenido ha sido definido como la intención de inducir a error sobre la situación patrimonial que debe reflejar la declaración jurada.

Resulta necesario destacar la relevancia de las exigencias subjetivas referidas, ya que precisamente la malicia del sujeto caracterizará su omisión como delictiva y la diferenciará de una infracción meramente administrativa 822.

Para acreditar las vigencias subjetivas que contienen las figuras previstas en el artículo 268(3) del Código Penal es preciso determinar la existencia de motivos para ocultar o sustraer determinados aspectos de la situación patrimonial del funcionario.

Para que se configure la figura prevista y reprimida en el artículo 268 inc. 3° del Código Penal, debe existir además, la malicia o ardid requerido como medio de comisión de la acción, lo que significa que el agente debe obrar con-además de conocimiento y voluntad-un plus intencional: el no dar a conocer, para así inducir a error sobre su situación patrimonial 823.

Nos encontramos ante un delito doloso. El tipo cuenta con un elemento subjetivo distinto del dolo, ello es así toda vez que el tipo expresamente refiere, que la omisión en la presentación de la declaración jurada patrimonial o la falsedad u omisión en la inserción de datos en la misma deben ser “maliciosas”<sup>824</sup>.

Cuando se habla de “maliciosa”, se quiere expresar a sabiendas de la contrariedad legal de omitir un determinado acto u cuando el obrar (falsear) también es intencionado a un fin. Se entiende claramente por “malicia” es la intención solapada de ordinario maligna y picante con que se dice o hace algo 825.

---

822 D’ALESSIO, ob. cit., pág. 1346.

823 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 22/03/2010, Varsavsky, Martín.

824 DONNA, ob. cit., p. 412.

825 Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, tomo II, pág. 1298.

Así la jurisprudencia argentina, especialmente referenciada para el caso ha considerado que “corresponde rechazar el recurso de casación cuando si bien el encartado ha violentado una norma vigente al omitir consignar en sus declaraciones juradas la existencia de una tarjeta de crédito, esta conducta no hace típico el hecho, ya que para que se configure la figura prevista y reprimida en el artículo 268, inciso 3° del Código Penal, debe existir además, la malicia o ardid requerido como medio de comisión de la acción, requisito que no se verifica en la causa” 826.

Del mismo modo ha dicho la Cámara de Apelaciones Nacional que “la omisión en la presentación de la declaración jurada patrimonial (art. 268, inc. 3°, CP) debe ser maliciosa, lo que significa que el agente debe obrar con -además de conocimiento y voluntad- un plus intencional: el de no dar a conocer, para así inducir a error sobre su situación patrimonial.

Para acreditar las exigencias subjetivas que contienen las figuras previstas en el artículo 268 (3) del Código Penal es preciso determinar la existencia de motivos para ocultar o sustraer determinados aspectos de la situación patrimonial del funcionario.

Debe confirmarse el sobreseimiento dispuesto de quien al momento de los hechos ostentaba el cargo de vocal del directorio de la Administración de Parques Nacionales, dependiente de la Secretaría de Turismo del Ministerio de Producción de la Nación, había omitido presentar la declaración jurada correspondiente al año 2007, si no existen, en el legajo, elementos de cargos suficientes que permitan inferir –siquiera con el grado de probabilidad que es propio de la etapa procesal que se transita– la especial intencionalidad a la que hace referencia la norma penal, ni tampoco se advierte que dicha situación pueda variar mediante la profundización de la encuesta.

Si bien la presentación tardía de la declaración jurada en cuestión no torna en atípica la conducta omisiva, lo cierto es que constituye un elemento trascendente para evaluar, en conjunto con el resto de las constancias incorporadas al legajo, el aspecto subjetivo de la figura penal examinada, es decir, la intencionalidad que guio el accionar de la imputada” 827.

---

826 Cámara Nacional de Casación Penal , Sala IV, 22-3-2010, "Varsavsky, Martín s/Recurso de casación", c. 8579, González Palazzo, Diez Ojeda -disidencia- y Hornos.

827 Cámara Nacional Federal .Criminal y Correccional., Sala I, 14-6-2011, "Armatta", c. 45.612, Freiler, Ballesterro, Farah.

## VI. Consumación y tentativa

En referencia al primer comportamiento típico referenciado en el artículo 268 (3), se ha entendido que la omisión se consuma una vez expirado el plazo de quince días otorgado por el artículo 8° y 9° de la Ley de Ética de la Función pública.

En el caso del que “falsea” la declaración jurada patrimonial, la acción típica queda consumada con la presentación misma de la declaración jurada ante la autoridad competente que corresponda<sup>828</sup>.

Para la consumación del delito de omisión en la presentación de la declaración jurada, debe existir fehacientemente intimación previa al sujeto obligado a presentarla (funcionario público), e incumplimiento de éste, dentro de los plazos legales. A efectos de incurrir en la figura, no alcanza entonces, el conocimiento que por otros medios diferentes a esa intimación tenga el funcionario, de la existencia de la intención o de la orden de intimarlo.

Así las cosas la tentativa no resulta posible, ni tampoco la participación. El delito de omisión de inclusión de datos y el de falseamiento se consuman con la presentación de la declaración jurada prevista en la ley, ante el organismo pertinente. BREGLIA ARIAS en estos casos considera que la tentativa y la participación criminal es posible 829. De adverso DONNA considera que la tentativa resulta inadmisibles en ambos casos descriptos acabadamente por la figura prevista en el artículo 268 (3) del ordenamiento sustantivo argentino 830.

Por último, coincidimos con FONTÁN BALESTRA, en cuanto a que no rige con relación a este delito, la exigencia de la intimación fehaciente a que nos referimos al tratar sobre el artículo anterior. Basta con que se haya presentado la declaración jurada en cualquiera de las ocasiones en que lo establece la ley o su reglamento, para que pueda considerarse consumado el delito, que no exige perjuicio efectivo para la administración pública ni que

---

828 DONNA, ob. cit., pág. 412.

829 BREGLIA ARIAS, ob. cit., pág. 700.

830 DONNA, ob. cit., pág. 458.

sea medio para la comisión de otro delito anterior. Es por lo expuesto qu el hecho no admite tentativa 831.

---

831 FONTÁN BALESTRA, Carlos / LEDESMA, Guillermo, *Tratado de Derecho penal, Parte especial*, tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 354.

## **CAPÍTULO IX**

# PROPUESTAS POLÍTICO-CRIMINALES PARA ABORDAR LA CORRUPCIÓN

## I. Introducción

Puede sostenerse sin hesitación que en la mayor parte de las sociedades occidentales, la corrupción pública representa el mayor problema en los últimos quince años con graves consecuencias sociales, económicas y políticas para los estados que la padecen.

Considero que una acabada definición y abordaje de la corrupción pública, no puede contemplar únicamente sus aspectos jurídicos-penales, sino también considerar las perspectivas morales, sociológicas, políticas, administrativas, económicas y éticas. Así entonces puede decirse que la corrupción es “toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes la función pública debido a consideraciones privadas tales las familiares, de clan o de amistad, con objeto de obtener beneficios personales –en dinero o en posición social”– ‘cualquier violación del interés público para obtener ventajas especiales’ o ‘toda conducta ilícita utilizada por individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia’ 832.

Se denota en todos los casos una marcada degradación de los valores humanos esenciales y una vulneración de la ética en la función pública y en el ejercicio de la misma por parte de quienes deben cumplir un rol dentro del aparato estatal.

Un accionar corrupto lleva en sí la violación de un deber, vulnerando activa o pasivamente las reglas o al menos algunas de ellas que regulan el cargo que ostentan o la función que desempeñan 833.

---

832 Conf. RICO, José María, “La Corrupción Pública y su control en América Latina”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 4, pág. 678/679, Madrid, 1994.

833 Conf. MALEM SENA, Jorge, “La Corrupción Pública” en *Revista “Jueces para la Democracia”*, pág. 27 N° 37, Madrid, marzo de 2000.



En sentido general, la corrupción implica la utilización del poder que se detenta en forma desviada, sea por parte del funcionario o de una autoridad que tenga facultad de decisión. Si ampliamos el espectro, y giramos la mirada al sector privado el mismo no está ajeno al fenómeno de la corrupción, pudiendo definirse la misma como “la forma más rápida y eficaz de alcanzar un objetivo económico, político o personal a través de regalos o la distribución de otro tipo de ventajas” 834.

Las consecuencias económicas y financieras de la corrupción resultan de difícil mensuración, en virtud de la complejidad de las maniobras efectuadas y la ausencia en casi todos los Estados –al menos los latinoamericanos– de mecanismos y medios ajustados de investigación y control que eviten tener como en el presente la llamada “cifra negra”.

Ahora bien, lo anterior no implica que no pueda decirse sin riesgo de equivocación que las cifras de la corrupción, producen en los Estados, y con mayor impacto, en los que se encuentran en vías de desarrollo pérdidas que llevan al empobrecimiento severo de los mismos.

Tal es el caso en lo que hace a los proyectos de inversión, y particularmente los de inversión pública, cuando expresa que la misma “tiende a aumentar en los países con más altos índices de corrupción, pero lo hace de manera improductiva, asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor del que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados, o simplemente más productivos” 835.

El deterioro que produce la corrupción, se puede notar también manera palpable en la paupérrima distribución de la riqueza que se concentra en los sectores de mayor poder, lo que trae aparejado el lógico conflicto social originado por la desconfianza, la desazón y el resentimiento de la mayor parte de la población.

Pero los aspectos financieros y económicos no son los únicos afectados dentro del funcionamiento del Estado. La corrupción afecta notoriamente la credibilidad y la legitimidad de los gobiernos, que recae desgraciadamente sobre todas las Instituciones del Estado. Produce un grave deterioro por la desestabilización del sistema que inevitablemente

---

834 MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, en coordinación conjunta con ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura y DÍAZ SANTOS, Diego en *El Derecho Penal ante la Globalización*, pág. 132, Editorial Colex, Madrid, 2002.

835 Cfr. MALEM SENA, ob. cit. pág. 28.

se origina. En la faz social, la corrupción genera un serio riesgo para valores esenciales como la vida, la salud, la educación y la seguridad, atentando contra las bases del bienestar de la población que ve como se esfuman los pilares básicos que hacen a la esencia de la obligación estatal.

En términos generales, la corrupción se considera una mezcla entre deslealtad y prevalimiento del cargo en su beneficio o de un tercero respecto o en perjuicio de la Administración pública. Esto acontece de forma clara en el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. En todo caso se produce un quiebre en el correcto ejercicio de la función pública, así como una grave perjuicio al patrimonio público y a la confianza que la sociedad ha depositado en el funcionario 836.

Habitualmente se une el crecimiento de la tecnología, de las facilidades y sofisticación de los medios de comunicación con el avance de la criminalidad económica organizada, dejando más expuesta a la sociedad que se ve vulnerada por este tipo de ilícitos. Empero, si bien el desarrollo económico puede favorecer el tipo de prácticas delictivas de referencia, no puede en modo alguno sostenerse que las modalidades y formas más gravosas de delincuencia económica-financiera resulten ajenas a las sociedades en vías de desarrollo o subdesarrolladas, prueba de ello resultan algunos de los Estados latinoamericanos 837.

A consecuencia de la infiltración de la criminalidad en las actividades empresariales lícitas, “actualmente existe también un sector de la ‘economía legal’ (entendida como ‘normal’ producción de bienes y servicios legales) en manos de criminales 838.

En el aspecto de la Política Criminal de un Estado, no sólo se quiebran las reglas del Derecho,<sup>839</sup> sino que la corrupción enquistada en las Instituciones (Policiales, Judiciales o

---

836 Cfr. ROCA AGAPITO, ob. cit. pág. 24.

837 CERVINI, Raúl, “Macro-Victimización Económica”, en *Revista Cuadernos de la Cátedra*, N° 6, Corrientes, Argentina, 2000.

838 FOFFANI, Luigi, “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica”, en *Revista La Ley*, N° 7, pág. 65, enero de 2001, Madrid, 2001.

839 Cfr. RICO, J. M., ob. cit., pág. 688. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en “Nueva Regulación de la Corrupción Pública. Comentarios de Legislación Penal, Tomo XVI, 101 y sig. *Revista de Derecho Público*, Madrid. Así consideran que en “esta situación prevalente del Estado y por tanto de los funcionarios que los representan en la determinación del modelo económico es inevitable la presencia de los grupos de presión-lobbies, grupos que pretenden condicionar la gestión pública haciendo uso de la relaciones de poder, de favores directos e indirectos y, como no, del dinero-tráfico de influencias, uso de información privilegiada, cohecho, etc. De este modo, el funcionario que integra una comisión que decide la recalificación de unos terrenos, y que como es lógico, ostenta ciertas facultades discrecionales en la resolución pública que se adopte, puede ser tentado por el sector privado para que tal decisión le sea favorable; se habla de corrupción si la resolución aparece condicionada

Parlamentarias), diluye cualquier posibilidad de eficacia para su investigación, control o penalización. Las ‘cifras doradas de la criminalidad’ se encuentran compuestas por delincuentes que ostentan poder político que ejercen impunemente, en beneficio propio o de sus allegados y por aquellos que poseen poder económico, el que se desarrolla o se ha desarrollado en perjuicio de la sociedad en su conjunto, ubicándoles fuera del alcance del sistema de enjuiciamiento penal.<sup>840</sup> En este ámbito “no pueden tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por conscientes. En síntesis, existiría una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazados con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción. Esta sería la cara más visible de la macro-victimización económica” <sup>841</sup>.

Como se ve, la corrupción no sólo representa un grave mal en lo inmediato sino que se torna un gran impedimento para el desarrollo sostenido y armónico del Estado, afectando ineludiblemente a la comunidad en virtud de las graves injusticias a que se ve sometida por parte, de aquellos que detentan el poder político, dominados en la mayoría de los casos los poseedores del poder económico.

## **II. Sistema programático para el control de la corrupción**

A lo largo de este trabajo hemos tenido oportunidad de examinar diversos elementos relacionados con las “reflexiones filosóficas” primigenias acerca de la corrupción administrativa, sus “características” y la “clasificación típico-penal” de aquélla, su “teoría jurídica”, sus “causas” y “consecuencias socio administrativas” y “político-sociales”; asimismo, las estrategias dirigidas a su control, reducción y frustración del fenómeno en cuestión; *v.gr.*, y dentro del campo estrictamente punitivo, la tipificación de las negociaciones y actividades prohibidas, el enriquecimiento ilícito, la utilización de

---

por la intervención privada. En tales supuestos existe la opinión generalizada de la necesidad de intervención penal” .

<sup>840</sup> Cfr. CERVINI, Raúl, ob. cit. pág. 31 y sig., citando a VERSELE, Servin C., en *Revista Ilanud al día*, Año 1º, N° 1, Costa Rica, 1978.

<sup>841</sup> Cfr. CERVINI, Raúl, ob. cit. pág. 32 y sig.

información y datos de carácter reservado y la omisión maliciosa de presentar la declaración jurada patrimonial, todas ellas conductas disvaliosas relacionadas directamente con la corrupción administrativa. Además su “etiología” (científico-observacional y científico-experimental) dando así explicación al origen y desarrollo de esta patogénesis comunitaria propia del hombre y de las sociedades en su permanente devenir histórico.

Lo dicho hace posible la programación preventiva social (ideológica y políticamente mutable) y la científica sólo sujeta a leyes y no a costumbres y valores circunstanciales, como lo son los ideológico-político-temporales.

Por lo tanto, corresponde ingresar ahora en el análisis de las diferentes herramientas que pueden ser empleadas en procura de obtener niveles más adecuados de control respecto de los efectos perjudiciales que acarrea la corrupción funcional, ello así con el objetivo de avanzar hacia la conformación de un estudio integral de la corrupción administrativa.

Diversas son las medidas que han sido calificadas como útiles a fin de poner en marcha aquella tarea específica de reducción y control de los actos y sistemas de corrupción<sup>842</sup>. Sin embargo, y por una evidente cuestión de espacio, desarrollaremos en este capítulo las principales políticas y herramientas que pueden resultar eficaces para alcanzar el objetivo propuesto, intentando, al mismo tiempo, evitar transitar vías o caminos de análisis caracterizados por la confusión conceptual, circunstancia que también parece instalarse con relación a la temática que nos disponemos abordar, a raíz de la extensión que asume el marco teórico que sustenta la actividad objeto de estudio.

Por último, resta aclarar que se en el presente trabajo serán examinadas aquellas medidas destinadas al control de la corrupción que puedan ser aplicadas y ejecutadas en la mayor parte de los ámbitos estatales, es decir, en la Administración pública en general; ello sin perjuicio de tener en consideración que cada uno de los sectores públicos, con su específica actividad burocrática, exhibirá particularidades concretas y características especiales, circunstancias que exigirá la necesidad de implementar -en diversos supuestos-

---

<sup>842</sup> Cabe destacar que el fundador de “Transparencia Internacional”, Peter EIGEN, en su libro *Las redes de la corrupción* (precedentemente citado) hace referencia (pp. 95/102) a las diferentes herramientas que dicha institución aconseja implementar para combatir la corrupción. Dichas medidas han sido agrupadas en un trabajo denominado “Source Book” el cual puede ser consultado en la página de internet correspondiente a dicha ONG: [www.transparency.org](http://www.transparency.org).

herramientas específicas tendientes a la prevención y detección de aquellos actos desviados que se han generado en el seno de dicho ámbito<sup>843</sup>.

## **A) Control de los actos públicos**

El desarrollo de sistemas de contralor -tanto internos como externos- respecto de aquellos actos producidos en una determinada repartición o dependencia pública constituye una de las herramientas más efectivas que pueden implementarse con el objetivo de prevenir y detectar las acciones corruptas. De allí que la creación de las condiciones necesarias para posibilitar la expansión y el adecuado desenvolvimiento institucional de los órganos de control, ya sean de tipo administrativo o judicial, conforma un desafío ineludible que todo Estado democrático actual debe enfrentar si es que realmente decide involucrarse en una lucha responsable contra la corrupción<sup>844</sup>.

### **1. Controles internos**

Básicamente, los sistemas de inspección despliegan una tarea caracterizada por el examen y la vigilancia en torno al cumplimiento de la normativa legal y la detección de acciones irregulares. Diversos son los organismos establecidos a nivel nacional para el desarrollo de esta tarea, sin embargo, resulta imprescindible referirnos brevemente a los siguientes: (a) Oficina Anticorrupción, (b) Fiscalía de Investigaciones Administrativas, (c) Auditoría General de la Nación, (d) Sindicatura General de la Nación, (e) Consejo de la Magistratura y (f) Ministerio Público.

*a) Oficina Anticorrupción.* Este organismo depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y fue creado por la Ley de Ministerios (ley nº 25.233, B.O. 1999/12/14)

---

843 MALEM SEÑA analiza en su obra citada (pp. 127/137) las diferentes herramientas destinadas a reducir los niveles de corrupción en el ámbito establecido a partir de la relación existente entre el gobierno y los partidos políticos, específicamente en lo relativo a la financiación de los mismos.

844 El presente punto ostenta directa vinculación con los denominados controles institucionales, es decir aquellos ejercidos de manera interrelacionada entre las funciones o poderes del Estado. Dichos controles devienen imprescindibles a fin obtener un ejercicio transparente de la función pública, constituyendo, además, uno de los elementos clave del sistema democrático constitucional, circunstancia que se verá traducida en concreto en aquel paradigma que refiere que ningún ente u organismo podrá ejercer un poder sin que algún otro tenga el derecho de controlarlo.

con el objeto de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción del sector público nacional, desarrollando su tarea en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Asimismo, ejerce las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la Ley 24.946, y exhibe la facultad de intervenir como parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Conforme surge del Decreto n° 102/99 (B.O. 1999/12/29), el cual reglamenta las funciones y estructura de la Oficina Anticorrupción, es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>845</sup>.

b) *Fiscalía de Investigaciones Administrativas*. Integra la Procuración General de la Nación, y es el órgano encargado de promover la investigación de la conducta administrativa desplegada por los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, como así también de las empresas, sociedades, y todo otro ente en que el Estado tenga participación. Efectúa investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos (cfr. artículo 45 incisos “a” y “b” de la ley n° 24.946). A fin de llevar a cabo sus investigaciones, la Fiscalía cuenta con abogados y un cuerpo especializado de contadores. Dicho organismo procura detectar posibles transgresiones a normas administrativas y/o penales. En el primero de estos casos las actuaciones de la Fiscalía darán inicio a un sumario que será instruido por las autoridades administrativas correspondientes; mientras que en aquellos supuestos en que la sospecha indique la posible comisión de una conducta delictiva, se presentará la correspondiente denuncia ante la justicia. Al participar tanto en los sumarios administrativos como en las diversas causas penales donde exista imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, la Fiscalía se encuentra en un lugar de privilegio que le permite conocer sendos trámites y funcionar como nexo entre ambas sedes a fin de evitar que los sumarios administrativos y/o causas judiciales sean detenidas en su trámite a la espera de la resolución del asunto en la otra sede. Cabe aclarar que este organismo no tiene competencia para realizar investigaciones en el ámbito de los poderes

---

845 Acerca de su estructura, organización, competencia y funcionamiento, procede consultar la dirección [www.anticorrupcion.jus.gov.ar](http://www.anticorrupcion.jus.gov.ar) (20/06/2007).

