

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



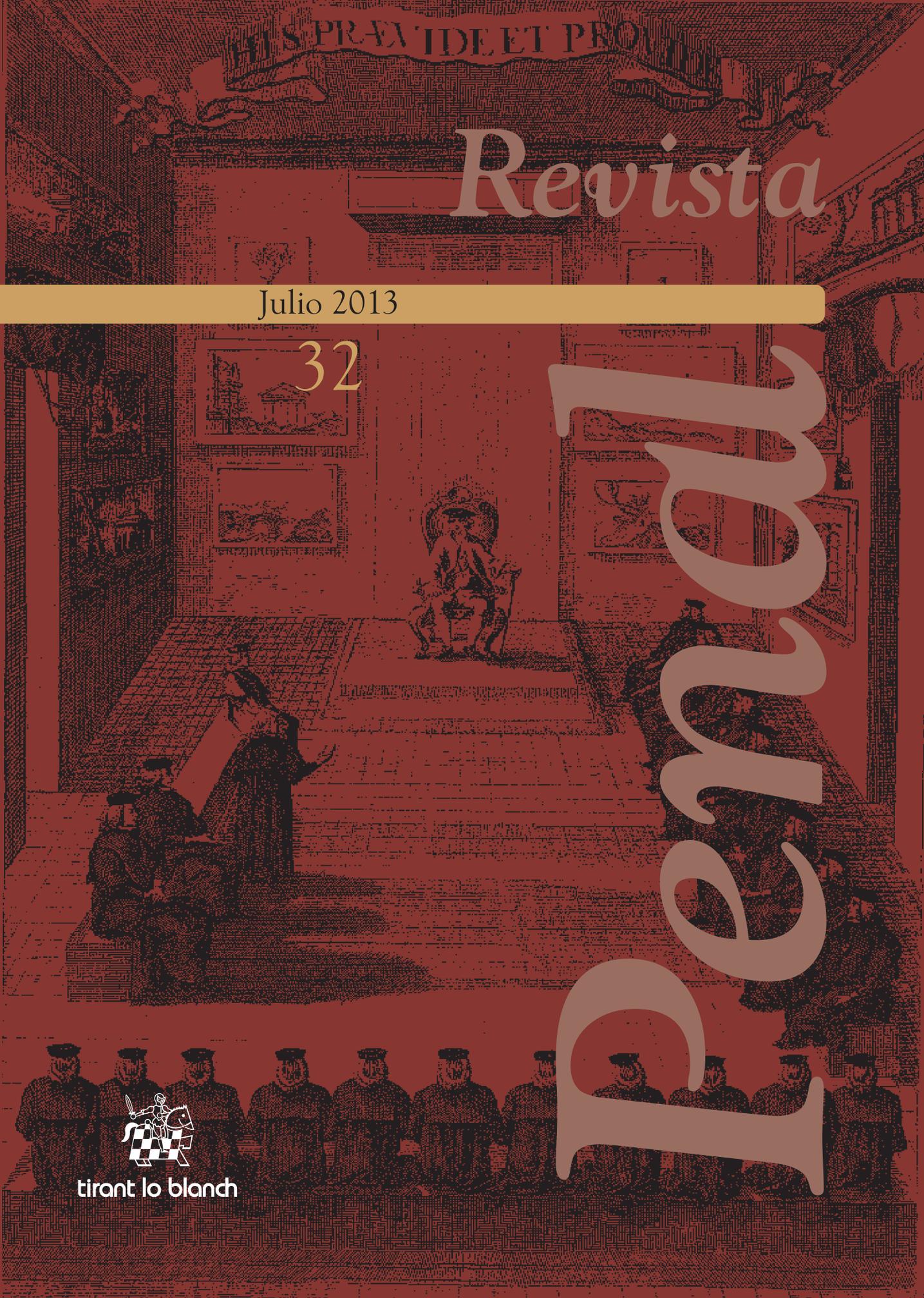
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



# Revista Penal

Número 32

## Sumario

---

### Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* ..... 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* ..... 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* ..... 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* ..... 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* ..... 250

**Sistemas penales comparados:** Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) ..... 283

### Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* ..... 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	Joachim Vogel. Univ. München
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# Sistemas penales comparados



## Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector)

### Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia<sup>1</sup>

#### I. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA

El derecho penal alemán en materia de corrupción fue endurecido drásticamente mediante la “Ley para el Combate de la Corrupción” (**KorrBekG**), de 13 de agosto de 1997<sup>2</sup>. Con todo, subsisten grandes déficits, aun cuando en el **Índice de Percepción de la Corrupción** de Transparencia Internacional para el año 2012<sup>3</sup>, que considera 176 Estados, Alemania se ubica en el puesto número 13. El **Proyecto** del Gobierno Federal de Ley de Modificación del Derecho penal de 4 de octubre de 2007<sup>4</sup>, que debía implementar cuatro importantes instrumentos jurídicos internacionales<sup>5</sup> y colmar vacíos, sobre todo en lo relativo al combate de la corrupción en el extranjero, no fue impulsado hasta el final. Del mismo modo fracasaron varios proyectos de ley de la oposición<sup>6</sup>, con los que debía endurecerse significativamente la punibilidad del soborno de diputados; en marzo de 2013 fueron anunciados nuevos proyectos de ley por el Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia<sup>7</sup> y por varios diputados del Parlamento Federal<sup>8</sup>.

En el Código penal (StGB) los §§ 331 a 338 se hacen cargo del sector de los funcionarios públicos, los §§ 299 a 302 del sector económico y los §§ 108b y 108e del sector político. Adicionalmente, la Ley de Soborno en la UE (**EUBestG**)<sup>9</sup> y la Ley para el combate del Soborno Internacional (**IntBestG**)<sup>10</sup>, ambas del 10 de septiembre de 1998, extienden el ámbito de aplicación a hechos cometidos en el extranjero.

Según el **Panorama Federal en materia de Corrupción**<sup>11</sup> el año 2011 se verificaron en Alemania 1.528 investigaciones, lo que significa una caída de 16% en relación con el año anterior. Sin embargo, en virtud de dos grandes procesos, se registraron policial-

mente 46.795 delitos de corrupción, lo que implica que éstos se triplicaron. El *foco* se concentró claramente, con 29.275 hechos, en el sector económico (§§ 299 y 300 StGB), mientras que en el sector funcionario (§§ 331 a 338 StGB) sólo se registraron 17.511 hechos. De éstos, 5 hechos concernieron a la EUBestG y 50 hechos a la IntBestG. Por el § 108e StGB (soborno de diputados) se registraron apenas 9 casos, y por el § 108b StGB (soborno de electores) incluso ninguno. De los “receptores” en un 65% fueron funcionarios subordinados, en un 30% funcionarios con poderes de dirección y en un 5% alcaldes, de los “dadores” en un 40% fueron gerentes de empresas, en un 20% particulares, en un 17% dueños de empresas y en un 15% empleados en posición directiva. Los *beneficios* de los “receptores” consistieron las más de las veces en dinero en efectivo (41,3%) y en especies (34%), mientras que para los “dadores” se trataba mayoritariamente de encargos (46,3%) y ventajas competitivas (19%). En un 60% de los procedimientos su *apertura* se debió a informaciones externas. La *dirección* de los procedimientos no se radicó sólo en las secciones especiales para el combate de la corrupción (60%), sino también en las secciones (generales) para el combate de la criminalidad económica (33%).

#### II. CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El **bien jurídico protegido** de los §§ 331 y ss. StGB es la *confianza de la generalidad de la población en la corrección del servicio público*, esto es, en el carácter incorruptible de los portadores de la soberanía y en la objetividad e imparcialidad de las decisiones estatales<sup>12</sup>. Un **funcionario público** o un **especialmente obligado para el servicio público** que solicita, se deja prometer o acepta para sí o para un tercero un beneficio por el ejercicio del cargo, es castigado por el § 331 I StGB (*cohecho pasivo impropio*) con pena priva-

tiva de libertad de hasta 3 años o multa. Mayor pena, concretamente pena privativa de libertad de 6 meses hasta 5 años o multa, prevé el § 332 I StGB (*cohecho pasivo propio*), cuando el acto de servicio ha (o habría) lesionado deberes funcionarios. Simétricamente, los § 333 I StGB (*soborno impropio*) y § 334 I StGB (*soborno propio*) castigan a quien ofrece, promete o da un beneficio. Mientras los §§ 331 I y 333 I StGB prevén el mismo marco penal para “receptores” y “dadores”, los §§ 332 y 334 StGB castigan más severamente al “receptor” (pena privativa de libertad de 6 meses a 5 años o multa). Se regula especialmente la corrupción de **jueces y árbitros** en actuaciones judiciales (§§ 331 II, 332 II, 333 II, 334 II, 337 StGB). El § 336 StGB equipara la acción con la omisión. El § 335 StGB prevé una pena más alta para casos especialmente graves. El § 338 StGB dispone para los casos de comisión profesional o en banda de los §§ 332 y 334 StGB el comiso ampliado (§ 73d StGB).

2. El núcleo de los tipos penales consiste en la conexión de contenido entre la entrega del beneficio y el ejercicio del cargo, el acto de servicio o la actuación judicial, respectivamente, lo que se designa como “**acuerdo ilícito**”. Desde la *KorrBekG* el cohecho pasivo impropio de parte de *funcionarios públicos* o de *especialmente obligados para el servicio público* (§ 331 I StGB) ya no requiere que el beneficio se dé para un (concreto) acto de servicio, sino que basta una conexión con el ejercicio (general) del cargo. Se debe evitar ya la sola “apariencia de posible corruptibilidad”<sup>13</sup>. Desde entonces también es típico el llamado “cultivo del clima”, para ganarse la buena voluntad de los funcionarios. Esta “**relajación**” del acuerdo ilícito es criticada a menudo porque expone a funcionarios públicos con competencias decisorias amplias (por ejemplo: alcaldes, médicos-jefe) a un riesgo considerable de punibilidad y estigmatiza conductas que serían socialmente deseables (por ejemplo: patrocinios publicitarios, fondos externos para la investigación universitaria)<sup>14</sup>. La consecuencia ha sido y es una **gran inseguridad jurídica**, ya que la cuestión por la *adecuación social* en el caso concreto se debe determinar considerando el valor del beneficio, según la posición del funcionario y los usos y costumbres<sup>15</sup>. Sólo se puede excluir con seguridad la punibilidad cuando antes de la aceptación del beneficio se ha obtenido una *autorización eficaz*, como en el caso de los fondos externos para la investigación universitaria<sup>16</sup> (cfr. §§ 331 III, 333 III StGB). Por el contrario, el cohecho pasivo impropio por parte de *jueces y árbitros* (§ 331 II StGB) sigue conectado estrictamente a una (concreta) actuación judicial.

3. Los conceptos de **funcionario público** y de **especialmente obligado para el servicio público** están definidos en el § 11 I N° 2 a 4 StGB. Mediante la *KorrBekG* se amplió considerablemente el círculo potencial de autores, ya que desde entonces el § 11 I N° 2c StGB incluye a todas las personas que son llamadas a asumir tareas de la administración pública, y esto *con independencia de la forma de organización (a menudo privada) elegida*. Adicionalmente, el § 48 de la Ley Penal Militar (WStG) equipara a los oficiales y suboficiales a los funcionarios públicos en la aplicación de los §§ 331 y 332 StGB; curiosamente, sin embargo, los simples soldados no pueden ser castigados como “receptores”. Por otra parte, la *EUBestG* y la *IntBestG* incluyen también a los funcionarios de la UE y a los funcionarios internacionales, respectivamente. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)<sup>17</sup> no son funcionarios los *médicos establecidos autorizados para atender pacientes de la seguridad social*. Al respecto, *sin embargo, existen en la actualidad intentos por hacer punible la corrupción exhaustivamente*<sup>18</sup>. Por último, *el autor debe tener la calidad al momento del hecho; no basta, en consecuencia, con que un funcionario que deja de serlo acepte un beneficio*<sup>19</sup>.

4. En el § 331 I StGB (**cohecho pasivo impropio**) se debe entender por **ejercicio del cargo** cada actuación desplegada para ejercer las tareas encomendadas<sup>20</sup>. A través del § 336 StGB queda cubierta también la omisión<sup>21</sup>. No está incluida, en cambio, la actividad legislativa, de la que se hace cargo el § 108e StGB. Por esto, los representantes comunales sólo pueden ser castigados conforme al § 331 I StGB en la medida en que se trata del ejercicio de tareas de administración<sup>22</sup>. Por **actuaciones judiciales** se deben entender sólo aquellas actividades que están protegidas por la independencia judicial<sup>23</sup>. La **solicitud** de un beneficio supone una exigencia unilateral, el **dejarse prometer** la aceptación de una oferta y la **aceptación** la efectiva percepción del beneficio.

El **beneficio** debe ser una prestación *material* (por ejemplo: regalos) o *inmaterial* (por ejemplo: la tolerancia de acciones sexuales), a la que no se tiene ningún derecho y que mejora su situación económica, jurídica o incluso sólo personal<sup>24</sup>. Según la jurisprudencia del BGH, también representan un beneficio para un ministro las entradas para un partido de fútbol en la Copa del Mundo, incluso cuando él de todos modos hubiera tenido libre acceso al mismo<sup>25</sup>. Desde la *KorrBekG* basta con que el beneficio sea dado *a un tercero*.