Legislativo y Judicial, o en los organismos de las administraciones provinciales y municipales<sup>846</sup>.

c) *Auditoría General de la Nación*. Es el organismo que asiste técnicamente al Congreso en el control del estado de las cuentas del sector público. Verifica el cumplimiento contable, legal y de gestión por parte del Poder Ejecutivo Nacional; controla la exposición completa, clara y veraz de las cuentas públicas y analiza la administración de los intereses fiscales. Según informa la propia Auditoría su función es controlar y no coadministrar la cosa pública, es decir que se avoca al examen de los hechos, actos y documentos una vez finalizados los ejercicios contables de los entes que se haya decidido auditar. Con sus informes, los cuales incluyen comentarios, conclusiones y recomendaciones, la Auditoría asesora al Poder Legislativo sobre el desempeño de la Administración Pública Nacional y la situación de la hacienda pública. El objetivo primario de la Auditoría General de la Nación es contribuir a que se adopten decisiones eficientes y económicas en materia de gastos e ingresos públicos. Este organismo enfrenta un desafío por demás relevante como es el de lograr una mayor racionalidad del accionar del sector público. Cabe señalar que dicha institución se encuentra prevista en el artículo 85 de la Constitución Nacional<sup>847</sup>.

d) *Sindicatura General de la Nación*. Entre las funciones más importantes de este organismo se destacan las siguientes: Dictar y aplicar normas de control interno, las cuales deberán ser coordinadas con la Auditoría General de la Nación. Emitir y supervisar la aplicación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna. Disponer la realización y coordinación respecto de la ejecución de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, así como también de estudios referidos a la regularidad jurídica, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, y consultorías sobre evaluación de programas, proyectos y operaciones. Efectuar las auditorías externas que le fueran requeridas, ello de acuerdo con la Auditoría General de la Nación cuando así

---

846 Cfr. [www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar). 20/06/2007.

847 Artículo 85 de la Constitución Nacional: "El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos". Para más datos se podrá consultar la siguiente página web: [www.agn.gov.ar](http://www.agn.gov.ar) (20/06/2007).

corresponda. Vigilar el cumplimiento de las normas contables que hayan sido emanadas de la Contaduría General de la Nación. Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación. Comprobar la puesta en práctica –por parte de los organismos controlados– de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna y que hayan sido acordadas con los respectivos responsables. Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime que puedan implicar significativos perjuicios para el patrimonio público. Efectuar en las jurisdicciones y entidades un seguimiento adecuado de los registros de declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos, vigilando el estricto cumplimiento de dichas obligaciones. Verificar la efectiva adopción, en las jurisdicciones y entidades sujeta a su control, de las medidas tendientes a la prosecución en sede judicial del resarcimiento de los daños patrimoniales causados por los responsables, realizando un seguimiento permanente de las respectivas causas<sup>848</sup>.

e) *Consejo de la Magistratura*. El artículo 114 de la Constitución Nacional establece que dicho organismo tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. Será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Asimismo, se conformará con otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Entre sus atribuciones se encuentran las siguientes: (1) Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; (2) Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores; (3) Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia; (4) Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados; (5) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, -en su caso ordenar la suspensión- y formular la acusación correspondiente; (6) Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. Es evidente que aun cuando dicho órgano no sea considerado expresamente como una figura destinada a ejercer el control de los actos

---

848 Cfr. [www.sigen.gov.ar](http://www.sigen.gov.ar) (20/06/2007).



desviados, a nuestro criterio ocupa, dentro del ámbito judicial, y en razón de las funciones asignadas, una posición de privilegio en punto a la tarea referida<sup>849</sup>.

*f) Ministerio Público.* Finalmente, entendemos que es importante referirnos también a esta institución prevista en el artículo 120 de nuestra Carta Magna, en virtud del cual se establece que la misma es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus integrantes gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones. Resulta insoslayable tener en cuenta el significativo rol que desempeña el Ministerio Público Fiscal, ello así al encontrarse investido de una función trascendental como es la de promover la actuación de los órganos judiciales en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, circunstancia que naturalmente se relaciona en forma directa con la persecución de aquellos actos irregulares consumados en el ámbito de la función pública.

Efectivizar la institucionalización e implementación de los órganos de control destinados a cumplimentar tareas de auditoría respecto del ejercicio de la función pública, constituye sin duda un elemento fundamental para intentar alcanzar un correcto desempeño de la administración pública en el ámbito de sus tres poderes. Sin embargo, todo ello quedará en un estadio meramente formal en caso de no poder obtenerse un adecuado nivel de eficiencia en el funcionamiento de cada uno de los organismos referidos, es decir, si el ejercicio de la labor impuesta a los mismos no se desarrolla en forma legal, comprometida y responsable. Si esto último no se verifica, dichas instituciones sólo profundizarán la crisis producida por los problemas que precisamente se intentaron controlar (corrupción), y denotarán una utilidad tendiente a proteger, encubrir y potenciar el desarrollo de los sistemas de corrupción funcional, convirtiéndose en polos irregulares de poder y transformándose en estructuras generadoras de decisiones desviadas y de esquemas utilizados para ocultar diversos actos ilegales. Todo ello provocará que dichas instituciones se presenten como importantes botines -administrativos y económicos- perseguidos y aprovechados por los diferentes cuadros políticos.

---

849 Cfr. [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)

## 2. *Controles externos*

Es preciso hacer hincapié en la importancia que reviste el funcionamiento adecuado de los controles internos, es decir, aquellos instituidos dentro del ámbito de cada oficina u organismo estatal. Dicha relevancia se habrá de verificar tanto en la tarea de disuasión como así también respecto de la detección del acto irregular. En este sentido, no puede soslayarse que estos serán precisamente los mecanismos que se ubiquen en el punto más cercano al acto o estructura irregular. De allí la necesidad de incentivar a los distintos funcionarios para que colaboren en la labor referida a la denuncia de los casos de corrupción de los cuales hayan tomado conocimiento en virtud de su actividad. Para ello será preciso contar con algunas medidas imprescindibles tales como la generación de un conducto sencillo destinado a encauzar la denuncia y el posterior trámite de su correspondiente investigación, pero además, deberá diseñarse un sistema que garantice la confidencialidad de esa denuncia y la seguridad de quien colabora. Con relación a este tema, el artículo 3° de la Convención Interamericana contra la Corrupción titulado “Medidas preventivas” establece la necesidad de disponer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad. Asimismo el artículo 8°, inciso 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción prevé que cada Estado Parte deberá considerar la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

Respecto de los controles internos y su interpretación como medida básica tendente a alcanzar la reducción de los actos desviados, resulta obligatorio referirse al control de la gestión particular. En tal sentido, deviene necesario, a fin de obtener resultados más eficaces, disponer que el trabajo de cada empleado y funcionario resulte sujeto a control y revisión<sup>850</sup>. Dicho examen puede consistir, por ejemplo, en una labor de inspección respecto de la tarea de determinado empleado elegido al azar o como consecuencia de una investigación que se esté llevando a cabo en áreas que resulten sospechosas. Esta función constituye una gran fuente de información acerca de dónde y en qué grado se presenta la corrupción. Además dichas revisiones conllevan un impacto sobre los demás funcionarios y empleados, quienes desempeñarán su labor de manera más eficiente ante la posibilidad de ser seleccionados y controlados. Por otra parte, las personas que examinan la documentación

---

850 KLITGAARD, ob. cit., p. 41.

también desarrollarán su labor en forma más eficiente ante la posibilidad de que su actividad estuviera, asimismo, sujeta a revisión (prevención general). Es dable recordar que aquellos ámbitos caracterizados por la deficiente información en punto a la producción de la actividad administrativa, como así también, la falta transparencia en el accionar público, conforman el terreno adecuado para la generación de los distintos actos irregulares<sup>851</sup>.

Es evidente que los controles externos ejercerán un rol destacado fundamentalmente en aquellos casos en que la estructura administrativa se encuentre ocupada por un esquema de corrupción sistémica, circunstancia que convertirá y transformará en ineficientes a los mismos controles internos. Por otra parte, cabe subrayar que las actividades de control ejercidas por organismos externos desarrollarán una función importante al actuar como medio de presión, tanto en la disuasión de los comportamientos de los funcionarios, como en la vigilancia de los controles internos.

Si bien excede el objeto de este trabajo, en la actualidad, toda tarea dirigida al control de la corrupción deberá atender a las nuevas herramientas destinadas al análisis y combate de la criminalidad organizada, entre otras: agente encubierto, colaborador judicial, sistema de entrega vigilada, protección de testigos e imputados, denuncia con identidad reservada, recompensas, arrepentido, decomiso, recupero de activos, regulación del secreto bancario, etcétera<sup>852</sup>.

También es necesario considerar el establecimiento de los sistemas de publicidad como un elemento efectivo para alcanzar el control y la prevención de eventuales actos de corrupción funcional. El mismo puede ser ejecutado de diversas maneras, como por ejemplo sistematizando la publicación de los resultados obtenidos por cada una de las oficinas públicas<sup>853</sup>. Cuando la tarea de un órgano se presenta a disposición y análisis de la sociedad, dicha circunstancia funciona como un poderoso incentivo para la no comisión de actos corruptos, alentando, además, el mejoramiento y optimización de los resultados. La

---

851 En igual sentido, MALEM SEÑA explica que la instrumentación de sistemas de control eficaces es considerada una herramienta básica para intentar disminuir el desarrollo de la corrupción, por lo que en el ámbito de la administración pública merecen destacarse aquellos controles internos que la administración y el gobierno puedan llegar a establecer. De tal manera señala que en EE.UU el 59% de los fraudes es descubierto a partir de controles internos rutinarios. Del 41% restante, el 38% ha sido detectado debido a documentación externa como cuentas bancarias, cartas, etc., el 32% es averiguado accidentalmente, el 28% lo es debido a denuncias anónimas y únicamente el 3% es descubierto por un control externo (cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., págs. 218/219, quien cita a Ferran TERMES I ANGLÉS, *La investigació del frau en el sector públic*, Sindicatura de Comptes de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 9).

852 Cfr. ORSI, Omar Gabriel, *Sistema Penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Bs. As., 2007, págs. 15 y sig.

853 Por ejemplo, cantidad de sentencias dictadas en un año por cada organismo judicial.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece, en su artículo 10 titulado “Información pública”, que “...cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública (...) Esas medidas podrán incluir...: a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público; b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”.

Asimismo, una forma novedosa de alcanzar mayor transparencia, y por lo tanto optimizar los niveles de control en procesos estatales como aquellos referidos a las licitaciones públicas, puede ser, por ejemplo, la utilización de sistemas tecnológicos como internet<sup>854</sup>. Sin duda, resulta indiscutible la necesidad de simplificar el procedimiento relacionado con licitaciones públicas, mejorar la capacitación técnica del personal encargado de elaborar los pliegos de las mismas, como así también de aquellos destinados a llevar adelante el proceso de adjudicación.

Respecto del desarrollo de licitaciones públicas, Argentina ha dispuesto, en el ámbito de sus tres poderes, diferentes sistemas de publicación vía internet. Así, en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional -que es por supuesto el que mayor número de contrataciones realiza- encontramos la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Dicha oficina desarrolla su labor en el ámbito de la Subsecretaría de Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros. El Sistema Nacional de Contrataciones y la Oficina Nacional de Contrataciones han sido creados por Decreto n° 1545 (31/08/1994), rigiéndose los mismos por el principio de centralización normativa y descentralización operativa. La Oficina Nacional de Contrataciones es responsable de establecer las normas, sistemas y procedimientos que rigen

---

854 En México, la existencia de un “acuerdo de colaboración” obliga a utilizar un sistema denominado “compranet”, con el objetivo de hacer públicas las licitaciones a realizarse tanto con recursos federales como estatales o municipales. Dicha circunstancia ha llevado a ese país a ser el primero del mundo con un Sistema Nacional de Licitaciones Públicas vía Internet. Cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 81/82, quien cita a Arsenio FARELL CUBILLAS en el prólogo del libro “Corrupción y cambio”, coordinado por José Octavio LÓPEZ PRESA, México: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 8.

las contrataciones, mientras que la gestión de compras es realizada por los Organismos de la Administración Pública Nacional. En concreto, la misión de dicha oficina es lograr que la Administración Pública Nacional realice sus contrataciones bajo estrictos parámetros de eficiencia y transparencia. Para ello propone las políticas y establece normas, sistemas y procedimientos operativos que regirán la gestión de contrataciones; difunde, capacita y asesora a las entidades que intervienen en el proceso; elabora y organiza estadísticas e información sobre las contrataciones, a fin de se encuentren a disposición de los distintos participantes y de la ciudadanía en general. Todas estas pautas se encuentran detalladas en los decretos n° 1545/1994 y n° 624/2003, y en la resolución n° 20/2004 de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Por otra parte, bajo el título “Argentina Compra” puede ser ubicado el sitio web de la Oficina Nacional de Contrataciones, donde consta de alguna manera la finalidad y la misión que persigue dicho sistema, al señalarse lo siguiente: “Para que las compras de la Administración Pública Nacional se realicen con eficacia, economía y transparencia, este sitio es el lugar de encuentro y operatoria entre los organismos que contratan y los proveedores que abastecen o desean abastecer al Estado, así como de cualquier ciudadano que quiera ver y controlar cómo se administran los fondos públicos. Constituye un sitio abierto, donde las consultas son públicas y gratuitas. La información está a la vista y disponible para cualquier persona”. Cabe destacar que allí mismo se facilita luego el ingreso para inscribirse como proveedor del Estado<sup>855</sup>.

Sin duda, resulta axiomático señalar que el Estado cuenta con diversos organismos que se encuentran formalmente dispuestos para llevar a cabo una eficiente tarea de control respecto de la transparencia que necesariamente debe regir el manejo de los fondos públicos. Sin embargo, el desafío continúa presente. El mismo consiste, como siempre, en lograr que dichas instituciones funcionen correctamente. Ello implica una tarea multidisciplinaria, y parte de esa labor es la que intentamos describir en el presente estudio.

## **B) Declaraciones juradas**

Otra de las medidas preventivas que sin duda podemos caracterizar como imprescindible, es aquella relacionada con la obligación que poseen determinados

---

<sup>855</sup> Cfr. [www.argentinacompra.gov.ar](http://www.argentinacompra.gov.ar) (20/06/2007). Con relación al Poder Legislativo también se detallan en internet las diferentes licitaciones y contrataciones realizadas por dicho órgano. Así podrá consultarse la siguiente página: [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar) (20/06/2007). En [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar) (20/06/007) se describe la información relacionada a las licitaciones dispuestas por el Poder Judicial de la Nación.

funcionarios de realizar declaraciones juradas de su patrimonio, como así también de las actividades que desarrollan en su ámbito profesional. El régimen para declaraciones juradas de los funcionarios públicos se encuentra establecido en los artículos 4 a 12 de la ley 25.188.

Así, es importante señalar que el artículo 4 establece la obligación que poseen los empleados y funcionarios detallados en el artículo 5 de dicha ley, en cuanto a la presentación de una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción en el cargo. La misma deberá ser actualizada anualmente, ordenándose además la presentación final dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo.

La declaración jurada deberá contener una nómina detallada de todos los bienes propios del declarante, propios de su cónyuge, los que integren la sociedad conyugal, los del conviviente, los que integren en su caso la sociedad de hecho y los de sus hijos menores, en el país o en el extranjero (artículo 6). Dichos instrumentos quedarán depositados en los respectivos organismos donde se desempeñe el funcionario, pero una copia autenticada será remitida a la Comisión Nacional de Ética Pública (artículo 7).

Ante la falta de presentación de la declaración jurada se efectuará una intimación para que se dé cumplimiento a dicha obligación en el plazo de quince días, si no lo hiciere será considerado falta grave y dará lugar a la sanción disciplinaria respectiva sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder; en este sentido, habrá que tener en cuenta las previsiones de orden penal (artículo 8)<sup>856</sup>.

Si al egresar de la función pública el ex funcionario no presentare la correspondiente declaración jurada, será intimado en forma fehaciente, en caso de persistir en el incumplimiento, además de las sanciones correspondientes, se establecerá la imposibilidad para ejercer nuevamente la función pública (artículo 9).

El listado de las declaraciones juradas deberá ser publicado en el Boletín Oficial y, con la debida explicación por escrito respecto del objeto y destino que le habrá de dar (y por supuesto de sus datos personales), cualquier ciudadano podrá consultar y obtener una copia

---

<sup>856</sup> El Código Penal, en su art. 268 (3) reprime 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.

del contenido de las mencionadas declaraciones. Por otra parte se establece una sanción pecuniaria para aquella persona que acceda a una declaración jurada mediante el procedimiento descrito anteriormente, pero la utilice para fines ilegales (cfr. artículos 10 y 11 de la ley 25.188).

A fin de evitar posibles conflictos de intereses, el artículo 12 de la normativa analizada establece la obligación de incluir en la declaración jurada los antecedentes laborales del funcionario. De este modo se intenta ejercer un control más efectivo respecto del patrimonio del funcionario y de su grupo familiar, circunstancia que posibilitará observar su evolución económica y, en consecuencia, detectar eventuales enriquecimientos indebidos. Más allá de todos estos datos en particular, el sistema de exhibición pública de datos personales, económicos y laborales de los funcionarios públicos persigue como objetivo fundamental el hecho de incentivar la transparencia que debe guiar el accionar de todo funcionario. Sin lugar a dudas, cuando dichos instrumentos son puestos a disposición del ciudadano, se fortalece en forma directa la necesaria confianza que el público debe tener respecto de aquellas personas que dirigen el destino de la *res publica*.

### **C) Conflictos de intereses**

Existen determinadas disposiciones que actúan como medidas preventivas, pretendiendo evitar la generación y el establecimiento de aquellas condiciones que alientan y favorecen el comportamiento irregular de los funcionarios públicos. Una parte sustancial de dichas reglas se encuentran dirigidas a impedir los llamados conflictos de intereses<sup>857</sup>.

Algunas de las situaciones conflictivas más notorias han sido reguladas en la “Ley de ética en el ejercicio de la función pública” (ley 25.188), en los artículos 13, 14 y 15. El primero de ellos describe diversas actividades que resultan incompatibles con el ejercicio de la función pública. Entre ellas se destaca la prestación por parte del funcionario de cualquier tipo de servicio a quien tenga una concesión o sea proveedor del Estado, siempre que exista relación entre la función que desarrolla el agente y la actividad de la contratación. Por

---

<sup>857</sup> Acerca de este concepto ver [www.anticorrupcion.jus.gov.ar](http://www.anticorrupcion.jus.gov.ar), donde obra el informe elaborado por Marcelo ALEGRE para la Oficina Anticorrupción: “Informe final. Regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina”.

supuesto, también resulta incompatible ser proveedor de cualquier organismo estatal en donde el funcionario desempeñe su labor<sup>858</sup>.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley de Ética Pública establece la incompatibilidad de aquellos funcionarios que hayan tenido una participación relevante en los procesos de privatizaciones, para actuar posteriormente en los entes que regulen dichas empresas o servicios<sup>859</sup>. Asimismo se dispone que las referidas inhabilidades son aplicables aunque sus causas se hayan producido un año antes del ingreso del funcionario, o se produzcan un año después de su egreso (artículo 15 de la Ley 25.188)<sup>860</sup>.

Las normas que han sido reseñadas intentan evitar los conflictos de intereses, generando una serie de incompatibilidades en cuanto al ejercicio de la acción pública y privada; y en ese marco, también se pretende evitar aquellas situaciones identificadas vulgarmente bajo el concepto de “puertas giratorias”, en virtud del cual el funcionario público desarrolla determinadas medidas que benefician al sector privado del cual proviene, mientras que luego de cumplimentado un determinado período, regresa al mismo ámbito y actividad privada que favoreció con su actuación en la instancia estatal<sup>861</sup>.

#### **D) Información**

Sobre la base de este concepto se caracteriza aquella tarea que hace referencia a la recopilación de datos y antecedentes que den cuenta de las características que asumen los actos y sistemas de corrupción en una determinada dependencia pública. Dicha labor resulta esencial a fin de poder desarrollar una adecuada selección respecto de las medidas anticorrupción que corresponda poner en marcha<sup>862</sup>.

---

858 Artículo 13: Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

859 Artículo 14: Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios.

860 Artículo 15: Las inhabilidades o incompatibilidades establecidas en los artículos precedentes regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o sobrevengan al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente.

861 Cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 88/89.

862 KLITGAARD, ob. cit., p. 78.



En esa inteligencia será relevante conocer cuáles son las formas más severas de corrupción que se verifican en una oficina particular. Esta tarea constituye en sí misma una medida anticorrupción, ya que los empleados de dicha oficina reconocerán que sus actividades irregulares pueden ser detectadas (y eventualmente castigadas) por lo que resultará menos probable que las ejecuten. La descripción de la presente situación ejemplifica de manera concreta aquella situación que anteriormente identificamos como control interno de los actos públicos.

Para aprovechar y optimizar esta medida o herramienta, es prioridad buscar y establecer las fuentes de información, ya que serán éstas precisamente las que permitirán conocer, en concreto, cuales son las prácticas corruptas que se llevan a cabo en la dependencia seleccionada. A tal fin puede ser útil contar con empleados de probada honestidad, como así también con controles que serán desplegados, por ejemplo, a través de auditorías sobre los expedientes o trabajos realizados; dicha revisión, la cual perseguirá básicamente la detección de irregularidades, producirá al mismo tiempo un significativo impacto sobre los trabajadores y ello promoverá que los mismos desarrollen su tarea de manera más efectiva ante la posibilidad de ser examinados<sup>863</sup>.

También es importante lograr establecer un sistema de información externo basado en canales o vías que permitan conocer las irregularidades acaecidas en alguna de las dependencias públicas. En general, la información externa se constituye a través de vías de denuncia. De allí la necesidad de impulsar la habilitación de oficinas destinadas a recibir reclamos y denuncias de los clientes de una determinada repartición, creación de líneas telefónicas a tal efecto, comités de contribuyentes, agrupaciones de ciudadanos, etcétera.

Es evidente que si el director de un organismo posee información sobre las conductas desplegadas por sus agentes y clientes, se incrementarán las posibilidades de que la

---

863 KLITGAARD, ob. cit., pp. 78/79, describe las diferentes acciones puestas en marcha por el Juez Efrén Plana quien se hizo cargo de la Dirección de Renta Interna de Filipinas (DRI), la cual presentaba elevados índices de corrupción, logrando revertir dicha situación a partir de la aplicación de las diversas medidas aquí desarrolladas. A fin de recopilar información en punto a los sistemas de corrupción existente en dicho organismo, el Director utilizó diversas fuentes de información: (a) Introdujo un grupo de contadores públicos autorizados y los asoció con funcionarios de conducta intachable con el objetivo de examinar diversos casos sobre impuestos en busca de situaciones irregulares; (b) Plana también utilizó algunas personas ajenas al organismo, quienes se desempeñaban como agentes de inteligencia, para que le brinden información acerca de las actividades corruptas desplegadas en el mismo; (c) Asimismo, otro grupo de funcionarios analizó el patrimonio de altos funcionarios de la DRI, determinándose que el 30% de los mismos poseían bienes que no eran proporcionales con sus ingresos. El resultado de estas acciones fue altamente productivo ya que permitió conocer las principales maniobras de corrupción, como así también a algunos de sus autores, logrando, además, que dicho control ejerciera una presión mayor sobre el resto de los empleados, circunstancia que derivó en el desarrollo de una labor más eficiente por parte de los mismos.

corrupción sea detectada y sancionada. Pero existe un dato que no podemos soslayar, y es que la información generalmente es onerosa. Es por ello que no siempre una repartición estatal se encuentra en condiciones de implementar la medida anticorrupción que resulte adecuada formalmente, sino que también deberán evaluarse las condiciones que tornen sustentable la ejecución de dicha operación<sup>864</sup>.

Dentro de los sistemas tendentes a la recopilación y al análisis de la información se destacan las auditorías y los sistemas de información gerencial, los cuales pueden ser utilizados con el objetivo de localizar rastros y evidencias acerca de la producción de actos corruptos. El sistema de información gerencial puede ser aún más eficaz si se complementa con inspecciones, siendo importante que las mismas se efectúen al azar. En la búsqueda de transacciones corruptas, el director puede escoger una eventual operación en lugar de realizar un censo completo. De esta manera, se aumentará la percepción en los agentes acerca de que existen posibilidades de ser descubiertos, todo ello sin duda coadyuvará al desistimiento por parte de algunos de los funcionarios respecto de la comisión de ciertas conductas irregulares. Por otra parte, las inspecciones con carácter sorpresivo respecto de ciertas actividades o informes, pueden alcanzar un efecto similar<sup>865</sup>.

Los sistemas de información también pueden utilizarse para evaluar la vulnerabilidad de la organización con respecto a la comisión de actos de corrupción. El objetivo aquí no es encontrar evidencia en relación a un comportamiento irregular en el pasado, sino localizar dentro de la agencia los procesos y sectores que resultan ser particularmente vulnerables al sistema de transparencia que debe guiar el accionar de la Administración pública. Tal como sugiere el modelo “director-agente-cliente”, el director debería examinar con un nivel mayor de exigencia aquellos ámbitos en donde los agentes ejerzan su poder de manera monopólica y con determinados índices de arbitrariedad, como así también, donde resulte complejo y dificultoso inspeccionar los frutos obtenidos por dichos funcionarios<sup>866</sup>.

Como agentes de información se mencionan, en concreto, a los auditores, evaluadores e inspectores, constituyéndose en figuras estratégicas respecto de aquella tarea

---

864 KLITGAARD, ob. cit., pp. 105 y ss.

865 En este sentido se ha señalado que el análisis científico y detallado de los flujos de trabajo, como así también, la inspección rígida (...) de los mismos, los diarios y los registros de actividades por horario, realizados por equipos móviles de inspecciones competentes, son probablemente una de las formas más efectivas de tratar con la corrupción (Ralph BRAIBANTI, *Reflections on Bureaucratic Corruption*, in *Bureaucratic Corruption*, ed. Ekpo, pp. 25-26, citado por KLITGAARD, ob. cit., p. 106).

866 Lo manifestado se relaciona con la ecuación elaborada por KLITGAARD (C: M+D-R) en la cual refiere que corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos responsabilidad o rendición de cuentas.

dirigida al control de la corrupción administrativa. El director, además, deberá dedicar esfuerzos a fin de profesionalizar a dichos agentes y reforzar sus funciones dentro de la organización.

Asimismo los empleados de rango inferior pueden ser alentados a proporcionar información acerca de las prácticas irregulares que hayan sido percibidas por los mismos. El director debe tomar medidas para estimular y proteger a los agentes informantes y arrepentidos. Por supuesto, también es aconsejable instaurar canales de información tales como agentes protectores de los intereses públicos (Defensor del Pueblo, observatorios, organizaciones no gubernamentales, etc.), comités auditores ligados al director, o una dependencia anticorrupción (*v.gr.*, Oficina Anticorrupción).

Por otra parte, los individuos ajenos a la Administración pueden constituirse en una importante fuente de información. Aquellos datos y registros provenientes de terceras personas adquieren significativa relevancia por cuanto aportan al director diversos elementos tendentes a superar las asimetrías informativas dentro de la organización. Sin lugar a duda, los registros públicos y bancarios constituyen fuentes confiables de información. Si bien los medios gráficos y televisivos deben ser analizados cuidadosamente, también ofrecen destacada utilidad. En este sentido, es dable señalar la importancia que puede asumir en esta tarea la participación ciudadana a través de organizaciones no gubernamentales (observatorios), fundaciones, medios de comunicación, etc. En determinadas oportunidades, los clientes y el público también constituyen provechosas fuentes de información acerca de la comisión de conductas desviadas. En general ello ocurre cuando resultan víctimas de alguna decisión irregular por parte de funcionarios estatales como en el caso de abusos o extorsiones, en virtud de los cuales tendrán un incentivo para brindar los datos relacionados con su caso en particular. El director puede alentar a los clientes y al público a delatar los sistemas de corrupción dando garantías de anonimato, estableciendo líneas telefónicas de emergencia, obteniendo testimonios de personas respetadas y alentando en general a los grupos ciudadanos a combatir la corrupción administrativa.

Con relación a lo manifestado, es fundamental que el Estado otorgue mayor caudal de información a los ciudadanos, ya que cuando los mismos ignoran tanto sus derechos así como las reglas que se aplican en las concretas relaciones que entablan con la

Administración pública, se encuentran particularmente sujetos a ser víctima de los funcionarios corruptos.

### **E) Salario, estabilidad e incentivos**

A fin de obtener un desarrollo adecuado de la función administrativa es preciso atender a determinadas cuestiones básicas que no siempre resulta sencillo incorporar. Entre otros elementos, se destacan aquellos relacionados con el derecho de todo agente a obtener un sueldo digno, como así también, a desarrollar su labor bajo determinados parámetros de estabilidad en el cargo.

Ya hemos advertido que la decisión de comprometerse en prácticas corruptas, en general, no obedece a una sola causa. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que entre los diferentes elementos que caracterizan a la relación laboral se encuentra aquel que establece que la retribución otorgada al funcionario debe ser capaz de satisfacer una dieta apropiada, dicha circunstancia coadyuvaría a evitar que los agentes se involucren en actividades irregulares, al menos, por motivos relacionados con necesidades económicas básicas.

Como bien se ha observado, la propia noción de salario digno es imprecisa, y puede ocurrir que aquello que sea suficientemente digno para una persona no lo sea en absoluto para otra. Por ello, se propugna que a fin de profesionalizar la Administración pública, se debería reclutar a los mejores candidatos según sus méritos, y para desincentivar las actividades corruptas, se deberían satisfacer condiciones retributivas situadas en un nivel similar al de los salarios que se abonan en el ámbito privado en concepto de remuneración por el cumplimiento de una función análoga<sup>867</sup>. Además generar la búsqueda y observación de diferentes extremos que puedan ser empleados en carácter de compensación (becas de estudio, viajes de investigación, posibilidades de ascenso, preparación laboral, cursos, títulos y diplomas que otorguen prestigio, etc.).

Con respecto a aquel elemento relacionado con la condición de estabilidad en el cargo, es preciso subrayar que el mismo constituye un aspecto básico de la función pública, al permitirle considerar que el mismo ostenta la posibilidad concreta de desarrollar una determinada carrera administrativa.

---

867 MALEM SEÑA, ob. cit., p. 80.

Algunos de los reaseguros más importantes para obtener un comportamiento adecuado de los funcionarios públicos se relaciona con la manera de llevarse a cabo el reclutamiento de los mismos, las características exigidas para cumplimentar una determinada función, la estructuración jerárquica de los puestos y las formas de ascender en el escalafón profesional. Todas estas circunstancias deben ser determinadas con precisión y claridad, resultando imprescindible que dichos criterios sean efectivamente aplicados en la práctica bajo pautas de respeto a los derechos de igualdad y transparencia<sup>868</sup>.

Dentro del marco de estas medidas, debemos referirnos el tema de los incentivos que, a nuestro criterio, conforma uno de los ítems más relevantes del análisis que nos encontramos desarrollando en el presente capítulo. Si bien se trata de un término genérico, en particular nos referimos a los beneficios que se otorgan a determinados funcionarios y empleados públicos cuando alcanzan valores de efectividad o metas que merecen ser recompensadas.

El examen de los incentivos como medida general anticorrupción encuentra directa relación con las recompensas y sanciones destinadas a los agentes públicos<sup>869</sup>. El objetivo de esta medida preventiva consiste en obtener un marco de actuación en virtud del cual a los servidores públicos les resulte más atractivo desarrollar su tarea en forma productiva, controlando y denunciando al mismo tiempo las conductas irregulares, en lugar de comportarse ilícitamente. Los incentivos pueden ser individuales o grupales, esto último sucede cuando resulten destinados a todo el personal que conforma una determinada oficina, repartición o dependencia. Es importante tener en cuenta que un sistema de incentivo genérico, basado en el reconocimiento (meritorio) que la Administración pública le otorga a una oficina determinada –ello luego de haber alcanzado un cierto logro– conlleva un aspecto positivo básico, y es que al hacerse efectivo a todo el grupo, permite evitar la denominada competencia negativa entre los integrantes de esa repartición. Por otra parte, además de un reconocimiento curricular y dinerario, los incentivos pueden asumir diferentes modalidades tales como viajes de perfeccionamiento profesional y becas, entre otros beneficios<sup>870</sup>.

Para decidir el otorgamiento de los incentivos individuales positivos, es necesario establecer una evaluación del desempeño de los agentes públicos teniendo en cuenta fundamentalmente la eficiencia; en este sentido, deberá confeccionarse un sistema de

---

868 *Ibidem*.

869 KLITGAARD, ob. cit., pp. 100/105.

870 *Ibidem*, pp. 17 y ss.

premios, recompensas y ascensos que serán otorgados siempre en consideración a las variables referidas<sup>871</sup>.

La implementación de un sistema de evaluación del desempeño permite concretar objetivos importantes, ya que refuerza y fortalece la moral, brinda una orientación positiva a la tarea del funcionario y, además, ayuda a controlar la corrupción, en tanto impide la continuidad del sistema irregular de transferencias y ascensos, brindando incentivos para que los empleados y funcionarios ejerzan su tarea de manera transparente y eficiente<sup>872</sup>.

Con relación a las recompensas, los observadores señalan que aquellos salarios irracionalmente bajos configuran en determinadas circunstancias la justificación para que ciertos funcionarios desarrollen conductas prohibidas. En este sentido, los ingresos obtenidos en forma corrupta tienden a reemplazar los aumentos de salarios, alcanzando de esa manera una especie de equilibrio, ya que el ingreso ilícito será interpretado como una parte del salario efectivo que dicho funcionario debería percibir. Sin embargo, ello no significa que la elevación de escalas salariales permita reducir definitivamente los niveles de corrupción administrativa. Es evidente que si no se modifican otros factores relacionados básicamente con el control de gestión y los incentivos, el funcionario que presenta un determinado nivel económico evaluará las distintas posibilidades que se encuentren a su alcance a fin de continuar ascendiendo de posición o estatus a través de la comisión de diversos actos irregulares.

Por ello, en lugar de aumentar los niveles salariales en general, una estrategia más efectiva consistirá en modificar las recompensas específicas, las cuales deberán responder también a determinadas acciones concretas. Ocurre que dentro de una determinada jerarquía gubernamental los funcionarios de mediano rango cuentan con diversas oportunidades para reducir el fraude, la corrupción y los actos irregulares, pero escasos incentivos para hacerlo. La modificación y el cambio de incentivos se transformarán entonces en un elemento sustancial.

Los funcionarios públicos jerarquizados deberían establecer un sistema de premios y estímulos con relación a los actos específicamente productivos, como así también respecto de los agentes particularmente eficaces. Entre diversas opciones, existe la posibilidad de que ese pago o recompensa quede sujeto a determinadas condiciones referidas a su accionar. De

---

871 *Ibidem*, p. 71.

872 *Ibidem*, p. 78.

tal manera, si el empleado o funcionario resulta, por ejemplo, titular de una pensión considerable, a la cual no podrá acceder en caso de comportarse ilícitamente, indudablemente aquel tendrá mayores incentivos para desplegar una conducta transparente. También podrán asignarse determinados bonos que sean anulables ante la comisión de una conducta ilícita. Todos estos recursos pueden resultar útiles en el marco de aquella tarea que pretende alcanzar un ambiente en el cual el agente se concentre y dirija sus esfuerzos en evitar y controlar la corrupción desarrollada en su ámbito de trabajo.

#### **F) Profesionalización de los funcionarios públicos**

Teniendo en consideración la importancia que reviste el ejercicio de la función pública, la cual se erige como una de las labores más relevantes y necesarias que pueden desarrollarse en el marco de una comunidad organizada, deviene imprescindible que los funcionarios o servidores públicos reciban un nivel de formación adecuada, circunstancia que les otorgará mayores elementos para desplegar su tarea de manera satisfactoria.

Esta medida, cuyos efectos evidentemente serán recogidos a mediano y largo plazo, propone concebir al funcionario público como un agente de alta profesionalidad, pero también con acceso a una remuneración adecuada, el cual debiera formarse en una escuela especializada e ingresar al servicio del Estado por concurso<sup>873</sup>.

La decisión de poner en marcha un sistema profesionalizado de actividad pública constituye una de las estrategias más trascendentes que puedan adoptarse para intentar reducir los niveles de corrupción administrativa. Existen distintos caminos y vías para su implementación, algunas de las cuales se relacionan con variables tendientes a generar un mayor nivel de control respecto de los requisitos de ingresos de los agentes, dentro de cuyo marco será importante concretar y poner en marcha sistemas adecuados de evaluación de la capacidad de los postulantes, ya sea a través de exámenes orales y escritos, para lo cual también deviene necesaria la creación de órganos destinados específicamente al desarrollo de dicha función<sup>874</sup>. Asimismo será fundamental la construcción de un sistema de perfeccionamiento y actualización de los conocimientos a los cuales podrán acceder los agentes, en algunos supuestos de manera voluntaria y en otros en forma obligatoria, al ser

---

873 KLITGAARD, ob. cit., p. 82.

874 Por ejemplo, el Consejo de la Magistratura en el ámbito del Poder Judicial..

instaurados como requisitos de acceso a determinados cargos. Todo ello hace a la excelencia, perfeccionamiento y profesionalización de los funcionarios y por ende, de la Administración pública en general.

En cuanto al nombramiento de los agentes, es importante regular aquellas situaciones que permiten el ejercicio de actos que generalmente se identifican bajo el término de *nepotismo*. Para ello, algunas normativas prohíben el ingreso -dentro de la misma entidad- de familiares del empleado o funcionario hasta el sexto grado de parentesco. Por otra parte, y tal como fuera descrito precedentemente debemos agregar la importancia que reviste el hecho de establecer un sistema estricto de ascensos, para lo cual se deberá tomar en cuenta la capacidad, eficiencia y méritos alcanzados por cada uno de los funcionarios o empleados públicos.

La forma de llevarse a cabo la selección de los agentes y funcionarios públicos constituye una de las columnas vertebrales de la lucha contra la corrupción administrativa. Los criterios de selección de agentes públicos deberían evaluar no sólo elementos referidos a los niveles de capacidad técnica, sino también aquellos que den cuenta de los antecedentes laborales, profesionales y conductuales del postulante; circunstancia que permitiría vislumbrar, dentro de las lógicas limitaciones, su actuación futura. En tal sentido valores identificados con la transparencia y la honestidad que debe caracterizar el accionar de los agentes reviste un carácter decisivo en aquellos cargos en los que el arbitrio es inevitable, la inspección difícil y que conjugan, además, un manejo importante de fondos económicos (por ej., funcionarios de alta jerarquía, inspectores, etcétera).

### **G) Reestructuración de la función pública**

El objetivo perseguido en el presente título consiste en reducir o disminuir las oportunidades de corrupción funcional mediante la instalación de particulares modificaciones que puedan llevarse a cabo dentro de la organización misma. La meta es evitar situaciones en las que determinado funcionario detente un importante poder monopólico, caracterizado, además, por un destacado nivel de arbitrio, pero cuya responsabilidad o rendición de cuentas se encuentre debilitada.

Todas las medidas que pueden implementarse en este sentido conforman o implican, básicamente, un mayor grado de control interno dentro de la dependencia estatal con el



objetivo de evitar que el empleado o funcionario se encuentre -aunque sin perseguirlo expresamente- frente a condiciones que hagan factible la posibilidad de llevar a cabo un acto irregular<sup>875</sup>.

Uno de los conceptos básicos a tener en cuenta es el de la competencia. Y ello así en tanto el estado o esquema contrario al de una situación monopólica es precisamente aquel en donde distintos sujetos ofrecen o demandan un mismo producto o servicio. En determinadas oportunidades la competencia puede ser inducida, por ejemplo al derivar las actividades de la agencia estatal a un grupo de diversas firmas privadas. Asimismo, es preciso tener en cuenta que el director también podrá inducir la competencia entre los mismos agentes del gobierno. En este sentido, los usuarios contarán con la posibilidad de evitar la extorsión u otro tipo de conducta corrupta, si existen diversos agentes estatales de quienes obtener el servicio.

Especial atención deberá otorgarse al nivel de arbitrio que caracterice el accionar de los agentes. Conforme lo señalado precedentemente, los cambios en la organización y en los procedimientos deben ser implementados con el objetivo de reducir las oportunidades de corrupción en que puedan verse involucrados los empleados y funcionarios públicos. A tal fin, es preciso definir con mayor claridad las políticas que luego serán instrumentadas, al tiempo que las reglas deberán ser diseñadas de manera tal que resulte más sencilla su supervisión, mientras que las decisiones tendrán que ser sometidas a una eficiente revisión jerárquica. Si partimos de aquel presupuesto que sostiene que, en definitiva, los sistemas de control son mecanismos para limitar el arbitrio, es preciso que los agentes desplieguen su labor en equipos regulados bajo una adecuada supervisión, con el objetivo de que ninguno de ellos se encuentre frente a la oportunidad de tomar decisiones (eventualmente corruptas) en forma independiente e incontrolada. El hecho de dividir las decisiones en partes y separar el accionar de las mismas, resulta con frecuencia aconsejable (esta situación se observa en el Poder Judicial a través de la conformación de los órganos colegiados). El control interno depende en gran parte de una adecuada y eficiente eliminación de las oportunidades para disimular los errores o irregularidades. Y, a su vez, de que las tareas sean asignadas de tal manera que no sea sólo una persona la que controle todas las fases de una actividad o transacción.

---

875 KLITGAARD, ob. cit., págs. 110/111.

Finalmente, cabe señalar que el procedimiento de rotación de agentes constituye una decisión de significativa relevancia en punto al objetivo que se intenta alcanzar. Su fundamento es sencillo, las relaciones corruptas entre agentes y ciudadanos, usuarios o cliente, usualmente toman un lapso de tiempo en desarrollarse. El rotar a los agentes, modificando su ubicación y las labores que se les asignan, inhibe los arreglos de larga duración “entre amigos o conocidos”, por lo que de obstaculizará la concreción de acuerdos indebidos. Como se podrá apreciar, en definitiva dichas medidas organizacionales forman parte del concepto genérico de “contralor” al cual hiciéramos referencia precedentemente.

## **H) Códigos de comportamientos éticos**

Más allá de las consideraciones económicas, políticas u organizacionales, los actos de corrupción, como toda conducta humana, presentan un ineludible carácter moral<sup>876</sup>, de allí la relevancia de plantear determinados criterios éticos que deberían regir el funcionamiento de la Administración pública<sup>877</sup>.

Se ha entendido que la ética es centralmente un llamado a la conciencia del funcionario para lograr su compromiso con la excelencia en el servicio, de manera que no sólo rechace el mal desempeño, sino que también se resista al camino jurídicamente tolerado de la “mediocridad”. De esta forma, el actor que ha aceptado el reclamo de la ética se esfuerza por alcanzar la más completa y perfecta prestación de la función, procurando obtener la confianza del ciudadano en el ser y en el parecer de su tarea. A un funcionario plenamente “ético” no le basta con no violar las normas jurídicas, atento a que su compromiso radica en intentar alcanzar un determinado plus de excelencia y, fundamentalmente, la confianza inequívoca de la sociedad<sup>878</sup>.

Diversas son las razones por las cuales resulta conveniente implementar este tipo de códigos en todos los ámbitos de la función pública; desde el artículo de VIGO subrayamos algunas, aclarando que si bien las referencias se efectúan respecto a la labor judicial,

---

876 Moral: Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22º edición).

877 Ver el desarrollo efectuado en igual sentido por MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 83/86.

878 VIGO, Rodolfo Luis: “Por qué un Código de Ética judicial (Temores y prevenciones)”, *Diario La Ley*, 18/04/2007.

indudablemente pueden ser aplicadas a los diversos sectores que componen las funciones del Estado:

(a) Clarifica conductas éticamente inciertas. Como lo revelan los códigos de ética, el ejercicio de la función pública exhibe una importante variedad de conductas entre las cuales se puede optar y establecer aquella que se estime éticamente correcta. A sólo título de ejemplo podrá determinarse el modo en que los jueces pueden recibir a los abogados de las partes de un juicio. Una vez establecida la opción, ella se constituye en una fuente de tranquilidad y seguridad para los destinatarios en tanto cuentan con la determinación formal respecto de la conducta a seguir, desvaneciéndose de tal manera potenciales riesgos de reproches o cuestionamientos. Por otro lado, tal determinación contribuye a cubrir las genéricas e indeterminadas exigencias previstas en las constituciones y otros cuerpos legislativos, en virtud de los cuales se incluyen apelaciones a la “idoneidad” o la “buena conducta” de los jueces y demás funcionarios públicos; en relación con ello, los códigos de ética efectúan y formalizan ese necesario papel de complemento y especificación.

(b) Establece medidas objetivas para la crítica y el control. Los códigos de ética describen un perfil de agente público que permite reconocer aquel que será considerado un excelente, mediocre o mal funcionario. Consecuentemente, clausura discusiones y puntos de vista genéricos, infundados o parciales, estableciendo la determinación de un índice concreto desde el cual podrán formularse reproches o elogios. El señalamiento objetivo de una medida de tal naturaleza permite trasladarla a los distintos funcionarios y sus respectivos comportamientos en orden a ejercer el irrenunciable control que le corresponde a la ciudadanía.