5. El tipo calificado del § 332 StGB (**cohecho pasivo propio**) conecta en cambio con un (concreto) *acto de servicio contrario a deber* o una (concreta) *actua-*

*ción judicial contraria a deber.* Se requiere que el acto conste al menos en sus contornos gruesos<sup>26</sup>. Un acto es *contrario a deber* cuando contraviene la ley, disposiciones administrativas, directivas, disposiciones de servicio u órdenes<sup>27</sup>. Según el § 332 III StGB basta con que el funcionario *se muestre dispuesto* a infringir sus deberes en la realización de un acto futuro o, tratándose de decisiones discrecionales, a dejarse influir por el beneficio. Atendida la contrariedad a deber del acto se excluye una *justificación* por la vía de un permiso administrativo<sup>28</sup>.

6. El § 333 StGB (**soborno impropio**) y el § 334 StGB (**soborno propio**) cubren, en simetría con los §§ 331 y 332 StGB, la oferta, promesa o dación de un beneficio. **Autor** puede ser cualquiera. La corrupción de soldados está cubierta expresamente, de modo que también es punible el soborno de simples soldados, a pesar de que éstos no pueden ser castigados (cfr. II. 3.). La **oferta, promesa o dación** se corresponden con la solicitud, el dejarse prometer y la aceptación. Las conductas deben estar referidas al *ejercicio (general) del cargo* (§ 333 I StGB), en tanto que el beneficio debe ser la contraprestación por un (concreto) *acto de servicio contrario a deber* (§ 334 I StGB), por una *actuación judicial* (§ 333 II StGB) o por una *actuación judicial contraria a deber* (§ 334 II StGB).

7. La disposición sobre determinación de pena del § 335 II StGB (casos especialmente graves), introducida mediante la *KorrBekG*, menciona **cuatro ejemplos-regla**. Un *beneficio de grandes proporciones* sólo puede fundarse, según la opinión dominante, en beneficios materiales<sup>29</sup>. Como monto total puntualmente se ha considerado suficiente ya 25.000 EUR, si bien desde la perspectiva de la jurisprudencia sobre delitos patrimoniales debería exigirse al menos 50.000 EUR<sup>30</sup>. El ejemplo-regla de la *percepción continuada de beneficios solicitados* apunta a autores reiterativos, aunque sólo abarca la parte de los “receptores”. La opinión dominante<sup>31</sup> exige como mínimo tres hechos independientes. Para un *actuar profesional* basta con el propósito de procurarse una fuente permanente de ingresos a través de la comisión reiterada del hecho<sup>32</sup>. Una actuación *en banda* supone, según la jurisprudencia<sup>33</sup>, la agrupación de al menos tres personas. Adicionalmente también son imaginables **casos especialmente graves innominados**, por ejemplo, tratándose de un gran número de infracciones de deber o del aprovechamiento de una situación de necesidad<sup>34</sup>.

### III. CORRUPCIÓN EN EL TRÁFICO ECONÓMICO

1. La *KorrBekG* ha establecido los §§ 299 a 302 StGB, que en lo fundamental corresponden al antiguo

§ 12 de la Ley contra la Competencia Desleal (UWG). La ubicación en el derecho penal nuclear debería agudizar la conciencia de la población sobre su dañinidad social<sup>35</sup>. Las disposiciones penales están al servicio de la **protección** de la competencia libre y leal, así como de los intereses patrimoniales de competidores y empresarios<sup>36</sup>. El § 299 I StGB (cohecho pasivo) castiga con pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa al empleado o encargado de un establecimiento comercial que en el tráfico económico solicita, se deja prometer o acepta un beneficio para sí o para un tercero como contraprestación por favorecer deslealmente a otro en la adquisición de bienes o servicios en la competencia. Simétricamente es punible conforme al § 299 II StGB (soborno) el que ofrece, promete o da un beneficio. El § 299 III StGB incluye desde el año 2002<sup>37</sup> también la competencia extranjera, de modo que se protege la competencia “en general, esto es, a nivel mundial”<sup>38</sup>. Para casos especialmente graves el § 300 StGB prevé pena privativa de libertad de 3 meses a 5 años (ejemplos-regla: beneficio de grandes proporciones, ejecución en banda y profesional). De acuerdo con el § 301 StGB los hechos constitutivos del § 299 StGB sólo se pueden perseguir a requerimiento del ofendido o de un comerciante, una asociación o cámara, a no ser que el órgano de persecución penal considere necesaria la intervención de oficio en razón de un especial interés público. El § 302 StGB dispone el comiso ampliado (§ 73d StGB).