(c) Frente a aquellas posturas que señalan que los códigos de ética resultan inútiles, la experiencia comparada arriba a un juicio contrario, particularmente en el mundo anglosajón, donde la tradición confirma la confianza creciente que se deposita en los requerimientos éticos como medio para lograr el desarrollo de una práctica profesional correcta. Es indudable que determinados códigos de ética pueden resultar, en definitiva, meras apelaciones a la conciencia, pero sin embargo existen otros (en Argentina los Códigos de Ética de Santa Fe y Córdoba) que incluyen Tribunales de Ética y Comisiones de consultas que han demostrado su capacidad para absorber con eficacia ciertas conductas que no son regulables por el derecho, pero que sin perjuicio de ello, producen enorme impacto en la credibilidad del poder estatal por parte de la ciudadanía. Por otro lado, la ética no sólo apela

a reproches, sino que recurre a premios y reconocimientos, constituyéndose dichas regulaciones en referentes de la excelencia pretendida en el servicio.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los cuales la regulación de esta cuestión no alcance el nivel de eficiencia adecuado, sus resultados pueden ser precisamente inversos a los pretendidos. Con relación a esta temática, cabe tener en cuenta que el Capítulo II de la “Ley de ética de la función pública” (n° 25.188) titulado “Deberes y pautas de comportamiento ético”, contiene diversos principios éticos cuyo cumplimiento resulta exigible a los agentes públicos, así, entre otros, el artículo 2 señala: “*Los funcionarios públicos se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: Inciso 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*”. Es importante advertir que a partir de esta enumeración de principios, se genera de manera evidente un ámbito de confusión debido a la superposición de conceptos, ello así, en razón de que los mismos parecen definirse mutuamente<sup>879</sup>.

Por su parte, el “Código de ética de la función pública” (decreto 41/99), establece seis principios generales (artículos 8 a 13) con el agregado de su correspondiente concepto y explicación:

*i) Probidad: El funcionario público debe actuar con rectitud y honradez, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. También está obligado a exteriorizar una conducta honesta.*

*ii) Prudencia: El funcionario público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes. El ejercicio de la función pública debe inspirar*

---

879 Al verificar en el diccionario las definiciones de dichos principios, veremos que las mismas se encuentran decididamente interrelacionadas (*Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición*): **Honestidad**: cualidad de honesto. Honesto: 1) Decente o decoroso. 2) recatado, pudoroso, 3) razonable, justo, 4) probo, recto, honrado. Honradez: rectitud de ánimo, integridad en el obrar. **Probidad**: honradez. Probo: que tiene probidad. Recto: 4) justo, severo o intachable en su conducta. **Rectitud**: cualidad de recto (justo). Justo: que obra según justicia y razón. **Austeridad**: cualidad de austero. Austero: severo, rigurosamente ajustado a las normas de la moral, 2) sobrio, morigerado, sencillo, sin ninguna clase de alardes. **Fe (buena)**: rectitud, honradez, 2) criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho, 3) en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte. **Republicana**: perteneciente o relativo a la república, 4) buen patricio. República: organización del Estado cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el parlamento para un período determinado. Entre otros, se advierte entonces que "honestidad" se define como "probidad", "rectitud como "austeridad", "buena fe" como "honradez y "rectitud".

*confianza en la comunidad. Asimismo, debe evitar acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores.*

*iii) Justicia: El funcionario público debe tener permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, tanto en sus relaciones con el Estado, como con el público, sus superiores y subordinados.*

*iv) Templanza: El funcionario público debe desarrollar sus funciones con respeto y sobriedad, usando las prerrogativas inherentes a su cargo y los medios de que dispone únicamente para el cumplimiento de sus funciones y deberes. Asimismo, debe evitar cualquier ostentación que pudiera poner en duda su honestidad o su disposición para el cumplimiento de los deberes propios del cargo.*

*v) Idoneidad: La idoneidad, entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública.*

*vi) Responsabilidad: El funcionario público debe hacer un esfuerzo honesto para cumplir con sus deberes. Cuanto más elevado sea el cargo que ocupa un funcionario público, mayor es su responsabilidad para el cumplimiento de las disposiciones de este Código.*

En virtud de lo expuesto, es preciso señalar que tanto la Ley 25.188, como el Código de Ética de la Función Pública, se caracterizan por la sobreabundancia en cuanto a la descripción de principios. Entendemos que debiera analizarse la conveniencia de utilizar un criterio expositivo que emplee menor cantidad de elementos, ello así en virtud de la dificultad intrínseca que existe en distinguir principios que se encuentran estrechamente relacionados<sup>880</sup>. Por ello pareciera más beneficioso especificar determinados principios generales como por ejemplo un deber de honestidad o de transparencia, consistente en la disposición a no obtener ventajas indebidas del ejercicio de la función pública, para luego realizar una descripción de conductas particulares (presentación de declaraciones juradas, incompatibilidades, uso de información, utilización de bienes del Estado, conflicto de intereses, etc.).

---

<sup>880</sup> Cfr. ALEGRE, Marcelo, “Informe final. Regulación de pautas de comportamiento ético y conflictos de intereses en la Argentina”, Oficina Anticorrupción ([www.anticorrupción.jus.gov.ar](http://www.anticorrupción.jus.gov.ar)), págs. 14 y ss.

Las alusiones de la Ley 25.188 a otros principios parecen redundantes, ya que se encuentran incluidos en cualquier concepción de sentido común acerca de lo que requiere el principio o virtud de la honestidad. De allí que resulta interesante tener en consideración la conclusión del informe previamente señalado, donde se manifiesta que es preciso no asimilar principios morales con virtudes; los valores que una ley o un código de ética deben contener no tienen por qué ser principios de virtud personal sino un modelo de relación entre el Estado y la sociedad, que puede describirse en términos de ciertas reglas específicas.

A nuestro criterio todo ello debe sustentarse en el desarrollo de la labor del funcionario, y es aquella referida a la actividad permanente en cuanto a la generación de conciencia respecto a la importancia de la tarea que se encuentra desempeñando, como así también, en torno a la necesidad de que su comportamiento sea correcto, adecuado y que además se exhiba de tal manera ante la sociedad. No debemos olvidar que el artículo 3 de la Ley 25.188 prevé sanciones y hasta la remoción, para quienes no observen una conducta acorde con la ética pública<sup>881</sup>.

El fin que persiguen los códigos de ética para funcionarios es establecer criterios generales de conducta y desempeño laboral, coadyuvar a completar determinadas lagunas legislativas en cuanto a la forma de actuar, y permitir iluminar el camino a seguir frente a determinadas circunstancias equívocas o ambiguas.

## **I) Sanciones**

La mayor parte de los autores que han investigado la corrupción en la Administración pública, coinciden en señalar que una de las medidas más eficaces para combatirla se encuentra constituida por el castigo ejemplar de determinados funcionarios importantes y jerarquizados que se hayan visto involucrados en actos de corrupción.

---

<sup>881</sup> Art. 3 de la Ley 25.188: 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.

Con relación a esta medida, no corresponde a nuestro entender estimular ni formalizar la aplicación de normas penales con criterios de mayor severidad con el objetivo de alcanzar o pretender un castigo ejemplar; ello sería utilizar la sanción –en este caso a un ocasional funcionario o empleado público corrupto– como medio para generar un estado de temor en el resto de la sociedad, contrariando, a nuestro criterio uno de los principios elementales del sistema de Derechos Humanos, que implica considerar a cada persona como fin en sí misma y nunca como un medio tendente a la obtención de resultados externos.

Consideramos que debe pensarse en una forma eficiente de resarcir a las víctimas que en muchos casos pueden resultar individuales o, por el tipo de delito colectivas, o difusas. Es relevante la opinión de la víctima la que debe ser incluida a los efectos de la resolución de conflictos como los que acarrea la corrupción. Así singularmente valiosa es al respecto la opinión de HERRERA MORENO, en cuanto considera que el paradigma victimológico “ha introducido cambios fundamentales en la manera de abordar los conflictos sociales. Es propio de nuestros tiempos el intenso predicamento de las víctimas, constituidas en relevantes grupos de presión. Las víctimas son hoy creadoras de opinión –concluye la autora– y nuevos interlocutores en el gran debate de la Política criminal” 882.

La aplicación de toda pena conlleva, entre otras consecuencias, aquel fenómeno que en doctrina se identifica como prevención especial y general. En el marco particular de nuestro estudio, ello implicará que cuando un funcionario sea castigado a raíz de la comisión de algún hecho delictivo (y que constituya al mismo tiempo un acto de corrupción) la sociedad percibirá dicha reacción y se verá intimidada a través de la prevención general, la cual, por otro lado, es inevitable. Pero la aplicación de la ley, y en concreto la determinación y graduación de la pena deberá ser llevada a cabo de manera igualitaria y bajo la concreta perspectiva del individuo que desplegó el particular accionar ilícito<sup>883</sup>. De manera tal que no corresponderá agravar el monto de la pena con la finalidad de generar temor y de prevenir al resto de los funcionarios y empleados públicos.

También se hace hincapié en la necesidad de imponer una rápida sanción administrativa para el funcionario que haya participado en algún acto de corrupción<sup>884</sup>. Dichas sanciones deberán ser aplicadas sin distinción de jerarquía y podrán culminar con el

---

882 HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y Control penal (Nuevas estrategias inocuidadoras en las post-modernidad penal)*, Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 35 sigs.

883 Artículos 40 y 41 del Código penal argentino.

884 KLITGAARD, ob. cit., p. 80.

despido del agente corrupto, independientemente de la formación de las correspondientes actuaciones en el orden penal. En este contexto debe destacarse la importancia que reviste el impacto que dichas medidas provocan en el resto de los empleados, al percibir la relación directa e inmediata que se ha establecido entre el acto irregular y la sanción administrativa. Todo ello estimulará un mejor y más cuidadoso desempeño de la función.

Se advierte consenso en la doctrina al subrayar la importancia que adquiere el hecho de evitar situaciones de impunidad respecto de las sanciones que corresponda aplicar en respuesta de aquellas conductas desviadas que se producen en el ámbito de la Administración pública<sup>885</sup>. En consecuencia, en pos de alcanzar el objetivo propuesto, se debería desarrollar un estricto accionar en cuanto a la aplicación de los castigos administrativos que deban imponerse a aquellos agentes que han llevado a cabo algún hecho de corrupción en el contexto estatal. Vale aquí reiterar que si dicha conducta desleal constituye además un acto ilícito penalmente reprochado, se deberán poner en marcha todos los mecanismos de denuncia pertinentes para llevar el caso a la justicia penal, resultando conveniente el impulso del proceso a través de figuras tales como el querellante. Hemos visto precedentemente que la Oficina Anticorrupción posee la facultad de desarrollar esa función de manera específica.

## **J) La tipificación del enriquecimiento ilícito como medida anticorrupción**

Más allá de las distintas medidas preventivas analizadas, podemos identificar diversas acciones represivas, tales como las sanciones que establece el Código Penal

---

885 *Ibidem*, págs. 101/105.



respecto de ciertas conductas irregulares que, además de ser consideradas técnicamente como delitos, constituyen específicos actos de corrupción<sup>886</sup>.

En este caso puntual nos referiremos en particular al delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 36 de la Carta Magna argentina y en el artículo 268 (2) del Código Penal, el cual se erige como medio a tener en cuenta a fin de detectar la corrupción, fundamentalmente en aquellos supuestos en que fracasan los controles que el Estado tiene la disponibilidad de poner en marcha para su prevención.

El delito de enriquecimiento ilícito también se encuentra previsto en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción considerándolo como un acto específico de corrupción. También está legislado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde a través del artículo 20 se establece la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito doloso, describiéndolo como el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, respecto de sus ingresos legítimos, y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Existen varias maneras de prevenir, controlar y combatir los sistemas de corrupción instalados en la Administración pública. Algunas de ellas dirigen su atención a la fuente u origen de las condiciones que posibilitan la creación del ambiente propicio para el desarrollo de actos irregulares, las cuales por lo general se basan en la prevención de dichas conductas desviadas, y presentan básicamente relación con la educación y con el adecuado funcionamiento de los sistemas administrativos de control. Sin duda, son las que revisten mayor eficacia. Sin perjuicio de ello, resulta posible también identificar un grupo de medidas que estructuran su atención en forma directa hacia los sujetos que han intervenido en la consumación de las conductas desviadas, y que tienen que ver con la intervención del sistema penal. Las mismas constituyen también una vía imprescindible, sin la cual la propia prevención carecería de fundamento. El tipo penal correspondiente al delito de enriquecimiento ilícito pertenece al segundo conjunto de medidas, pero se enlaza

---

886 RIMONDI, Jorge Luis, *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración pública*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, y TODARELLO, Guillermo Ariel, “El Derecho penal argentino frente el fenómeno de la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito”, en *Revista de Derecho Penal*, n° 11, noviembre de 2005, Editorial El Derecho pp. 5/25. En la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar acríticamente la existencia del tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, e incluso algunos instrumentos internacionales (La Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta que el injusto penal está basado en la “no-justificación” de un “incremento patrimonial” (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del derecho penal (*Vid.* ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., págs. 20 y ss).

naturalmente con un procedimiento de carácter preventivo como es el caso de la declaración jurada patrimonial de los funcionarios públicos<sup>887</sup>.

Se trata de una figura penal que construye su actuación a partir del reconocimiento de los efectos derivados de la conducta ilícita subyacente. Como señala MANFRONI, el delito de enriquecimiento ilícito, unido a un adecuado sistema de declaraciones patrimoniales, constituye un expediente de significativa utilidad en el marco de la lucha contra la corrupción y acciones particulares como la legitimación de activos provenientes de conductas ilícitas.

También se ha afirmado que el fenómeno de la corrupción gubernamental deberá ser tratado a través de acciones implementadas en el seno del propio Estado, pero también, a partir de mecanismos que provengan del exterior del mencionado ente público. Dicho concepto se adecúa precisamente a las líneas de funcionamiento que presenta el delito de enriquecimiento ilícito, ya que ante el incremento patrimonial desmedido del agente público, cualquier ciudadano o institución se encontrará autorizado a efectuar la denuncia por enriquecimiento ilícito. Por lo tanto, la mecánica propia del delito se relaciona perfectamente con el control que debe implementarse dentro y fuera del Estado, permitiendo, de esta manera, el desarrollo y despliegue de la participación democrática al presentar la posibilidad de que se ejerza un control directo sobre los bienes de aquellos funcionarios que administran los fondos públicos<sup>888</sup>.

Teniendo en consideración que el agente estatal administra fondos públicos (conformados entre otras variables a partir de los aportes efectuados por cada uno de los integrantes de la comunidad) deviene lógico y razonable que los ciudadanos cuenten con posibilidades ciertas de controlar, de diversas formas, el estado de la administración. Una de esas modalidades se constituye a través de la percepción del enriquecimiento excesivo que presente un funcionario, y la posibilidad de que sea investigado judicialmente, ello de acuerdo a lo previsto en la figura del artículo 268 (2) del Código Penal.

---

887 Artículo III, inciso 4, de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

888 En artículo publicado por Adriana CHRISTENSEN en la *Revista Encrucijadas* (ob. cit., p. 58), la autora se refiere al escándalo como elemento de control social en la lucha contra la corrupción. En tal sentido analiza dicha circunstancia como una manera de hacer visible lo invisible. Es dable observar la relación existente entre esta idea y el delito de enriquecimiento ilícito, ya que precisamente el aumento del patrimonio desmedido, y un estilo de vida no compatible con el salario del funcionario público, permite hacer visible lo invisible; posibilitando de esa manera superar una de las características principales que presenta el acto de corrupción como es la necesidad de mantenerlo oculto.

Debido a que los actos de corrupción presentan severas dificultades para ser descubiertos, en parte, por la complejidad que conlleva el hecho de obtener la información necesaria para conocer dónde y de qué manera se está desarrollando el acto de desviado, este delito permite ingresar a la investigación de la conducta desviada a través de las ganancias obtenidas por el agente. En otras palabras, ante la imposibilidad, o al menos la dificultad, de dismantelar el proceso de corrupción, se combate a través del resultado ganancial obtenido por dicho accionar irregular.

### **K) Sistema de “doble vía”**

En este acápite desarrollaremos uno de los perfiles que asume la figura de enriquecimiento ilícito, el cual, según nuestro entender, demuestra claramente la importancia y la eficacia que este delito puede jugar en su rol de herramienta contra la corrupción.

Los autores de maniobras delictivas organizadas se sirven por lo general de un sistema de apoyo conformado por actos y sistemas de corrupción que se emplean con la finalidad de lograr que dichos ilícitos (*delito madre o central*) puedan ser consumados y desarrollados en el tiempo. El control y combate de esos delitos se presenta como una tarea compleja por encontrarse los mismos, precisamente, disimulados y protegidos por ese sistema de corrupción que les sirve de apoyo y cobertura.

Esta circunstancia demuestra la necesidad de enfrentar las referidas acciones irregulares por una vía alternativa, es decir, por un camino que nos permita superar los obstáculos conformados por el sistema de apoyo. Y dicha problemática nos convence acerca de la necesidad de contar con la figura que estamos analizando, ya que permitiría investigar los actos de corrupción (y en consecuencia al delito identificado como *central*) a partir de los resultados obtenidos, es decir de las ganancias adquiridas por los sujetos activos.

Al momento de describir las características constitutivas de todo acto de corrupción señalamos que el mismo se nutre de diversos elementos: beneficio, transgresión normativa, interacción, aprovechamiento de una situación de poder, perjuicio y ocultamiento. Asimismo, en determinadas oportunidades los actos de corrupción se constituyen en un instrumento, y conforman lo que se ha denominado como sistema de apoyo o escudo de protección de un determinado accionar ilícito, ello a fin de que éste sobreviva en el tiempo y

logre desarrollarse sin inconvenientes. Es decir, la corrupción (compuesta por diversos actos irregulares, algunos de los cuales constituyen delito) apoya, oculta y facilita otros actos ilícitos, y en definitiva, aporta un determinado esquema que permite sostener el sistema operativo generado en torno a una actividad ilícita.

De acuerdo al análisis efectuado oportunamente, el sistema operativo de la actividad ilícita permite su desarrollo, por ejemplo, a través de actividades relacionadas con el contrabando de armas, tráfico de órganos, comercialización de estupefacientes, blanqueo de dinero, etcétera; resultando habitual que dicho accionar sea protegido con diferentes actos de corrupción (tales como sobornos, exacciones ilegales, entre otros). Los mecanismos de protección señalados constituyen los diferentes sistemas de apoyo, y como corolario o eslabón final de esta cadena aparece el beneficio, es decir el enriquecimiento que presentan los autores del delito y de los actos de corrupción. Dicha circunstancia es, precisamente, la que se intenta combatir a partir de la figura del enriquecimiento ilícito.

Por supuesto, será necesario continuar con la implementación de todas las acciones tendentes a combatir cada uno de los delitos específicos, como así también, profundizar las tareas destinadas a la erradicación de los diferentes sistemas de apoyo conformados por los actos de corrupción; circunstancia que se llevará a cabo a través de las distintas medidas destinadas a la prevención y al control del mencionado fenómeno.

Sin perjuicio de ello, este sistema calificado como de doble vía (cerrojo o emboscada) enseña que además de dichas herramientas anticorrupción, resulta conveniente contar con una figura, en este caso prevista en el artículo 268 (2) del Código Penal, que permita analizar la corrupción a través de sus resultados, es decir, de las ganancias obtenidas por los actos irregulares y por el sistema operativo del delito.

Lo identificamos como sistema de doble vía ya que por un extremo los actos irregulares serán controlados a través de las medidas llamadas preventivas, mientras que por otro, dicha figura permitirá actuar por esa vía particular, a partir de las ganancias obtenidas por los funcionarios deshonestos. En definitiva, se conforma una especie de cerrojo o emboscada que intenta evitar la impunidad de dichos actos irregulares.

### **III. Estrategias destinadas al control de la corrupción**

Es necesario describir en esta oportunidad, aunque de manera sintética, las llamadas estrategias de implementación<sup>889</sup>, que hacen referencia, precisamente, a aquel ejercicio relacionado con el análisis y el establecimiento de las condiciones que resultan necesarias para poder aplicar cada una de las medidas que se intenten desarrollar en pos de controlar determinados actos de corrupción estatal. Según KLITGAARD, tres etapas inevitablemente han de ser recorridas a fin de poder solucionar un problema de esta naturaleza en el seno de la Administración pública. En primer término, resultará imprescindible advertir la existencia y características del conflicto en particular. Luego se habrán de considerar las posibles políticas o medidas que *a priori* se presenten con mayor efectividad para resolver, o al menos morigerar, el problema diagnosticado. Y, finalmente, se deberán estudiar y analizar las estrategias de implementación, ello a fin de poder desarrollar y aplicar en forma adecuada las medidas seleccionadas.

Antes de individualizar alguna de las medidas o políticas destinadas a controlar los niveles de corrupción en la Administración pública, se deberán considerar diversos extremos, tales como el costo de su implementación, el apoyo político y burocrático que congreguen las mismas, la efectividad que puedan alcanzar de acuerdo a las cualidades de los actos irregulares, las características que revista la repartición en la cual se proyectan desplegar, las particularidades que asuman aquellas actividades desarrolladas en el organismo, etcétera. Dichos elementos conforman los problemas estratégicos de implementación, constituyendo los mismos las cuestiones que resultarán de imprescindible evaluación a fin de determinar la sustentabilidad de las medidas que se decidan implementar en un determinado organismo público<sup>890</sup>.

Así pues, cuando determinada autoridad decida implementar una campaña destinada al control de la corrupción administrativa deberá, en primer término, informarse acerca de las características que presentan los actos de corrupción que se llevan a cabo en la repartición a su cargo. Una vez adquirido dicho conocimiento deberá evaluar y seleccionar aquellas medidas que se presenten como más adecuadas para atacar y prevenir los actos irregulares, mientras que en último término, y como un elemento de fundamental

---

889 KLITGAARD, ob. cit., p. 194.

890 *Ibidem*, p. 241, donde el autor se refiere aquí al análisis de factibilidad de las medidas anticorrupción.

importancia, deberá elaborar una estrategia de implementación que permita llevar a cabo de manera efectiva la puesta en funcionamiento de las herramientas seleccionadas.

Como consecuencia de todo lo manifestado, debemos afirmar la inconveniencia de utilizar medidas de carácter general o universal contra la corrupción administrativa, resultando imprescindible conocer la estructura del sistema de corrupción para luego poder seleccionar y utilizar la herramienta adecuada para su control. Es precisamente por ello que hacemos hincapié en la importancia que reviste el desarrollo de un estudio integral de la corrupción que permita conocer las principales facetas, características y elementos que componen el fenómeno objeto de estudio.

#### **A) Pactos de integridad**

Es importante detenernos ahora en el análisis de una de las herramientas más novedosas que se encuentran dentro del catálogo de instrumentos destinados a combatir la corrupción administrativa. Resulta conveniente hacerlo en esta oportunidad, precisamente, por la relación que existe con los temas aquí estudiados. Conforme veremos a continuación, los pactos de integridad pueden constituir un elemento adecuado para el control de la corrupción a través de la participación ciudadana.

El pacto de integridad es un instrumento desarrollado por la organización no gubernamental *Transparencia Internacional*<sup>891</sup> con el objetivo de que los gobiernos y los miembros de la sociedad civil que estén dispuestos a luchar contra la corrupción puedan utilizarlo en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos. Dicho mecanismo ayuda a reforzar la confianza de la población respecto del procedimiento de adjudicación por parte de las autoridades, y contribuye a acrecentar la credibilidad en el proceder de gobiernos y administraciones.

En concreto, consiste en promover un acuerdo entre las diferentes partes contratantes, en virtud del cual las mismas se comprometen a desarrollar su actuación de manera transparente, aceptando, asimismo, la intervención de un organismo de control y el sometimiento a las sanciones previstas en caso de incumplimiento de la palabra otorgada.

---

<sup>891</sup> Todos los datos acerca de esta organización, como así también los puntos esenciales del pacto de integridad podrán profundizarse en la obra *Las redes de la corrupción* de Peter EIGEN, citada oportunamente.

Es así que, por ejemplo, ante un proceso de adjudicación de contrato público, se establece la formalización de un marco de negociaciones entre las diversas partes implicadas en la operación, es decir, el Estado (o empresa que anuncia un concurso) y todos los potenciales candidatos a aceptar el contrato. En esa oportunidad se intenta llegar a un acuerdo en virtud del cual todos los participantes se comprometan –en esa competencia particular– a renunciar a la utilización de métodos corruptos. Para supervisar el proceso se designa una entidad independiente de la sociedad civil, con facultades para tener acceso libre a la totalidad de la documentación referida a la operación en cuestión (p.ej., diferentes ONG, observatorios, defensorías del pueblo, etc.), resultando insoslayable que ante el incumplimiento de alguno de los puntos del acuerdo anticorrupción, la parte que haya recurrido a un procedimiento irregular sea pasible de la sanción estipulada.

Este procedimiento conduce en definitiva a proteger una situación de igualdad en las negociaciones en cuanto permite a los interesados evitar los canales desviados sin que por ello se encuentren obligados a perder o desaprovechar importantes adjudicaciones, frente a competidores que recurrían a diferentes procedimientos irregulares para alcanzar los objetivos propuestos. Sus resultados son altamente satisfactorios, ya que los sujetos que se encuentran en mejores condiciones para denunciar los hechos de corrupción son, precisamente, los competidores de las empresas corruptas.

Es fundamental que ante la violación del pacto, la parte incumplidora se encuentre sujeta a las sanciones previstas. Por otra parte, el ente que ofrece el encargo, contrato o adjudicación, deberá comprometerse a aplicar las medidas disciplinarias que correspondan a sus propios colaboradores corruptos. Mientras que la empresa que acepta el contrato perderá el encargo en caso de haber obtenido el mismo mediante la utilización de métodos corruptos. El acuerdo implica también la pérdida de las garantías del postor, es decir, de la suma que debió abonar por adelantado a la empresa que decidió contratar el servicio. Además, aquellos que practiquen los actos irregulares deberán asumir el costo total de los daños y perjuicios, siendo incluidos, también, en una lista específica en virtud de la cual se encontrarán prohibidos de participar en futuros concursos.

En la actualidad, el procedimiento descrito es utilizado en diversos países, así, señala Peter EIGEN<sup>892</sup> que se ha puesto en práctica en más de 70 proyectos de licitación pública en Colombia, donde en el año 1999 el gobierno ha incluido dicho pacto en la lista de

---

892 EIGEN, ob. cit., págs. 79 y ss.

prioridades de su Plan Nacional de Desarrollo, refiriendo en aquel momento el Presidente Pastrana que “Para que la sociedad civil tome parte en la lucha contra la corrupción, propagaremos la implantación del programa de Transparencia Internacional (...) ello a fin de que los postores que intervengan en concursos públicos nacionales o internacionales den muestras de su responsabilidad personal y profesional mediante los acuerdos anticorrupción”. También ha sido utilizado en diversas operaciones desarrolladas en Pakistán, Italia, Panamá, Nepal, Paraguay, México y Corea del Sur, país en el cual sólo en el año 2000 se aplicó en 60 proyectos con un volumen total de ciento cinco millones de dólares. En algunos de los planes ejecutados por dichas naciones, han participado también instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, entre otras.

Asimismo, es dable señalar que en nuestro país, en la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, se estableció un pacto de integridad entre la municipalidad y cuatro postores que habían presentado su candidatura para obtener un contrato de cuatro años para el tratamiento de residuos, proyecto que en concreto tenía una envergadura aproximada de treinta y dos millones de dólares.

Teniendo en consideración la importancia que reviste el rol que debe desempeñar la sociedad civil en cuanto al control de los actos que puedan dar lugar a la corrupción administrativa, es evidente que el instrumento analizado constituye un medio adecuado para que las diferentes organizaciones -a través de las cuales se representan los ciudadanos- puedan ejercer un papel activo en la lucha contra la problemática referida. Por otra parte, es evidente que la figura de un “*Observatorio de ética pública y transparencia en los actos de gobierno*”, podría constituirse en un ente eficaz respecto del control y evaluación del cumplimiento de aquellos pactos de integridad que se decidan poner en marcha en futuras operaciones estatales y privadas. En ese marco, la ciudadanía, lejos de adoptar una posición pasiva, se vería estimulada a impulsar, en concreto, la utilización de este mecanismo como una garantía de transparencia en aquellos concursos estatales que se lleven a cabo a nivel municipal, provincial y nacional.

## **B) La educación como elemento preventivo de actos irregulares**



Siguiendo los lineamientos vertidos por TIEGHI, debemos señalar que no existe posibilidad alguna de desplegar y desarrollar un apropiado y exitoso programa tendente a la disminución de los niveles de corrupción administrativa (lo cual resultará válido también con relación a todo tipo de conducta antisocial o delictiva) si no logra comprenderse que la educación y el aprendizaje del sujeto desde la infancia constituye el camino adecuado para obtener la adquisición de los hábitos moralmente valiosos y, por ende, contrarios a toda conducta corrupta. En virtud de ello, es válido adelantar desde un primer momento que la correcta educación de los ciudadanos conforma la medida de carácter preventivo más eficaz para disminuir el nivel de comisión de aquellos actos identificados como corrupción administrativa.

A fin de introducirnos de manera apropiada en esta cuestión, resultará conveniente describir determinados conceptos básicos acerca de las leyes del aprendizaje<sup>893</sup>.

En principio cabe señalar que el aprendizaje como factor de modelamiento de la conducta del hombre desde su infancia es clasificado por la ciencia conductual como *individual y sociocultural*. El primer concepto se refiere a elementos particulares, personales o propios; mientras que el segundo hace hincapié en extremos generales y colectivos. Cada uno de ellos, a su vez, puede ser de carácter *respondiente* (conocido también como aprendizaje *clásico*); y/o de carácter *operante* (identificado como aprendizaje *instrumental*).

El aprendizaje *clásico o respondiente* tiene lugar cuando la persona introyecta elementos que provienen de la observación y análisis de las señales del medio externo. Mientras que el aprendizaje *instrumental u operante* se presenta cuando el sujeto actúa sobre el medio y registra cerebralmente las consecuencias o efectos de su propia conducta.

Además, deben tenerse en cuenta las variables referidas al “*refuerzo positivo*” y al “*negativo*”, las cuales conllevan a la instalación o fortalecimiento del aprendizaje, en el primer caso; o a la extinción o evitación del mismo, en el segundo.

El aprendizaje puede ser producto de la simple experiencia (individual o sociocultural) por vía del “*primer sistema de señales*” (niño aprende que el fuego quema sus manos), o por vía del “*segundo sistema de señales*” (madre indica verbalmente a su hijo que si acerca sus manos al fuego se quemará).

---

893 Cfr. TIEGHI, ob. cit., págs. 554/559.

A fin de aclarar lo expuesto, debemos señalar que el aprendizaje comprende tanto la observación de la conducta ajena (identificado como aprendizaje *individual* por imitación), como así también las indicaciones de los padres, maestros y demás sujetos con los que interactúe la persona (aprendizaje *sociocultural* de tipo respondiente y por vía del segundo sistema de señales), siendo aquí donde se incluye el relevante supuesto correspondiente al ejemplo de los mayores.

Finalmente, este aprendizaje observacional y educativo resulta contrastado (reforzándose o no) de acuerdo a cuales sean los efectos reales que deriven de la propia conducta emitida ante los demás (ya sea rechazo o elogio): lo cual se conoce como aprendizaje *operante* o *instrumental*.

La importancia de todos estos conceptos radica en que cuando el niño o el joven comienza a relacionarse socialmente recibe del medio la información acerca de las metas (aprobadas y desaprobadas) y de los medios (estimados o deprecitados) para alcanzar aquellas. Esta información es procesada por el sujeto de manera gradual, lo cual da origen a estructuras que irán evolucionando hacia la maduración y el aprendizaje.

Cabe reiterar entonces que cuando el sujeto atiende al medio en sí, opera según un aprendizaje *clásico* o *respondiente*, mientras que cuando analiza y registra las consecuencias de su propia conducta, dichas operaciones tienen lugar de acuerdo al modelo *instrumental* u *operante*.

El aprendizaje *individual* tiene lugar a partir de la recepción, análisis y almacenamiento de los datos significativos resultantes del medio (aprendizaje *clásico* o *respondiente*), y también abarca los datos que surgen de su propia acción sobre el medio (*instrumental* u *operante*).

Mientras que el aprendizaje *sociocultural* se desarrolla a partir de la recepción, análisis y almacenamiento de los datos socioculturalmente significativos (aprendizaje sociocultural *clásico* o *respondiente* “modelador”), y también a partir de los efectos de la propia acción del niño o joven que resulta socioculturalmente significativa (aprendizaje interactivo socioculturalmente *operante* que basa el “modelamiento”).

A partir de lo reseñado, se concluye que el niño, antes de acceder a la razón moral, logra analizar y almacenar cerebralmente datos y señales relativas al placer individual y al afecto colectivo, como así también los resultados de su propia conducta, es decir, si es

premiada o elogiada (refuerzo positivo) o si es desaprobada (refuerzo negativo), además de cómo y cuándo ello acontece.

De esta manera el niño aprende los diversos deseos secundarios que le son grupalmente condicionados y reforzados; incorporando, además, como naturaleza adquirida, el llamado *aprendizaje de evitación*, es decir, aquellos modos y conductas engañosas que evitan la detección y el castigo de los comportamientos antisociales.

Sin lugar a dudas, la familia y los primeros grupos que tendrán contacto con el niño constituirán el núcleo básico de todo condicionamiento de metas, como así también de la forma de alcanzar dichos objetivos (p. ej., a través de una camino social o criminógeno para satisfacer o reducir los mencionados condicionamientos de meta). Por ello, es a partir de la educación y el aprendizaje producidos a través de la interacción familiar, religiosa y escolar que se van modelando las sucesivas estructuras impulsivo-motivacionales y el cómo instrumental reductor de las mismas.

Aquella estructura motivacional referida precedentemente puede ser clasificada como *primaria* o *secundaria*. En el primer caso, la conducta del sujeto se orienta a la satisfacción de metas o fines (aceptados o reprobados) que se vinculan con la reducción de los impulsos básicos (hambre, sed, temperatura, etc.). Mientras que la estructura motivacional secundaria refiere a aquella actividad (lícita o ilícita) tendiente a la reducción de necesidades secundarias o adquiridas (el tipo de vestimenta, la forma de alimentación, la clase de diversión, la cantidad de posesiones, etc.).

Cuando el sujeto pone en marcha una conducta (social o desviada) que conduce en concreto a la *satisfacción* (reducción) de los requerimientos o de los impulsos (básicos o adquiridos, aceptados o reprobados) la misma es *reforzada* ya que resulta generadora de recompensa, lo cual implica que se aumentan las posibilidades de repetición. Asimismo, esa conducta tiende a ser aprendida como medio reductor de aquellos impulsos, incorporándose como una nueva tendencia secundaria.

Por todo ello es fundamental "...tener siempre presente que será en la familia y en la interacción escolar donde se establecerán, originalmente, tanto por observación, como por

experiencia reforzante, las primeras conexiones y los iniciales patrones de las operantes reductoras fundacionales de los hábitos virtuosos o viciosos (sociales o desviados)”<sup>894</sup>.

De allí la importancia que reviste la educación y el aprendizaje que recibirá el sujeto desde su infancia, extremos que constituyen un aspecto esencial en cuanto a la conformación de los hábitos del mismo, sean estos virtuosos o antisociales y, en consecuencia, debe ser advertida la significación que dicho factor educacional presenta como elemento preventivo de los futuros y eventuales actos de corrupción administrativa y demás conductas antisociales. Este es, precisamente, el contenido de la medida anticorrupción de primer orden y de mayor relevancia que debemos analizar; en concreto, la implementación de patrones eficientes de educación -respecto de niños y jóvenes- a fin de que en el futuro eviten seleccionar el camino de la ilegalidad como instrumento de opción válido para alcanzar sus metas. Se trata básicamente de una medida preventiva que persigue fortalecer la instalación de elementos adecuados en los individuos con el objetivo de impedir la participación de los mismos en conductas irregulares, intentando evitar, por supuesto, las respuestas basadas en sanciones improductivas, y que generalmente resultan de aplicación deficiente en términos temporales.

En tal sentido, no podemos más que coincidir con lo expuesto por John B. REID cuando afirma que “...si de verdad vamos a entregarnos a resolver el problema de la delincuencia en los niños, debemos concebir métodos para resolver la estructura de los sistemas sociales que producen, moldean, refuerzan y mantienen la conducta delictuosa. En lugar del tratamiento sintomático (es decir, la pretensión de tratar al niño delincuente, que es producto final del sistema que crea a la delincuencia), la solución de este problema exige el ataque frontal de hogares, vecindarios y salones de clase, donde se enseñan estas conductas”<sup>895</sup>.

Toda política social y de prevención criminal que seriamente pretenda avanzar de manera significativa en la lucha contra la corrupción funcional deberá atender a los ámbitos donde se forman y modelan las costumbres, hábitos y conductas de los jóvenes a fin de que en dichos ambientes se desarrollen aprendizajes tendentes a lograr metas virtuosas y

---

894 *Ibidem*, p. 557.

895 REID, John, B., “La modificación de las conductas de agresión y de robo, de niños predelinquentes, en sus propios hogares”, en BANDURA y RIBES IÑESTA, *Modificación de conducta*, Ed. Trillas, México, año 1975, citado por TIEGHI, ob. cit., p. 561.

aceptadas socialmente, desaprobando en consecuencia toda conducta antisocial o contraria a los valores moralmente aceptados en una determinada sociedad.

Por otra parte, cuando las reglas y valores que cohesionan a los grupos y a cada uno de los ciudadanos, se ubican o ingresan en una situación de conflicto con la realidad, se origina el *aprendizaje crítico o ambivalente*<sup>896</sup>. Es en virtud de ello que las variables de detección y condena, como factores preventivos que operan a nivel ejemplificador o de modelamiento comunitario, adquieren una especial relevancia, desde luego, siempre que dichos elementos vayan acompañados de la correspondiente educación social.

En consecuencia, debemos destacar enfáticamente la importancia que reviste el fenómeno educativo, y el aprendizaje de las normas sociales desde la niñez, como fundamento de una adecuada medida preventiva que conduzca al individuo hacia un lugar alejado de las conductas corruptas, siendo evidente que es éste el camino que corresponde transitar y no aquel relacionado con el aumento indiscriminado e irrazonado de penas y sanciones. Se encuentra ya probado que cuando los índices delictivos superan los niveles de tolerancia institucional, el mayor rigor punitivo resulta decididamente ineficiente para detener dicho aumento delictual, llegando en algunos supuestos a conseguir un efecto inverso al que se pretendía obtener<sup>897</sup>.

Es por todo ello que la sustancial modificación de dicha circunstancia sólo podrá alcanzarse a partir del reforzamiento positivo del comportamiento valioso, la desaprobación social e institucional del disvalioso y, fundamentalmente, a través del desarrollo de una persistente política científica de prevención primaria y secundaria, de tipo educacional y colectiva, basada en el modelamiento o condicionamiento ejemplificativo institucional o familiar.

Esta medida podrá ser calificada como una herramienta de largo plazo, y es evidente que encontrará severas dificultades para ser aplicada con el apoyo político que realmente necesita, ya que tal vez los operadores que pretendan desarrollarla no puedan exhibir sus frutos en los tiempos exigidos por las reglas de la política. Pero si existe la real convicción de conformar una ciudadanía más respetuosa de los derechos de terceros, si efectivamente se persigue obtener la disminución de los niveles de comisión de conductas desviadas, y si realmente emerge el convencimiento de que la transparencia en el ejercicio de la función

---

896 TIEGHI, ob. cit., págs. 39/40 y 586/591.

897 *Ibidem*, págs. 133 y 134.

pública es una condición ineludible de todo Estado de Derecho y un elemento fundacional del sistema democrático, ineludiblemente se deberá comenzar por disponer un plan organizado de educación, ello, independientemente de las cuantiosas e innumerables herramientas –generalmente relacionadas con el contralor de la función– que puedan implementarse para combatir, en este caso, el fenómeno de los actos desviados en la administración pública.

### **C) Educación cívica y moral**

Hemos explicado en el punto anterior la relevancia e influencia que asignamos al fenómeno educativo en cuanto a la generación de conductas sociales y evitación de aquellos comportamientos desviados. Continuando con dicha temática, habremos de referirnos en esta oportunidad a determinados conceptos relacionados con la educación de los valores éticos<sup>898</sup>. Al respecto expone MALEM SEÑA que por educación pueden entenderse al menos dos conceptos: (a) la instrucción, la cual hace referencia a la enseñanza técnica, y (b) la educación cívica, referida a la enseñanza de valores. En ambos casos, se persigue que una persona adquiera determinadas competencias a fin de enfrentar diferentes problemas con posibilidades de éxito.

(a) Como instrucción, la educación se relaciona básicamente con reglas técnicas, las cuales señalan qué medios deben ser utilizados para alcanzar un objetivo específico. La transmisión de conocimientos científicos-técnicos o la enseñanza de oficios pueden constituir ejemplos de este tipo de educación<sup>899</sup>.

(b) La educación cívica consiste en la enseñanza de valores morales. A través de ella se transmiten determinados principios que son tomados como referencia para realizar acciones. Por medio de la educación cívica se adquieren hábitos, se modifican comportamientos y, en definitiva, se logran estilos de vida.

---

<sup>898</sup> A tal fin seguiremos en este tema la elaboración conceptual desarrollada por MALEM SEÑA, ob. cit., págs. 221 y ss.

<sup>899</sup> Advierte MALEM SEÑA (ob. cit., p. 222) acerca de la factibilidad de instruir sobre este tipo de saberes técnicos sin consideración alguna a cuestiones valorativas. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 8 de la “Ley Nacional de Educación”, que plantea como propósito el hecho de promover en los educandos determinados valores esenciales: La educación brindará las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida y promover en cada educando la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común.

La transmisión y enseñanza de este tipo de valores se ejerce en diversas instancias de vinculación social tales como la familia, escuela, iglesia y, en definitiva, a través de la sociedad en general a partir de su ejemplo. Como consecuencia de este tipo de educación las personas aprenden cuáles deben ser los valores centrales de la vida humana que han de regir en la sociedad.

Teniendo en consideración que un comportamiento moral constituye una acción sujeta a normas, será importante que el agente se adapte a la norma moral porque acepte sus preceptos en virtud de sus propios méritos, y no a raíz de que le convenga o sea un medio adecuado para alcanzar un fin determinado. Quien lo entienda de esa manera se comportará de acuerdo a los preceptos morales aún cuando en alguna ocasión dicha actitud implique una decisión contraria a sus propios intereses<sup>900</sup>.

Ahora bien, que una persona se comporte de acuerdo a normas morales, con independencia de las consecuencias positivas o negativas concretas que para sus intereses trae aparejado su accionar, constituye una decisión que inevitablemente influirá en los demás, quienes al saber que aquel individuo no actúa persiguiendo en todo momento su auto-interés, les permitirá prever cuáles serán sus comportamientos futuros.

De esta forma, la sujeción a normas por parte de un individuo se transforma en un instrumento para influenciar a otras personas, ya que al comprometerse frente a ellas orientando su comportamiento en una determinada dirección, influirá en las expectativas de los demás y, con ello, en las acciones que ejecutan los terceros que serán, precisamente, las respuestas a sus actos. Se inicia así un proceso de causalidad circular, donde un comportamiento moral genera como respuesta un proceder de igual calidad, tales participantes se identificarán mutuamente y tenderán a cooperar entre sí. Entonces el mensaje pedagógico será el siguiente: ser honesto es un valor en sí mismo, pero además, resultará útil desenvolverse de esa manera.

Se ha señalado que la tarea de educar cívicamente corresponde a diversas instancias y suele ejecutarse a menudo mediante ejemplos. En ese cometido, las instituciones públicas desempeñan una función esencial. Entonces, si la política juega un evidente rol pedagógico, las decisiones, las actitudes y los comportamientos de los gobernantes deben ser considerados como su contenido básico. Por esa razón, el accionar irregular de los

---

900 Cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., pp. 223/4, con cita de Michael BAURMANN, *El Mercado de la virtud*, versión castellana: GARZÓN VALDÉZ, Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, p. 73.

funcionarios y gobernantes provoca que el mensaje en contra de la corrupción que se envía a los ciudadanos desde el poder carezca de relevancia alguna<sup>901</sup>. Tales comportamientos corruptos desdichan las afirmaciones puramente retóricas de lucha contra la corrupción que habitualmente esos mismos agentes se encargan de difundir. Cuando un agente pretendidamente moral formula reproches a otros por vicios en los cuales él mismo incurre, la fuerza persuasiva de su mensaje queda gravemente debilitada. Aquel reproche efectuado por un sujeto a otro respecto de un comportamiento incorrecto, perderá todo tipo de sustento si el que emite la crítica efectúa también dicho accionar desviado.

Los reproches y las sanciones morales operan de un modo efectivo sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que lo ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto. No es suficiente, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es castigado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor de la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá y la crítica moral habrá perdido parte de su fuerza motivadora.

Cuando los ciudadanos observan que sus gobernantes y funcionarios, en general son corruptos, los discursos de éstos a favor de la transparencia en el ejercicio de la función pública no acarrearán ningún efecto educativo positivo. Por el contrario, al advertir que los mismos alcanzan metas de enriquecimiento personal, el mensaje que se transmite es precisamente que el éxito se obtiene a través de dichas estrategias irregulares y que, además, en ese contexto, dicha actitud se encuentra efectivamente justificada por el sistema de valores vigentes. Se contribuye así a consolidar una “cultura de la corrupción”.