2. La **efectividad** del § 299 StGB no se ve reducida sólo por la *exigencia de requerimiento previo*, sino también porque según la opinión dominante<sup>39</sup> sólo se protege la *competencia legal*: actividades ilegales (por ejemplo: tráfico de drogas) no merecerían protección, ya que al respecto no puede existir interés en una correcta “competencia”. Adicionalmente existen *otras restricciones*:

a. Sólo pueden ser **autores empleados y encargados de establecimientos comerciales**. No se incluye al dueño, ya que éste sería esencialmente libre en su decisión de adquisición de bienes y servicios. También se protegen empresas y *establecimientos públicos, en la medida en que intervienen en la vida económica. El concepto de “encargado” tiene una función residual e incluye, por ejemplo, a representantes de comercio y asesores de empresa*<sup>40</sup>. No están incluidos —tal como en los §§ 331 y ss. StGB— los médicos establecidos autorizados para atender pacientes de la seguridad social<sup>41</sup>.

b. El § 299 I StGB (**cohecho pasivo**) no castiga sólo la *aceptación*, sino ya la sola *solicitud* o el *dejarse prometer* un beneficio, con lo cual la punibilidad se an-

ticipa considerablemente<sup>42</sup>. Se presupone un **acuerdo ilícito** en la perspectiva de la *entrega futura* de un beneficio en el *tráfico económico* por un acto (*concreto*) de *favorecimiento*, de modo que —a diferencia de lo que ocurre con el § 331 I StGB— no se relaja el acuerdo ilícito. No están cubiertos, en consecuencia, ni los beneficios para el “cultivo del clima” ni las recompensas por favorecimientos pasados. El **beneficio** puede ser tanto de tipo *material* como *inmaterial*.

El **favorecimiento** debe estar referido a la *adquisición de bienes o servicios* y debe ser *desleal*. El elemento “en la competencia” está subjetivizado, ya que basta con que en la representación del autor se influya la competencia futura. Falta este elemento cuando el favorecimiento no es posible, porque la adquisición habrá de darse en las mismas condiciones o porque existe una posición monopólica<sup>43</sup>. No se requiere un resultado típico en el sentido de un efectivo favorecimiento o del perjuicio de un competidor (delito de peligro abstracto<sup>44</sup>). Un favorecimiento es *desleal* cuando es idóneo para perjudicar a competidores mediante la elusión de las reglas de competencia o mediante un rechazo lesivo de la buena fe. El elemento está al servicio de la delimitación entre motivos aceptables e inaceptables<sup>45</sup>. El carácter *habitual* de los sobornos en ciertos ramos o en mercados extranjeros no conduce a la impunidad según la opinión dominante<sup>46</sup>, ni siquiera cuando ese tipo de pagos sean en los hechos la condición para cerrar grandes negocios. La entrega de beneficios sólo puede ser *socialmente adecuada* cuando es tan infima que no puede despertar la impresión de fundar obligaciones, como es el caso, por ejemplo, de los pequeños obsequios publicitarios o de las invitaciones a almorzar<sup>47</sup>.

3. El § 299 II StGB (**soborno**) castiga simétricamente la **entrega, oferta o promesa de un beneficio**. El autor debe actuar con *finés de competencia*, esto es, el hecho debe ser objetivamente idóneo para elevar las ventas futuras o ampliar el círculo de clientes<sup>48</sup>. No están incluidas, en consecuencia, las conductas que sólo apuntan a conservar la clientela<sup>49</sup>. Tanto menos está incluida la publicación de pruebas independientes de productos con el fin de informar a los consumidores<sup>50</sup>. Una **justificación en virtud del consentimiento** del empresario está excluida según la opinión dominante<sup>51</sup>, ya que el bien jurídico protegido, la competencia libre y leal, no es disponible.