Otra de las circunstancias que atenta contra la educación cívica que persigue el fortalecimiento de valores morales como la honestidad y a favor de la lucha contra la corrupción, es la falta de sanción de aquellos que incurren en acciones desviadas (impunidad). Por tal motivo se estima<sup>902</sup> que las normas de orden jurídico en general y las sentencias en particular, cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del

---

901 Cfr. MALEM SEÑA, ob. cit., págs. 226/227.

902 MALEM SEÑA, ob. cit., p. 229.



condenado sino también en cuanto a la sociedad toda<sup>903</sup>. Es evidente que esta función se ve menoscabada cuando la autoridad encargada de aplicar la ley se abstiene de hacerlo o cuando los autores de tales conductas evaden las sanciones correspondientes.

La impunidad debilita definitivamente aquel mensaje pedagógico cuyo contenido transmite que ser moral puede, a su vez, resultar útil. De allí que resulte contradictorio pretender instaurar un proyecto pedagógico sobre educación cívica en un espacio caracterizado por el abuso y la arbitrariedad.

En un ámbito donde no se ejerza de manera adecuada la aplicación de las correspondientes sanciones punitivas, resultará ineficaz la implementación de cualquier medida destinada a la prevención y al control de la corrupción, puesto que dicha situación genera en los ciudadanos el convencimiento de que la corrupción no conlleva costos ni perjuicios, y la seguridad en cuanto a que la realización de operaciones desviadas deviene exitosa aun cuando las mismas sean descubiertas. La impunidad funciona de hecho como un poderoso elemento de instrucción pedagógica a favor de comportamientos venales, instalando, en definitiva, la confirmación acerca de la conveniencia de incurrir en conductas desviadas.

Si tenemos en consideración que la educación es el método por el cual la sociedad se reproduce a sí misma<sup>904</sup>, una comunidad dominada por la cultura de la corrupción, la educación y el aprendizaje de valores antisociales -más allá de las declaraciones formales en contra de la corrupción- tenderá a reproducir dicho esquema irregular.

---

903 Al desarrollar las teorías de la pena, es decir aquellas que determinan la finalidad que el Estado persigue con la aplicación de sanciones, RIGHI analiza la teoría de la “Prevención general positiva”, la cual es caracterizada como una nueva perspectiva que ha desarrollado en el derecho penal contemporáneo uno de los intentos más modernos por fundamentar el sistema penal. Así explica que sobre la base de la concepción de LUHMANN, la cual refiere que el derecho es un instrumento de estabilización social, se desarrolló la teoría de la prevención general positiva cuyo punto de partida fue la primera edición del Tratado de JAKOBS: en la medida en que el delito desestabiliza el sistema social y la confianza institucional de los miembros de la comunidad, la función de la pena sería precisamente restablecer dicha confianza, con lo que su finalidad sería preservar la estabilidad del sistema y la integración social, ejercitando así el reconocimiento y la fidelidad al derecho. Este punto de vista considera que la meta del derecho penal no es la intimidación (prevención general negativa) sino la prevención general positiva: afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables. Esta teoría contiene un fundamento utilitario, ya que considera que el derecho es un instrumento que sirve para la estabilización social. Recuerda RIGHI que mientras las comunidades rudimentarias se apoyaban en la confianza personal, en las sociedades complejas la base es la confianza institucional, siendo la tarea fundamental del derecho penal el mantenimiento de la norma como modelo orientador del contacto social (cfr. RIGHI, Esteban: *Derecho penal, Parte general*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., págs. 25/52).

904 MALEM SEÑA, ob. cit., p. 230; con cita de Victoria CAMPS, “El valor del civismo”, en Victoria Camps y otros, *Educación en valores: un reto educativo actual*, Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pág. 21.

Por ello, sin perjuicio de las diferentes herramientas, medidas y estrategias analizadas, resultará imprescindible adoptar una determinada posición moral a partir de la educación. Aun cuando en circunstancias concretas lo moral no conduzca a lo útil, es indudable que a largo plazo habrá de generarse un marco virtuoso donde lo moral sea también una posición estratégica adecuada. Lo contrario es precisamente la "cultura de la corrupción", donde se impone la necesidad de adoptar ciertas actitudes y comportamientos irregulares para tener alguna posibilidad de éxito en los objetivos perseguidos.

#### **D) Generación de conciencia**

La puesta en marcha de una política de contralor de los actos de corrupción funcional impone la necesidad de destinar esfuerzos a fin de que los ciudadanos obtengan un adecuado y efectivo conocimiento acerca de las consecuencias que producen los mismos, como así también la implementación de medidas destinadas a combatir el fenómeno de la corrupción administrativa. Para ello resultará imprescindible desarrollar una campaña de movilización general contra la corrupción, la cual deberá ser impulsada desde el mismo gobierno, pero desplegada en forma coordinada con diferentes organizaciones no gubernamentales. Dicho accionar –tal como fuera señalado– tendrá como objetivo básico el desarrollo de tareas destinadas a profundizar la generación de conciencia en los ciudadanos acerca de los efectos y secuelas que producen los actos y sistemas de corrupción; así como también llevar a cabo medidas adecuadas para reducir el alcance y los perjuicios producidos por dicho flagelo.

Entre otras circunstancias, se ha destacado, en el plano ejecutivo, la necesidad de centralizar en diferentes comisiones la operatividad de esta función, cuyos grupos directivos deberán ser integrados por personas reconocidas a partir de una actuación honesta y transparente, quienes en definitiva asumirán la tarea referida al análisis adecuado del problema objeto de estudio –por supuesto, respecto del sector encomendado– desplegando luego las diferentes acciones tendiente a alcanzar los fines propuestos.

Dichas acciones genéricas estarán dirigidas, en concreto, a procurar un cambio de actitud hacia la corrupción administrativa.

Este cambio debe producirse tanto en los empleados y funcionarios públicos, como así también en el resto de la ciudadanía, y persigue como objetivo principal el hecho de

concienciar y sensibilizar a las personas acerca del fenómeno de la corrupción, y fundamentalmente, de las consecuencias que el mismo acarrea<sup>905</sup>.

Es evidente que otrora el problema de la corrupción gubernamental ocupó en la ciudadanía un espacio de atención y discusión que en la actualidad ya no se verifica. Las encuestas revelan que las preocupaciones ciudadanas se ubican en cuestiones relacionadas con aspectos de seguridad, trabajo, salud y justicia, pero es indudable que la cuestión objeto de análisis ha dejado de ser considerada como uno de los contenidos que merezcan urgente atención. A nuestro juicio, no debería soslayarse que en diversas oportunidades las deficiencias generadas en los ámbitos considerados hoy como prioritarios, son producto, precisamente, de las irregularidades acaecidas en distintos sectores de la función pública, mientras que en otros casos podemos observar que las estructuras corruptas son las que directamente impiden resolver en forma adecuada dichas alternativas. De allí la importancia de alcanzar un conocimiento cabal del fenómeno en cuestión, el cual deberá llevarse a cabo a través de un estudio integral, caracterizado por la interrelación de sus conceptos y elementos.

Diversos son los caminos que pueden ser recorridos en pos de alcanzar este mentado cambio de actitud. Nos hemos referido precedentemente a la necesidad de conformar comisiones especiales, siendo dable destacar que experiencias anteriores demuestran la utilidad alcanzada por los denominados seminarios de reorientación los cuales fueron diseñados para empleados públicos con la finalidad de inculcar la importancia y el valor del ejercicio de la función pública<sup>906</sup>. Resulta importante también tener en cuenta la necesidad de implementar códigos de ética y conducta que regulen en forma pormenorizada los actos de aquellos empleados y funcionarios que sean reñidos con la prestación de un servicio adecuado<sup>907</sup>.

---

905 Cabe señalar que art. 13 de la "Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción", titulado "Participación de la sociedad" establece en su inciso 1º: "*Cada Estado Parte adoptará las medidas adecuadas (...) para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa...*". Mientras que la "Convención Interamericana contra la Corrupción", en su art. 3º, inciso 11 titulado "Medidas Preventivas" hace referencia a que los Estados partes deben considerar la creación de mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

906 KLITGAARD, ob. cit., p. 83. En su clásica obra dicho autor describe un caso paradigmático como es el referido al ex Juez Efrén Plana quien utilizó este tipo de herramientas en el ámbito de la Dirección de Renta Interna de Filipinas, alcanzando resultados altamente positivos, y logrando transmitir la importancia y el valor del servicio público en el personal de dicho organismo.

907 *Ibidem*, p. 114.

En definitiva, se trata de educar, por ejemplo, a través de actividades de capacitación y campañas de publicidad dirigidas a los funcionarios y ciudadanos, con el objetivo de incrementar el nivel de conciencia respecto de la existencia y los costos que acarrearán los comportamientos irregulares en el marco de la Administración pública.

Uno de los caminos más interesantes que se plantean como adecuados y eficaces para alcanzar el objetivo propuesto, es aquel relacionado con las culturas corporativas. Si bien este concepto contiene diversos elementos que conforman su estructura, en lo esencial se relaciona con el trabajo que se dirige a la generación y fortalecimiento del sentimiento de los empleados con relación a la función pública, y en especial con el organismo en el cual se desempeñan. Dicho objetivo puede lograrse, por ejemplo, a través de la administración participativa, en virtud de la cual la intervención de los empleados los lleva a sentirse parte del organismo en el cual se desempeñan, todo lo cual fortalece su tendencia a la ejecución de actos positivos, lícitos y productivos<sup>908</sup>.

En concreto, a través de estos mecanismos se intenta generar en los empleados un sentimiento de pertenencia y compromiso con la institución u organismo, como así también con la función que desempeñan. La creación de este lazo puede resultar una verdadera barrera de contención respecto de la comisión de actos irregulares, y ello por cuanto resulta claro que lo normal será que nadie desee perjudicar sus propios intereses.

Se trata de crear un determinado espíritu capaz de impulsar actitudes tendientes a hacer anteponer las consideraciones generales en lugar del interés particular. Sus integrantes deberán compartir un sentimiento de identificación común, de pertenencia a una misma institución y de orgullo hacia las funciones que cumplen, evitando el corporativismo negativo y la generación de obstáculos que impidan las tareas de contralor. En igual sentido, es fundamental desarrollar un sentido de responsabilidad que vaya acompañado por una actitud de servicio. Al mismo tiempo, se deberá concebir e impulsar en la opinión pública una actitud positiva hacia la administración estatal: es importante que la ciudadanía advierta el rol esencial que desempeñan sus funcionarios, y por supuesto la transparencia con que los mismos ejercen su labor. En definitiva, resultará decisivo establecer las bases tendientes a crear un clima y una cultura organizacional y ciudadana en la cual se valore la honestidad de los agentes públicos.

---

<sup>908</sup> Señala KLITGAARD (ob. cit., p. 115) que sólo cambiando el sentimiento de identificación de los empleados con el Estado -o en su caso, con la compañía- será factible obtener resultados positivos en punto al control de la corrupción.

#### **IV. Medidas integrales de control e investigación de la corrupción**

Los medios de control actual, no sólo resultan insuficientes, sino que también en muchas oportunidades no resultan ser los adecuados, para la investigación de casos de corrupción pública íntimamente relacionados en la mayor parte de las oportunidades con delincuencia económica organizada y delitos económicos-financieros mediante la utilización de sistemas informáticos.

Dentro del Poder Judicial (Órgano de la judicatura), El Ministerio Público y actualmente, los Juzgados de Instrucción, los que se ven generalmente sobrepasados, en virtud de que en la mayoría de la Provincias Argentinas, no existe un fuero específico de abordaje lo que implica que los Funcionarios y Magistrados deban atender delitos contra las personas, contra la propiedad entre otros, con competencia criminal y correccional, lo que produce un retraso en todo aquello que no implique urgencia extrema.

A lo expuesto se suma, en algunos casos, la limitación de medios técnicos de avanzada para la investigación de este tipo de delitos y la ausencia en otros recursos humanos especializados, como auxiliar para la investigación de ilícitos de carácter económico-financiero, con aristas patrimoniales y contables. Indudablemente se deberá aplicar un mayor esfuerzo, por parte de las Cortes para dotar a los operadores del sistema judicial de los elementos necesarios para la investigación de delitos económicos-patrimoniales que afectan a la Administración Pública, por ser estos unos de los males endémicos de las sociedades actuales que merecen ser llevados a juzgamiento evitando su impunidad. Ello a manera de poder contrarrestar la especialización profesional y el uso funcional de los medios tecnológicos, que se encuentra utilizando la delincuencia económica.

Resulta difícil, por problemas de organización y a veces de mezquinos intereses, la conformación en todas las Provincias Argentinas de una Policía Judicial, dependiente del mismo Poder Judicial, con personal capacitado al efecto para este tipo de delitos. Dicho cuerpo, podría prestar cooperación a los otros organismos del Estado y trabajar en conjunto con los cuerpos especializados de otros países, considerando el carácter muchas veces transnacional de esta especie de ilícitos.

Es relevante el rol de la comunidad en la lucha contra la corrupción pública, así como las actividades y campañas de las ONG. Sin perjuicio de ello se denota un desaliento por los hechos que día a día son noticia. Los medios de comunicación y su acción resultan vitales

para la realización de denuncias y la sanción social de los actos de corrupción. Ahora bien, ello muchas veces se ve empañado por la utilización de los medios de prensa con fines meramente comerciales o espurios originando denuncias que no resultan fundadas, produciendo un injustificado descrédito de las instituciones y sus funcionarios, olvidando que la prensa debe contribuir ineludiblemente a la formación de una conciencia ciudadana ética repudiando todo acto de corrupción.

Resulta necesario un abordaje multilateral de la problemática de la corrupción. Así entre las más notorias medidas a que hace referencia pueden notarse: a) Medidas efectivas para la prevención de la corrupción, b) Leyes penales nacionales –de cada Estado– contra la corrupción pública, en concordancia con la legislación internacional, respetando sus estándares mínimos. c) Investigación efectiva de estos delitos, en lo relativo a su impulso, prosecución y juzgamiento. d) Sanciones, efectivas respecto de personas condenadas por delitos de corrupción. e) Cooperación internacional efectiva y de asistencia legal en los casos de corrupción 909.

Así, deviene relevante un compromiso público, de los partidos políticos, para la prevención y abordaje cierto de la corrupción. Se dice cierto, toda vez que el cansancio moral de las comunidades de los Estados, no tolera la creación de expectativas, que no se satisfagan en este aspecto, puesto que ello traería aparejado, no sólo conflictos sociales de envergadura como se han vivido, sino también acrecentaría la ausencia de confianza en la ya desacreditada clase política latinoamericana y crearía una fisura más en las instituciones.

Es relevante para la investigación de la corrupción pública, que en todos los Estados se acepte, como por cierto se hace, el inicio y la prosecución de oficio de este tipo de delitos, por lo que no resultan necesarios requisitos especiales para el impulso de la investigación.

Así también en Europa como en América se han adoptado, normas internacionales, que hacen al combate contra la corrupción. Podemos citar como antecedentes, el V Congreso de Naciones Unidas, realizado en Ginebra en 1975 (12/9/75), donde se comenzó con el tratamiento del crimen organizado. Ya en el VI y el VII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de delincuentes, se tratan temas que hacen al abordaje específico del crimen organizado.

Resulta necesario destacar la importancia que ha tenido la Conferencia Mundial Interministerial sobre Crimen Organizado Transnacional, la que se llevó a cabo en Nápoles,

---

909 DÖLLING, Dieter, *Corruption and related offences in international business activities*”, Universität Heidelberg, 2003: “Empfehlen sich Änderungen der Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”, Deutscher Juristentag, Verlag CV Beck, München, 1996.

Italia en el mes de Noviembre de 1994. Como notorio antecedente a los nuevos proyectos de unificación de las legislaciones penales europeas, que tiene como tema central a la corrupción, podemos citar el Tratado de Amsterdam de 1997, puntualmente en sus artículos 29, 31 e.. 61.e) y el art. 280 (antiguo artículo 209-A del Tratado de Maastrich).<sup>910</sup>

Ha tenido vital importancia, en todo el proceso, el llamado “Protocolo contra la Corrupción”, del 27 de septiembre de 1996, “establecido sobre la base del artículo K.3 del tratado de la Unión europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en el que se dice expresamente, que después de la adopción del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas que se refiere al fraude, es procedente iniciar una segunda etapa que complementaría dicho Convenio a través de un protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios, ya sean comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas”<sup>911</sup>.

Así también el 26 de mayo de 1997 y en base a la punto c) del apartado 2 del artículo k.3 del tratado de Unión europea, se establece el <<convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Más recientemente pueden citarse la normativa del Consejo de Europa, tal es la Criminal Law Convention on Corrupcion, fechada en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, la que ha sido ratificada en su implementación por los Estados Europeos, y la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional (art. 8 y 9), del 15 de noviembre de 2000, Convention on Corrupción, de 27 de enero de 1999. Como se sabe, nuestro país ha ratificado la Convención interamericana contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996.

Aún más cercana es la Declaración de París del 19 de junio de 2003, representando la misma, una acción contra la corrupción a gran escala, reiterando la importancia de la investigación y el combate de los actos corruptos destacando los efectos devastadores de los mismos. La misma otorga pautas esenciales y destacables no sólo para facilitar las investigaciones, sino para el juzgamiento y la prevención de delitos que importen corrupción pública <sup>912</sup>.

---

<sup>910</sup> Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 109.

<sup>911</sup> Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 117.

<sup>912</sup> Cfr. TONIO, Walter, “Reformas en la Legislación Penal y Procesal, (1997-2000), en *La Ley – España, Revista Penal*, N° 8, julio-2001, pág. 132.

En el Derecho Penal interno, algunos de los Estados, han operado también una importante modificación, a modo de ejemplo en el Derecho Penal Alemán, se sancionó la Ley de Lucha contra la Corrupción (KorrBekG) del 13 de agosto de 1997, se ha incorporado el capítulo 26 a. “Delitos contra la Competencia”, el § 298, aborda los “Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Licitaciones Pública”, el §299, pena “La Corruptela y Soborno en el Tráfico Comercial”, previéndose en el §300 las agravantes. Se admite conforme el §302 que se sancione al autor con una pena pecuniaria y la confiscación de todo tipo de bienes cuando se trate de un profesional o de una banda. Se han modificado también los §§331-334913 (corrupción de funcionario público), junto con los mencionados parágrafos se debe tener el complemento que de ellos formula el §11, en lo que hace al concepto de funcionario público.

Se pueden considerar como medidas posibles para el control e investigación de la corrupción las siguientes:

En virtud de la existencia de una desproporción entre los operadores de la corrupción (sector público-sector privado) y de los medios con que cuentan para llevar adelante las maniobras o practicas espurias, y con los que se cuenta para controlarla e investigarla, es necesaria una optimización de los recursos, técnicos, humanos y económicos, los que sin duda deben ser complementados, con sistemas informáticos específicos, asesores dependientes de los órganos de investigación, con especialidad en técnicas bancarias y operaciones financieras nacionales e internacionales (*v.gr.*, investigación de triangulación de dinero con entidades bancarias “off-shore”).

- Capacitación del personal (Policial, Ministerio Público Fiscal y Jueces) en temas relacionados con las diferentes formas de comisión de delitos que puedan importar corrupción pública.

- Adecuación o reforma de la legislación que hacen a la organización de las instituciones (Policía, Ministerio Público Fiscal y Judicatura), que deben controlar e investigar casos de Corrupción Pública.

- Deberá tenderse a la especialización conforme la materia, en los cuerpos de investigación que pueden conformarse. Pudiendo crearse Unidades Funcionales Anti-Corrupción de Investigación, para aquellos casos de importante representación económica para el Estado y que implique responsabilidad penal para las personas involucradas.

---

913 DOLLING, Dieter, “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, ZStW 112, 2000, págs. 334-355.



- Adecuación de los Instrumentos legales a fin de optimizar y garantizar la transparencia de la propiedad accionaria, el real estado de los balances anuales de las empresas y la lealtad en la gestión societaria.

- Control interno efectivo en las Instituciones, comenzando por la revisión en ciertas dependencias del Estado de la Selección de sus funcionarios y empleados públicos, evitándose todo aquel nombramiento que no sea a través de un proceso de selección de antecedentes y oposición.

- Revisión y mejoramiento de los reglamentos administrativos de las dependencias públicas, pudiendo considerarse un régimen de incentivos y una mayor estrictez en el sistema de sanciones a aplicar a funcionarios corruptos. Se deberá tender al fortalecimiento de los regímenes administrativos, como medio válido para el control de la corrupción.

- Adopción de medidas administrativas de carácter preventivo, que impidan la injerencia del sector privado en la gestión pública, evitándose la lesión al principio de objetividad que debe regir el accionar de la Administración Pública.

- Evitación de la excesiva duración de los procesos penales de esta naturaleza, puesto que se crea una conciencia de descreimiento, que resulta contraproducente. Considero adecuado en este tipo de delitos (*vgr.*, “contra la Administración pública”) el equilibrio entre el respeto a las garantías constitucionales y la celeridad de los procesos.

- Registro Público de seguimiento y control de los casos donde se investiguen causas de corrupción pública, el que deberá encontrarse en red con todas las dependencias encargadas de la investigación. Se cumpliría una doble finalidad, la de registro de casos para su consulta y la de acceso de la información a la ciudadanía, afectada notoriamente en los casos de corrupción pública. A más de ello este registro podrá servir de consulta oficial, a los organismos nacionales o provinciales, que investiguen delitos de esta especie tanto dentro como fuera del país, considerando el carácter transnacional de este tipo de conductas.

- Campañas públicas organizadas en repudio de los actos de corrupción, donde jugarán un papel trascendental no sólo la participación ciudadana, sino la concientización que creen los medios de difusión (prensa, radio, televisión).

- Abordaje integral de la Corrupción (red integral anti-corrupción) mediante la valoración de la cooperación interinstitucional, incluyendo a las ONG, quienes han mostrado en este plano una importante rol en campanas de transparencia en la función pública.

- En el plano de la Cooperación Internacional, vital conforme este tipo de delito para su persecución, control e investigación, en el plano legislativo, deberán formularse nuevos y

actualizarse los convenios internacionales existentes que agilicen y simplifiquen los procedimientos en cuanto:

a) Las rogatorias que se tramiten para la obtención de prueba e interrogación de testigos.

b) Rogatorias de autorización, en el caso de constitución del Magistrado exhortante

c) Autorización de investigaciones policiales conjuntas.

d) Autorización de las vías más rápidas de comunicación (documentos con firma digital) para formular peticiones a Tribunales de otros países.

e) Agilización en todo trámite que importe la extradición de una persona para ser juzgada por delitos de corrupción pública.

f) La posibilidad del levantamiento del secreto bancario, por orden judicial, facilitaría sin duda la investigación de delitos económicos-patrimoniales, como blanqueo de capitales (lavado de dinero), encubrimiento, enriquecimiento ilícito de funcionarios, negociaciones incompatibles con la función pública, fraudes funcionariales entre otros.

Más allá de todo lo que pueda decirse o establecerse, lo cierto es que la corrupción pública es un mal que ha crecido notoriamente en los últimos años, afectando así gravemente la estabilidad institucional, política, social y económica de los Estados.

## ***CONCLUSIONES***

### **I.**

En lo referente al significado del término corrupción, la criminología y la sociología, tienden a identificarla con operaciones movilizadas por un afán de obtención de un beneficio

económico ya sea directo o indirecto. Desde la perspectiva jurídica la visión ha de ser más amplia, incluyendo toda la actuación que altere gravemente los fines y la vigencia del sistema de garantías que legitiman y delimitan las funciones de la administración.

La corrupción transnacional adquiere relevante significación en la actualidad, donde la conquista de los mercados correspondientes a los diferentes países se ha transformado en un imperativo económico de máxima prioridad; exhibiéndose, en ese sentido, una clara tendencia hacia la globalización de las relaciones inter-estadales.

Respecto al comercio internacional, la corrupción impone diferentes obstáculos a su desarrollo. Ello así por cuanto los sobornos suelen otorgarse con el objetivo de establecer determinadas relaciones monopólicas; por esa razón los pagos indebidos -corruptos- tienen por objeto la exclusión del mercado de ciertas empresas competidoras. Exigir la exclusividad a través del pago de sobornos es algo habitual en el comercio transnacional, al originarse dichas relaciones monopólicas se impide la diversificación de la oferta y la demanda, circunstancia que posibilita la alteración de los precios y en definitiva provoca que el ciclo económico se modifique de manera artificial. Todo ello produce que el consumidor final, es decir, el ciudadano, padezca los aspectos más perjudiciales de la operación corrupta.

Resultan relevantes las observaciones y reflexiones más significativas que fueran vertidas por pensadores de la historia universal, tal el caso PLATÓN, ARISTÓTELES, MAQUIAVELO, HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU para descubrir el origen, desenvolvimiento y prevención de la corrupción administrativa desde tiempos antiguos hasta la época del Iluminismo. Estos llegan para ser completados por los criminalistas del siglo XX, con especial mención de Sutherland y su aportación sobre delitos de “cuello blanco”, ello así puesto que la criminología acuñó el término “corrupción” a posteriori que el mencionado llevara adelante sus trabajos sobre “*White Collar Crime*”.

La coincidencia de los pensadores citados, con los autores modernos respecto a las conductas disvaliosas y elementos comunes como ser la impunidad, el ocultamiento, la ambición de poder desmedida, la codicia y la avaricia; y la gran importancia que le otorgan a la tarea educativa dirigida a la incorporación de hábitos virtuosos desde los primeros años, ya que todos ellos consideran que constituye el camino adecuado para prevenir las conductas delictivas, entre las cuales se encuentran aquellas que configuran actos de corrupción en la administración de los bienes e intereses públicos.

## II.

A fin de comprender la real dimensión del fenómeno, resulta esencial elaborar criterios de distinción entre los actos corruptos y los sistemas institucionalizados de corrupción. En

primer término, dichas categorías encuentran distinción en el plano espacio-temporal: mientras el primero reviste carácter excepcional (acciones que se realizan por única vez) con el objetivo de obtener un beneficio específico; el segundo supone el desarrollo de un conjunto de actividades que se repiten a lo largo del tiempo y se desenvuelve a través de complejas relaciones y expectativas que conforman un sistema operativo (rutinización de las acciones) basado en la transgresión de normas vigentes. De esta forma, el sistema de corrupción institucionalizado desarrolla un sistema organizativo virtual, secreto y paralelo, que se asienta sobre un conjunto de organizaciones ya existentes de las cuales se nutre, para lograr desenvolverse. En definitiva, supone la existencia de una trama de actores y organizaciones (lícitas e ilícitas) que operan en distintos niveles y funciones, estableciendo entre sí procesos transaccionales (o contratos tácitos) que implican algún tipo de contraprestación transgresora y un pacto de silencio (o red de complicidades). Por supuesto, puede señalarse que ambos tipos de corrupción se pueden dar en forma independiente o superpuesta.

Así las cosas se pueden denotar niveles o sistemas de corrupción, destacándose en este sentido la corrupción nacional y transnacional, la unipersonal o plurisubjetiva, llegándose a establecer en la percepción social cuales resultan ser las clasificaciones y tipos de corrupción concluyéndose que se pueden resumir en: a) reprochable, b) ambigua y c) tolerable. Del mismo modo, podemos encontrarnos frente a la denominada corrupción parcial y total, aislada y sistemática, ascendente y descendente, y en cuanto sus efectos pueden considerarse básicamente aquellos que tienen contenido político conglobados en la desnaturalización del Estado de derecho, la privatización de la ley y la inseguridad jurídica. En cuanto a los efectos que pueden denominarse como sociales que produce la corrupción encontramos demostrados: la ausencia de incentivos en la sociedad, la dañosidad en la confianza ciudadana, la afectación de la igualdad, siendo quizás el impacto de peor consecuencia el sistema de protección del delito que se ve reflejado en la vulneración de los Derechos humanos esenciales de una sociedad.

### III.

Como común denominador de los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, el sujeto activo resulta ser “el funcionario o la autoridad”, así el propio ordenamiento sustantivo español, en su artículo 24 CP, ofrece una interpretación clara de dichos conceptos, conforme en el curso de esta Tesis se han analizado los conceptos desde los planos doctrinal y legislativo del Derecho comparado. Esencialmente, el primero de ellos –“funcionario”– resulta un concepto utilizado

en las diversas ramas del Derecho, esencialmente en el administrativo, sin perjuicio de lo cual el concepto penal de funcionario público cuenta con autonomía y exclusividad respecto del utilizado en el Derecho administrativo.

En el concepto penal del término “funcionario público”, se encuentran dos componentes, tales como: la participación en el ejercicio de funciones públicas y su condición de tal, que debe ser dado ya sea por la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. El concepto de autoridad se encuentra abarcado por el de funcionario, y ello es así, ya que todo sujeto, para ser considerado “autoridad”, debe ser funcionario público. El elemento diferenciador se encuentra en que tal sujeto activo –“autoridad”– es aquel que debe tener mando o ejercer jurisdicción propia por sí sola o bien como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. En síntesis, la autoridad puede y tiene potestad de exigir obediencia, como también jurisdicción con capacidad para resolver asuntos judiciales o administrativos.

Puede entenderse a la Administración pública como los poderes públicos que tienen a su cargo la aplicación de las leyes ejercitando la acción social. Así también, la Administración Pública puede ser entendida desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo. En sentido objetivo se entiende a la Administración Pública como los órganos que la componen; en cambio en sentido subjetivo nos encontramos frente a su actividad. Lo cierto es que ambos conceptos están estrechamente relacionados por lo cual no es posible explicar uno de ellos sin mencionar el otro. Cuando consideramos a la Administración pública desde el aspecto objetivo, podemos afirmar que se trata del conjunto de actividades previstas legalmente desarrolladas por los funcionarios públicos, mediante las cuales, se realizan los fines del Estado y de las diferentes entidades públicas, por ello dicha concepción está basada en la división material de las funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva y judicial). Sin embargo cuando se hace hincapié en el aspecto subjetivo, se entenderá la administración como la actividad realizada por los órganos a los que se considera como tales.

El bien jurídico protegido de los delitos analizados, es uno de los ejes centrales, -tanto en el Derecho español como el argentino-, (el que se ha tomado en el presente trabajo de Tesis con especial referencia). Así las cosas, aunque, se pueda perturbar y dañar a la Administración pública, no se agota con ello, sino que el peligro o la lesión se extiende no sólo al interés público, sino a los de la sociedad y los sujetos que la componen.

#### IV.

Los delitos analizados, en el ordenamiento penal español, se encuentran captados en el Capítulo IX del Título XIX del Código penal bajo la nominación “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de la función”. Básicamente, son cuatro las modalidades genéricas de incriminación que se abordan en el Capítulo IX. Así el tipo analizado en el artículo 439 CP contempla un tipo propio y otro de carácter extensivo –(previsto en el art. 440 CP)– donde se alcanza a determinados particulares funcionalmente equiparados al funcionario titular del cargo de carácter público. Cabe decir que el actual artículo 439 del Código penal español, con su nueva redacción guarda íntima relación con la del artículo 265 del Código penal argentino.

El artículo 441 del Código penal español, prevé las denominadas “Actividades prohibidas a autoridades y funcionarios públicos”. En las mismas cabe destacar que la actividad del funcionario en el ámbito privado o de la empresa, lleva en sí la obtención de ciertas ventajas para aquellos que los contactan o le ofertan trabajo, ello en virtud que la actividad del funcionario público tiene directa conexión con la realizada por la empresa privada. Así entonces, se elevan a la categoría de delito las actividades privadas de los funcionarios públicos, sujetas hasta el nuevo Código, a la categoría de faltas. Con ello se considera evitar o al menos prevenir el riesgo de corrupción en la función pública.

Debe decirse a manera de aproximación que de aplicarse adecuadamente el sistema disciplinario administrativo, en casos, hasta más severo que el propio ordenamiento punitivo, se evitaría la incursión o invasión del sistema penal en el ámbito del Derecho administrativo.

El artículo 442 del Código penal, contiene el uso de secreto o información privilegiada con ánimo de lucro y se compone de un tipo básico, uno privilegiado y un tipo cualificado. En el primer caso-tipo básico- el comportamiento común al de revelación de secretos, resulta descripto con cierta imprecisión. En tanto la figura del artículo 417 del Código penal describe la conducta de revelar un secreto, la norma analizada en el artículo 442 CP tipifica el comportamiento de hacer uso de secreto o información privilegiada. Es claro que la “ultraintención”, que pueda existir en la acción de “hacer uso de secreto o información” puede ser guiado –por el sujeto activo del delito–, hacia otras conductas criminales como amenazas, coacción, extorsión, entre otras. Tal por caso entonces, las informaciones que resulten obtenidas por el funcionario público que sean de carácter oficial, pueden claramente ser objeto del comportamiento alcanzado en la especie (art. 442 CP), de uso de los mismos con la intención o el propósito de obtener un beneficio económico.

Es claro que tanto los “secretos o la información privilegiada” forman parte de la “res” pública, siendo garantes los titulares de la función. El tipo privilegiado, descrito en el inciso

inicial del artículo 442 CP, pero en este caso la diferencia consiste, en que no se requiere, la obtención de un beneficio económico. El tipo cualificado que encuentra base en la producción de un grave daño para la causa pública o para un tercero, prueba que la agravante radica de manera exclusiva en los daños irrogados. Así, a más del bien jurídico contemplado en las figuras analizadas en cuanto a la imparcialidad, objetividad y probidad en el ejercicio de la función pública, en el artículo 442 CP, se agrega como objeto de protección la privacidad o reserva del secreto o información privilegiada.

La figura prevista en el artículo 443 del Código penal español, “solicitud sexual por funcionario público”, se encuentra compuesta por un tipo básico y uno cualificado. Se tipifican en la figura dos supuestos, la que se lleva adelante por autoridad o funcionario público y el desplegado por funcionarios públicos de Instituciones penitenciarias o de Centros de protección o de corrección de menores. Se realiza en el tipo cualificado una extensión en cuanto a la persona solicitada, ello extiende el plano de víctimas a los ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción o afinidad, o al cónyuge del sujeto pasivo, así también se incluye a la persona con quien este último sujeto –pasivo–, se hallare ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, como en el caso del matrimonio.

Así en las figuras analizadas –(artículos 439 a 443)– resultan en su aspecto típico subjetivo figuras dolosas, y tal por caso en el art. 442 CP., nos encontramos frente a un delito subjetivamente configurado, que incorpora un elemento subjetivo del injusto, que se integra por el ánimo de obtener por parte del funcionario, un beneficio económico, tanto para sí como para un tercero.

La norma penal contemplada en el artículo 444 del Código Penal español, contiene una cláusula, que prevé la penalidad del concurso de delitos entre la figura anterior (art. 443 CP) y los correspondientes delitos sexuales, que más allá de la solicitud se lleven adelante vulnerando a la misma víctima. La figura no resultaría esencial, ello toda vez que el concurso se daría necesariamente en todo caso.

Se realiza, en la presente Tesis, en paralelo un análisis de la figura en el Derecho penal argentino, tanto en el aspecto doctrinario como jurisprudencial conforme la evolución operada en el tipo penal de negociaciones prohibidas respecto de cada uno de los ordenamientos penales. El tipo objetivo en este delito, sólo puede ser cometido por funcionarios públicos y es por ello que nos encontramos frente un delito especial propio, implicando ello, que se trata de un delito en los que la autoría se limita al núcleo de personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo penal.

La norma también establece una cantidad de sujetos que denomina equiparados, como los “árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales”. En ambos derechos- español y argentino-, (artículo 440 en función del artículo 439 del C.P- en el Derecho penal español y art. 265 última parte del Código penal argentino), se contempla lo que se denomina como tipo extensivo.

El punto central lo encontramos en la denominada “acción típica”. De la simple lectura del tipo penal –con mayor intensidad en el Derecho penal argentino– se concluye que la acción típica consiste en “interesarse”. Ahora bien, debemos definir su alcance y contenido y para ello resulta necesario responder algunos interrogantes al respecto: en primer lugar ¿qué significa interesarse?; ¿cómo debe ser ese interés?; ¿el tipo penal en que momento llega a consumarse? Y en referencia a este último interrogante ¿se consuma cuando el funcionario concreta ese interés, esto es, porque obtiene el beneficio que procura o basta con que actúe desinteresadamente?

Conforme queden develados los interrogantes precedentes cabrá determinar tanto el comienzo de ejecución del delito como su momento consumativo. Así entonces si la figura delictiva requiriera la concreción del “interés” buscado por el accionar interesado del funcionario público –esto es, si entendiéramos que nos hallamos frente a un delito de resultado en lugar de uno de pura actividad–, debería considerarse consumado el delito recién cuando el funcionario finalmente obtuviera el interés buscado.

De adverso, si se pensara al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos como de acción, donde no fuera penalmente relevante la concreción del interés perseguido, sino que bastare con que el funcionario público actuase persiguiendo un interés no administrativo, a diferencia del caso anterior, el comienzo de ejecución de las conductas que se reprime –por parte de la figura– coincidirá con el de la ejecución y , en consecuencia las conductas precedentemente enunciadas podrán constituir directamente la acción típica penada. Tales actos, entonces representarían aquellos en los que el autor del ilícito tomare injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración.

Es claro entonces, que se adopte uno u otro criterio de interpretación repercutirá como se dijo en el plano de la Política criminal. Si se optara por el primer camino, se deberá acreditar la inserción de un interés ajeno al de la Administración pública y también, que por intermedio de esa inserción se produjo en el agente un beneficio propio para el funcionario o a un tercero. Si se entendiera que nos encontramos frente a un delito de pura actividad, la acción



típica se dará por satisfecha con la demostración de que el funcionario público obró con “tendencia beneficiante” con independencia del resultado final.

Si consideramos el aspecto o pauta teleológica de la figura, debemos concluir que no se vislumbra de qué modo podía resultar más afectado el fiel, correcto e imparcial funcionamiento de la función pública, así como el prestigio de la Administración y la transparencia de sus actos, por el grado de beneficio que el funcionario público obtenga con motivo de su actuación parcial.

En resumen, la sola actuación imparcial, infiel y carente de transparencia por parte del funcionario afecta total y de manera acabada el objeto de la tutela de la norma. La concreción o no de ese interés indebido o ilegítimo no califica de más imparcial o menos transparente a la acción que lo buscó.

Este razonamiento de interpretación de la norma ha sido compartida por la Corte de Casación italiana en referencia a la frase “tomar un interés privado”- en una negociación-. Es por ello que la acción prohibida se configura por la demostración de “una ingerencia profitatrice”, ello es por la manifestación de una injerencia direccionada al aprovechamiento de la función pública, sea en beneficio propio o de un tercero. Debe tenerse en cuenta que tanto la norma argentina (art. 265 CP argentino), como la italiana (art. 324 CP italiano) las que encuentran similitudes importantes, tienen una raíz común, esto es, el art. 175 del CP francés de 1810.

En lo referente al tipo de interés y si se ¿requiere que el mismo tenga un contenido exclusivamente económico?, la respuesta debe surgir de un razonamiento desde la lógica jurídica penal. Así, que el tipo exija que el funcionario público se interese en una operación de contenido económico-tal como son un contrato u operación-, no significa, necesariamente que el interés introducido deba tener inexorablemente la misma naturaleza. En síntesis lo que la norma exige, es que se persiga un beneficio en el marco de una operación económica, sin pedirnos que el interés buscado sea necesariamente económico.

La interpretación que se efectúa a manera de conclusión se encuentra en armónica sintonía con el bien jurídico protegido que es correcto funcionamiento de la administración con valores como la transparencia, la imparcialidad y la probidad.

Por último, sin perjuicio de las formas en que se manifieste el “interés” en el marco de un contrato u operación, se debe tratar de un “interés particular” –con independencia que ese interés concorra con el interés de la Administración pública al que el funcionario debe darle prioridad– y a más, ese interés debe ser específico respecto de alguna negociación en la que tome parte el funcionario. Consideramos entonces que existiría en la figura un especial

elemento subjetivo del tipo penal, y el que se encontraría dado por la desviación del poder a la vez calificada por la inserción-por parte del funcionario- de un interés aprovechador en la negociación, direccionado a la obtención de beneficios para el propio funcionario o para un tercero.

#### V.

Otra de las figuras, que con apoyatura en el Derecho Constitucional e Internacional, tal por caso la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996 –(Ley 24.759, B.O. del 17/1/97)–, se ha abordado en el presente trabajo de Tesis referido al Derecho penal argentino- es el denominado delito de “enriquecimiento ilícito de funcionario público” complementado por la “utilización con fines de lucro de informaciones o datos reservados” y la “omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial y falsedad u omisión de los datos en ella insertados”. El anclaje nacional de la figura se encuentra en el art. 36 de la Constitución Nacional Argentina.

El sustento sociológico de la construcción jurídica, adoptado por el sistema penal, se ha debido al incremento patrimonial desmedido e injustificado de algunos funcionarios que en ejercicio de la función pública, produciendo un socavamiento de la confianza que la sociedad ha depositado en el funcionario. La figura típica desplegada en el art. 268 del Código penal argentino (conf. Ley 25.188 B.O. 29.262 del 1/11/99), que ha tenido cuestionamientos constitucionales, incluye nociones tales como el enriquecimiento y el lapso en el cual el delito es susceptible de ser cometido, estableciéndose en este último tópico, un término de dos años posterior al cese en el ejercicio del cargo, brindando ciertamente mayor seguridad jurídica introduciendo un parámetro temporal más rígido. Por último en lo referente a la punibilidad, se ha elevado la pena, respecto de la originaria redacción, incorporándose la de multa y mutando la inhabilitación temporaria a perpetua.

La inclusión de la denominada “utilización con fines de lucro de informaciones o datos reservados” bajo el capítulo IX bis, “enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados” tiene su lógica al considerar el hecho típico más como una fuente de enriquecimiento posible que efectivo, ello toda vez que la acción consiste no ya en la obtención de beneficios, sino en el uso de información reservada a la cual el cargo le otorga acceso con ánimo de lucro por parte del sujeto activo. La figura, como se puede notar, guarda relación con la prevista en el artículo 442 del Código penal español.

La nueva normativa del Derecho penal argentino, Ley de Ética en la función pública (25.188), recoge dentro del mismo artículo 268, en el apartado (3) del capítulo mencionado

“supra”, una nueva figura que pune la omisión o falsedad en las declaraciones juradas patrimoniales de quienes en razón de su cargo se encuentran obligados a hacerlo.

## VI.

Por último se analizan de manera armónica los instrumentos que pueden ser empleados a efectos de alcanzar un adecuado nivel de control de aquellos actos irregulares que se desarrollen en el marco de la administración pública a través de sus funcionarios. Se examinan elementos de orden preventivo relacionados con el factor educacional, que impactan, de no abordarse, en el contenido ético-moral que asumen las conductas irregulares que culminan en corrupción. No es posible soslayar aquellos extremos que hacen al control tanto interno como externo del ejercicio de la función pública, así como en la necesidad de alcanzar estándares eficientes para su cumplimiento, protegiéndose de manera deseable el bien jurídico.

Se analiza, a más, el aspecto referido a las sanciones que lógicamente conlleva el despliegue de actos ilícitos, dedicando un espacio al tema sobre el cual se asientan relevantes posibilidades en lo que hace a la obtención de resultados positivos, como resulta ser la participación de la sociedad civil en el control de los actos públicos, todo lo cual permitirá la consolidación del derecho humano particular, tal cual es aquel relacionado con la transparencia en los actos de gobierno.

Finalizando, conforme la magnitud del problema abordado y su complejidad, medidas aisladas de nada sirven, por el contrario una decidida acción conjunta, en el plano moral, ético, político, administrativo, económico, social, legal y judicial del cual el sistema penal es un eslabón más, podrá si bien no terminar con la corrupción, al menos reducirla considerablemente.

## ***BIBLIOGRAFÍA***

- Abanto Vasquez, Manuel, *Delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, Ed. Palestra, Lima, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Autoría y Participación y la teoría de los delitos de infracción del deber” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17, Lima, 2005
- Aboso, Gustavo, “Delitos contra la Administración Pública” en *Revista de Derecho penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- Alsina, Hugo, *Tratado de Derecho procesal civil y comercial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
- Altavilla, Enrico, *Pubblica Amministrazione (Delitti dei Pubblici ufficiali contro la)*, en <<NDI>>, T.X., Ed. UTET, Turín, 1939.
- Alegre Ávila, Juan Manuel, “Incompatibilidades en el ejercicio de la función (art. 441 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial*, III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia, ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. J (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Álvarez García, F Javier, (Director), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial*, III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- \_\_\_\_\_ *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- \_\_\_\_\_ *Bien Jurídico y Constitución*, Cuadernos de Política Criminal, número 43, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_ *Sobre el principio de legalidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2009.
- Amenlug, K, *Rechtsgüterschutz un Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972.
- Antón Oneca, José, *Derecho penal. Parte General*, 2da. Edición (anotada y puesta al día por J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), Ed. Akal, Madrid, 1986.
- Antolisei, F, *Manuale di Diritto penale, Parte speciale I*, undésima edizione integrata e aggiornata a cura di L.Conti, ed. Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1994.

- Arendt, Hannah, *Crisis de la república*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
- Aristóteles, *La Política*, Libro I, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2003.
- Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez de la Torre, I, Ferré Olivé, J.C., García Rivas N, Serrano Piedecabras J.R., Terradillos Basoco, J.M<sup>a</sup> (Directores), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007,
- Asúa Batarrita, Adela, *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- Baena de Alcazar, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, 2da. edición, Ed. Tecnos Madrid, 1996.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal económico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- \_\_\_\_\_ *Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios*, en <<Documentación Jurídica, monográfico dedicado a Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal>>, vol. II, Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983.
- \_\_\_\_\_ *Estudios sobre la Parte especial de Derecho Penal*, Ed. Akal, Madrid, 1991.
- Bacigalupo, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- Bajo Fernández, Miguel / Pérez Manzano, Mercedes/Suárez González, Carlos, *Manual de Derecho Penal Parte especial II, Delitos patrimoniales y económicos*, 2da. Edición, Ed. CEURA, Madrid, 1993.
- Balsano, Luigi, *I delitti del pubblici uficali contro la pubblica amministrazione*, ed. Pellegrini, Cosensa, 1991.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México. 1986.
- Basílico Ricardo/Poviña Fernando/Varela Cristian, *Delitos contra la libertad individual*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.

- Berenguer, Enrique, *Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994.
- Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho Penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- Binding, Karl, *Die Amstverbrechem und seine legislatorischen Behandlung*, en GS, Vol. 64, pág. 1 sig. 1904.
- Blanco Lozano, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Ed. La Ley, Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Tratado de Derecho Penal Español*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2005.
- Bourdieu, Pierre, *El sentido práctico*, Ed. Siglo XXI, México, 2007.
- Breglia Arias, Omar/Gauna, Omar, *Código Penal Comentado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte especial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986.
- Bricola, Franco, *Teoría general del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2012.
- Bruzzone, Gustavo /Gullco Hernan, *Teoría y Práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Caballero, José Severo."El Enriquecimiento ilícito de los funcionarios y Empleados Públicos (Después de la reforma constitucional de 1994). *La Ley*, Buenos Aires, 1997.
- Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac J.L./ Orts Berenguer .E. (Directores), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tomo I y II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Carbonell Mateu, J.C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Tomo VII, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.
- Carrio, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

- Casas Barquero, Enrique, *Algunos Aspectos de los delitos de funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas*, en Estudios penales, Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.
- Carrera, Daniel, “Utilización con fines de lucro de conocimientos funcionales reservados en el Código penal.”, en *Rev. De Derecho Penal y Criminología*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1969.
- Cartolano, Vicente, “Aspectos fundamentales del delito de enriquecimiento ilícito”, en *Rev. La Ley*, 2/2001, Buenos Aires, 2011.
- Catalán Sender, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Ed. Bayer Hnos, Barcelona, 1999.
- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Tomo II, vol. 1, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- Cervini, Raúl, “Macro-Victimización económica”, en *Revista Cuadernos de la Cátedra*, N° 6, Ed. Mave, Corrientes, 2000.
- Chiappini, Julio, “El delito de no justificación de enriquecimiento” en *Rev. La Ley*, 1986-E, Buenos Aires, 1986.
- Claría Olmedo Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner Editores, Córdoba, 1984.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas S, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Colombo, Marcelo/ Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Código Penal Comentado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- Cordoba Roda, Juan / García Arán, Mercedes (Directores), Magaldi Paternostro, Mª José, Cugat Maurí, Miriam, Rebollo Vargas, R, Baucells Lladós, J, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomos I y II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

- Creus, Carlos, *Derecho Penal, (Parte Especial)* Tomo 2, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998.
- \_\_\_\_\_ *Invalidez de los actos procesales penales*, Ed. Astrea, 1992.
- Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal. Parte general. Parte especial*, t. II, vol. I, 14ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1980.
- Cugat Maurí, Miriam, “Negociaciones Prohibidas”, en *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial*, III Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- David, Pedro R., *Globalización, Prevención del Delito y Justicia Penal*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1999.
- D'albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- D'alesio, Andres (Director), *Código Penal Comentado*, Ed. La Ley , Buenos Aires, 2011.
- De La Rúa, Fernando, *Proceso y Justicia*, Ed, Lerner, Cordoba, 1980.
- De Luca, Javier/López Casariego, Julio, “Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional”, en *Rev. La Ley*, 2000-A, Buenos Aires, 2000.
- Delgado Gil, Andrés, *Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en el Derecho Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.
- Dölling, Dieter, “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption“, *ZStW* 112, 2000.
- \_\_\_\_\_ “Corruption and Related Offences in international Business Activities”, Universität Heidelberg, Alemania, 2003.
- \_\_\_\_\_ “Empfehlen sich Änderungen der Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”, *Deutscher Juristentag*, Verlag C.H.Beck, München, 1996
- \_\_\_\_\_ “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption“, *ZStW* 112, 2000



- Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Rubinzal –Culzoni, Santa Fe , Argentina, 2000.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Durkheim, Emilie, *Las Reglas del método sociológico*, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, 1984.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1874.
- Estrella, Oscar Alberto; Godoy Lemos, Roberto *Código Penal"(Parte Especial. De los Delitos en Particular)* Tomo 3, Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2000.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gonzalo Rodríguez Mourullo), Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997
- Ferrer Sama, Antonio, *Comentarios al Código Penal* Tomo IV, Editorial Estades Artes Gráficas, Madrid, 1965.
- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal* Tomo VII, Editorial Abeledo Perrot. 1984.
- Foffani, Luigi, “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica”, Rev. La Ley, España, Nro. 7, Enero de 2001, Madrid, 2001.
- Fontán Balestra, Carlos/ Ledezma Guillermo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, ed. Actualizada por Guillermo Ledezma, E. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Dirito penale. Parte speciale*, vol I, Ed. Zanichelli, Bolonia, 1988.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar, El nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978.
- Gallas, Wilhelm, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en “Festschrift für Paul Bockelman zum 70.Geburtstag, pág. 155 sig., Ed. Beck,Munich, 1979.
- Ganzenmüller, C/ Escudero, J.F. /Frigola, J (coordinadores), *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás-Ramón, Undécima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

- Garraud, R, *Traite Theorique et pratique du Droit penal francais*, Ed. Siney, Paris, 1900.
- Garrido Falla, Fernando/ Palomar Olmeda, Alberto/ Losada Gonzalez, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, décimo cuarta edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- Gil Gil, Alicia, Lacruz López, Juan M., Melendo Pardos, M, Nuñez Fernández J, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966.

- Gimeno de Lahoz, Ramón; Corbella Herreros Teresa; (Obra Conjunta) C. Ganzenmülle; Escudero, J. F Frigola, J, (Coordinadores) Editorial Bosch, Barcelona. 1998.
- Gómez Martín, Víctor, *Los Delitos Especiales*, Ed. Eisofer S.l. y B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- González, Joaquín, *Corrupción y Justicia Democrática*, Ed. Clamores, Madrid, 2000.
- González Cussac, José Luís, *El Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- González Navarro, F, *Derecho Administrativo Español*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1993.
- González Rus, Juan José, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, en “Problemas de autoría”, Cuadernos de Derecho Judicial, t. XXXIX, pág. 57 sig., Ed. CGPJ, Madrid, 1994.
- \_\_\_\_\_VVAA. *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, Ed. Marcial Pons, 1996.
- Green, Stuart P, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno, (Una Teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Grispigni, Filippo, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio* en “Scritti giuridici in inore di Vincenzo Manzini”, pág. 561 sig., Ed. CEDAM, Padua, 1954.
- Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. IV, 2da. Edición, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, Madrid, 1912.
- Guaita, Aurelio, *Funcionario Público*, en “NEJ Seix”, t X, pág. 496 sig., Ed. Seix Barral, Barcelona, 1976.
- Hairabedian, Maximiliano, *Eficacia de la prueba Ilícita y sus derivaciones en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc., Buenos Aires, 2002.
- Hassemer, Winfred, *Fundamentos del Derecho Penal*, (trad. Por Arroyo Zapatero, L y Muñoz Conde, F), Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- Herrera Moreno, Myriam, *Publicidad y Control Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2002.

- \_\_\_\_\_ *La Hora de la Víctima (Compendio de Criminología)*, Edersa, Madrid, 1996.
- Herrero Herrero, César, *Criminología Parte General y Especial*, tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviatan*, Ed. Alianza, Madrid, 2009.
- Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho Penal*, Ed. Thomson/ Aranzadi, Navarra, 2005.
- Huntington, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Ed. Paidós, 1990.
- Hurtado Pozo, José, “Interpretación y aplicación de la ley penal del artículo 400 del código penal de Perú, delito de tráfico de influencias”, en *Anuario de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, Friburgo, 2005.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.  
\_\_\_\_\_ *Imputación Objetiva*, editorial AD HOC, Buenos Aires, 1999.
- Jakobs, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, Polaino Orts, Miguel *Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social*, ARA Editores, Perú, 2010.
- Jaso Roldán, Tomás y Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal. Parte especial* (dirigido por J.A. Rodríguez Muñoz), Ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Comares, Granada, 1993.
- Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción*, Ed. Quipus La Paz, Bolivia, 1992.
- Lacruz López, Juan Manuel/ Melendo Pardos, Mariano (Coordinadores), García García-Cervigón, Josefina/ Gil Gil, Alicia/ Nuñez Fernandez/ Rodriguez Nuñez, Alicia / Serrano Maillo, Alfonso /Serrano Tárraga, María Dolores/ Vazquez Gonzalez, Carlos/ Vizueta Fernandez, Jorge, *Tutela de las Administraciones Públicas*, Ed. Dyknsn, S.L., Madrid, 2013.
- Landecho, Velasco, Carlos María / Molina Blázquez, Concepción, *Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

- Liszt, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed. Revisada por Ebbard Schimidt, 1927 y 26ª ed., T I, Einleitung y Allg. Teil, 1932.
- Locke, Jhon, *Segundo ensayo sobre gobierno civil*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2004.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, Ed. Akal, Madrid, 1996.
- López Diaz, Claudia, “Código Penal Alemán (StGB)”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, (Vid. Rudolphi, Hans-Joachim, SK-StGB, Besonderer Teil §267-358, Luchterhand, Bonn, Berlin, 2002).
- Luzón Peña, Diego-Manuel “Actuaciones en Interés Propio en los Fraudes de los Funcionarios del Artículo 401 del Código Penal”, *La Ley*, nro. 4, Madrid, 1989.
- \_\_\_\_\_ *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Ed. Universitas, S.A, Madrid, 1996.
- Landecho Velasco, Carlos María, Molina Blazquez Concepción *Derecho Penal Español (Parte Especial)* segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- Manfroni, Carlos, *Convención Interamericana contra la Corrupción*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- Manzana Laguarda, Rafael, *Derechos y Deberes del Funcionario Público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.
- Maggiore, Giussepe, *Derecho Penal. Parte especial*, (trad. De la 4ª edición italiana por JJ. Ortega Torres), t III, Ed. Temis, Bogotá, 1955.
- Malem Sena, Jorge, “La Corrupción Pública”, en *Rev. Jueces para la Democracia*, pag. 27, N° 37, marzo 2000, Madrid, 2000.
- Manzini, Vincenzo, *Tratatto di diritto penale italiano*, t. V, Ed. Unione Tipografico-Editricce Torinese, Turín, 1950.
- Maiorano, Jorge, *El Ombudman, defensor del pueblo y sus instituciones republicanas*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1999.
- Maquiavelo, Nicolas, *Discursos*, Ed. Alianza, Madrid, 1987.
- Maurach, Reinhart , Zipf, Heinz y Gössel, Karl, *Derecho Penal. Parte general*, t. I y II, (traducción a cargo de Donna, Edgardo A), ed. Astrea, Buenos Aires ,1994/1995.

- Méndez Rodríguez, Cristina, en coordinación conjunta con Zúñiga Rodríguez, Laura y Diego Díaz-Santos, María Rosario, *El Derecho Penal ante la Globalización*, Editorial Colex, Madrid, 2002.
- Merton, Robert, *Teorías y estructuras sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- Mikkelsen-Löth, Jorge, *Enriquecimiento Ilícito*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Millan Alberto, “El delito de negociaciones incompatibles con la función pública” en *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Mir Puig, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- Mir Puig, Santiago, *Negociaciones Prohibidas a los Funcionarios*, “NEJ Seix” Tomo XVI, pág. 344 sig., Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982.
- Moccia, Sergio, *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- Molinario Alfredo/Aguirre Obarrio, *Los Delitos*, Tomo III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1999.
- Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, María José, en VVAA, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.
- Moral García, A Del y Serrano Butragueño, I (Coord.), *Código Penal*, Comentarios y jurisprudencia, T. II., Ed. Comares, Granada, 2002.
- Morales Prats, Fermín y Morales García, Óscar, en VVAA, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

- Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus Antecedentes*, Tomo 6, Editorial H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Nino, Carlos, *Un País al margen de la ley*, Ed. Emece, Buenos Aires, 1992,
- Núñez, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Vol. II Editorial Lerner, Argentina, 1992.
- Núñez Castaño, Elena, *Responsabilidad Penal de la empresa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Ead., “Los Delitos Imprudentes en el Ámbito Empresarial”, en *REJ, Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008, pág. 157 y sigs.
- Núñez Fernández, José, “Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*, III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia, ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, *La Prevaricación del Funcionario Público*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980
- \_\_\_\_\_ *Delitos e Infracciones contra la Hacienda Pública*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.
- Olaizola Fuentes, Inés, *El delito de Cohecho*, Tirant Monografías Valencia, 1999.
- Olmedo Cardenete, Miguel, “La violencia el entorno doméstico: un análisis de derecho comparado en Europa, en Morillas Cueva, Lorenzo (Coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 609-658.
- Orts Berenguer, Enrique, *Derecho Penal (Parte-Especial)*, 3era. edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1999
- Orts Berenguer, Enrique. (Obra Conjunta) *Derecho Penal (Parte Especial)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Tercera edición, revisada y actualizada. Valencia, España, 1999
- Orts González, María Dolores Soledad, *El Delito de Usurpación Típica de Funciones Públicas*, Instituto de Criminología de la

Universidad Complutense de Madrid, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, *Servicio de Publicaciones*, Córdoba, 1987

- Otero González, Pilar, “Abuso de secreto o información privilegiada”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. J, (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.
- Pacheco, J.F, *El Código Penal concordado y comentado*, 3 vol. 6ta. Edición, Madrid, 1888.
- Perfecto Ibañez, Andrés, (Comp.), *Corrupción y estado de derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- Platón, *La Leyes Epinomis, El Político Libro XII*, Ed. Porrúa, México, 1988.
- \_\_\_\_\_ *La República*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI. México, 1998.
- Peña Bernaldo de Quirós ,M, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1989.
- Polaino Navarrete, Miguel (Obra Conjunta) *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II*, Dirigida por el Profesor Manuel Cobo Del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Polaino Navarrete, Miguel *El Bien Jurídico*, Universidad de Sevilla, 1974.
- Polaino Navarrete, Miguel, “Ocultación de Bienes” en *Criminalidad Actual y Derecho Penal*, Ed. Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 1988
- Polaino Navarrete, Miguel, "Delitos Contra la Administración Pública" (En obra conjunta) *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial Tomo II*. Ed. Marcial Pons, Madrid. 1997.



- Polaino Navarrete, Miguel. *El Injusto Típico en la Teoría del Delito*. Editorial MAVE, Corrientes, Argentina, 2000
- Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Parte General*, Ed. Bosch, 6º edición, Barcelona, 2008.
- Polaino Navarrete, Miguel (Director), Martos Nuñez, J.A., Herrera Moreno, M, Blanco Lozano, C, Monge Fernández Aª, Aguado Correa Tª, Requejo Conde, Carmen, Rando Casameiro, P, Polaino-Orts, M., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Bosch, 2009.
- Queralt, Joan J. “El Concepto Penal de Funcionario Público”, *Cuadernos de Política Criminal*, nro. 27 Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Penal español*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- Quintela Roberto, “Delitos de cuello blanco”, en *Rev. Encrucijadas*, N° 19, UBA, Buenos Aires, 2002.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.
- \_\_\_\_\_, Valle Muñiz, José Manuel (Coordinador) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- Ranieri, Silvio, “Manual de Derecho Penal” Tomo III, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- Requejo Conde, Carmen “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Miguel Polaino Navarrete (Director), Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 217 y sig.
- Rico, José María, “La corrupción pública y su control en América Latina”, en *Rev. De Derecho Penal y Criminología*, UNED, N° 4, Madrid. 1994.
- Righi, Esteban, *Los delitos económicos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Rimondi, Jorge, L, *Calificación legal de los actos de corrupción de la Administración pública*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Roca Agapito, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

- \_\_\_\_\_ “Concepto de autoridad y funcionario público” en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III, Delitos contras las Administraciones Públicas y de Justicia*, ALVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.
- Ruggiero, Vincenzo, *Delliti dei deboli e dei potenti*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino 1999.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Director), Barrero, Agustín, J, (Coordinador), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997
- Rodríguez Ramos, Luis, *Código Penal*, Ed. La Ley, 2da edición, 2007.
- Rojas Benítez, Olga, *La Tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009.
- Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Editora Jurídica Grijley (4ª edición), Perú, 2007.
- Rousseau, Juan J. *El Contrato Social*, Ed. Libertador, Buenos Aires, 2004.
- Rose-Ackerman, Susan, *La corrupción y los gobiernos causas, consecuencias y reformas*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito., Traducción 2da. edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_ *Autoría y Dominio del hecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- \_\_\_\_\_ / Polaino Navarrete, Miguel/ Polaino-Orts, Miguel, *Política Criminal y Dogmática Penal*, Ed. ARA Editores, Lima 2013.
- Rudolphi, Hans- Joachim; en Rudolphi/Hönn/ Gunther, *Systematischer Kommentar sum Strafgesetzbuch*, Ed. Luchterhand, Berlín, 1994.
- Sainz de Robles Santa Cecilia, Celia, *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios públicos*, Tesis doctoral inédita, Valladolid, 1985.

- Sancinetti, Marcelo A. "Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas" *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1985
- Sancinetti, Marcelo A. " El delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario público" en *El Derecho Penal de Hoy*, (Homenaje Prof. David Baigún).
- Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal- Parte Especial* Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- Serrano Gómez, Alfonso/ Serrano Maíllo, Alfonso/ Serrano Tárraga, María D/ Vázquez González, Carlos, *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Dogmática Penal Frente a la Criminalidad en la Administración Pública*, Editora Jurídica, Grijley, Perú, 2001.
- Simonetti, J. M. y Virgolini, J. *Del delito de cuello Blanco a la economía criminal*, Ed. Inacipe, México, 1990
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tomo 5, Editorial TEA, Buenos Aires, 1992.
- Stock, U, *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1932.
- Stratenwert, Günther, *Derecho Penal. Parte General. I El hecho punible* (Trad. de la 2da. edición alemana por Gladys Romero), EDERSA, 1982.
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coordinador), Judel Prieto, Ángel, Piñol Rodríguez, José Ramón, *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- Suárez, F /Isuani, C, "La corrupción al servicio del delito", en *La Gaceta de económicas y Rev. Encrucijadas*, Nº 19, UBA, Buenos Aires, 2002.
- Sutherland, Edwin, *Delincuencia de cuello Blanco en Ladrones Profesionales*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1988.
- Sutherland, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Ed. Universidad central de Venezuela, Caracas, 1969.

- \_\_\_\_\_ “White Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, N° 5, Ed. Yale University Press, 1983.
- Tagliarini, Francesco, *Il Concetto Di Pubblica Amministrazione Nel Codice Penale*, Ed. Dott A. Giuffré, Milan, 1973.
- Terradillos Basoco, Juan M, *Responsabilidad del funcionario público en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en EPC, T XX, pág. 311, Santiago de Compostela, 1997.
- Terragni, M, A, *Delitos propios de funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2003.
- Tiedeman, Klaus, *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad*, Editorial Idemsa, Lima, 2000
- Thiegui, Osvaldo, *Tratado de Criminología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989.
- Todarello, Guillermo, “Enfoque tradicional de la corrupción vs. Visión política, en *Rev. El Derecho Penal*, N° 1, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2005.
- \_\_\_\_\_, *El delito de enriquecimiento ilícito*, en *Rev. De Derecho Penal*, Ed. “El Derecho”, Buenos Aires, 2005.
- Tonio Walter; Reformas en la Legislación Penal y Procesal (1997-2000), *Rev. La Ley* Nro. 8, Julio de 2001, Madrid, 2001.
- Torres, Sergio G, *Nulidades en el proceso penal*, Ed. Ad-hoc., Buenos Aires, 1993.
- Torres Fernández, María Elena, “Marco Normativo Internacional contra la corrupción” en *Urbanismo y Corrupción Política*, Morillas Cueva, L (Director), Ed. Dykinson, Madrid, 2013
- Valeije Álvarez, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDERSA, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_ *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”* pág. 435. en CPC, 1997.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F, *Los delitos contra la administración pública. Teoría General*. Instituto Nacional de Administración Pública-Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 2003.

- \_\_\_\_\_ *La circunstancias agravantes de prevalimiento del carácter público*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- Villada, Jorge, *Delitos contra la función pública*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Virgolini, Julio *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Villavicencio Terreros, Felipe A. *Derecho Penal (Parte General)*, Editorial Grijley, Perú 2007.
- Vives Antón, Tomas S, Orts Berenguer, E, Carbonell Mateu J.C., González Cussac, J.L., Martínez- Buján Pérez, C, *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

- Vizqueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Editorial Comares, Granada 2003.
- Wagner, Heinz, *Amtsverbrechen*, Ed. Duncker y Humbolt, Berlín, 1975.
- Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General* (trad. De la 11ª edición alemana por Bustos Ramirez y Yañez Pérez), Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación*, Tomo 1, Editorial AZ, Buenos Aires
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado: una categorización frustrada* en Baigun, Zaffaroni, García Pablos y Pierangelli de las penas Homenaje al profesor Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, 1997.
- Zugaldía Espinar, J. M, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.