## IV. CORRUPCIÓN EN EL SECTOR POLÍTICO

### 1. Soborno de diputados (§ 108e StGB)

a. Ya la **historia de la ley** muestra por qué el § 108e StGB es considerado el “hijastro” de la legislación

alemana. El año 1953 la punibilidad del soborno de diputados fue eliminada en el contexto de la nueva regulación del soborno de electores; por “dificultades de agenda” ésta sólo podía ser repuesta en el siguiente período legislativo, lo que, sin embargo, ocurrió recién en 1994, más de 40 años después, luego de que se conocieran informaciones sobre sobornos relativos a la gran votación de 1992 sobre la “Cuestión de la capital” (Bonn o Berlín)<sup>52</sup>. Por la falta de una disposición penal ya en 1973 había fracasado el castigo de un diputado de la CDU [Unión Demócrata Cristiana] que públicamente reconoció haberse abstenido de votar en abril de 1972 en el voto de desconfianza constructivo contra el entonces canciller federal Billy Brandt (SPD) a cambio del pago de 50.000 marcos.

b. El § 108e StGB debe proteger, junto a la igualdad democrática de los ciudadanos, la confianza pública en la integridad del ejercicio de los mandatos y la capacidad de funcionamiento del sistema parlamentario<sup>53</sup>. Sin embargo, sólo está cubierta una **pequeña parte de las conductas corruptas**: se sanciona con pena privativa de libertad de hasta 5 años o multa al que intente comprar o vender un voto para una elección o votación en el Parlamento Europeo, o en una representación popular de la Federación, de los Estados federados y de las comunidades o asociaciones de comunidades.

c. Lo **estrecho de la redacción** se muestra ya en que las *representaciones populares* sólo son aquéllas cuyos miembros son elegidos directamente por el pueblo, con lo cual no está incluido el Consejo Federal, que tiene gran importancia en el procedimiento legislativo. Tampoco están cubiertas las votaciones en fracciones o en los comités de los partidos, a pesar de que a menudo es ahí donde se adoptan las decisiones preliminares<sup>54</sup>. Adicionalmente, el “comprar” y el “vender”, si bien deben entenderse en un sentido amplio y coloquial<sup>55</sup>, se refieren, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los §§ 331 y ss. StGB, sólo a beneficios materiales<sup>56</sup>. También el § 108e StGB exige un acuerdo ilícito en relación con una *votación futura*, de modo que, a diferencia del § 331 I StGB, no cubre ni pagos para el “cultivo del clima” ni recompensas<sup>57</sup>. Por último, de acuerdo con la voluntad del legislador, no deben incluirse “conductas políticamente usuales y socialmente adecuadas”<sup>58</sup>, lo que es objetable, porque lo *políticamente usual* no es precisamente apto como medida<sup>59</sup>. Incluso si se consideran las reglas de conducta para los miembros del Parlamento Federal como ayuda interpretativa, sólo deberían captarse conductas totalmente evidentes<sup>60</sup>. Representa una inconsistencia que la amenaza de pena sea igual para “compradores” y “vende-

dores<sup>7</sup>, lo que en vista de los deberes del mandatario y de la diferenciación de los §§ 332 y 334 StGB constituye un error<sup>61</sup>.

d. Resultado de estas restricciones e inconsistencias es que desde temprano el § 108e StGB ha sido calificado como “derecho penal simbólico”<sup>62</sup>. En vista de la redacción claramente más amplia de los §§ 299 y ss., 331 y ss. StGB, el año 2006 también el BGH<sup>63</sup> ha reconocido la *necesidad de intervención legislativa*.

## 2. Soborno de electores (§ 108b StGB)

El § 108b StGB fue introducido en 1953 y protege el ejercicio del derecho a voto<sup>64</sup>. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta 5 años o multa al que ofrece, promete o da regalos u otros beneficios a otro para que no vote o para que vote en un determinado sentido (apartado 1: *compra del voto*), así como, a la inversa, al que solicite, se deje prometer o acepte (apartado 2: *venta del voto*). En relación con el § 108d StGB están incluidas tanto las elecciones para representaciones populares y para el Parlamento Europeo, como también las restantes *elecciones y votaciones* en la Federación, en los Estados federados, comunidades y asociaciones de comunidades, así como en el seguro social. Tal como en el § 108e StGB, es necesario que la elección *sea futura*. Se presupone un *acuerdo ilícito*, que aspira a una relación *personal*, esto es, al menos una obligación “sentimental” de votar del modo deseado<sup>65</sup>. También están cubiertos los beneficios a una agrupación de personas, de la cual sus miembros obtienen beneficios de modo mediato (por ejemplo: la concesión de un permiso de construcción a una asociación deportiva)<sup>66</sup>. En cambio *no están cubiertas* las promesas electorales políticas hechas a un círculo indeterminado de personas<sup>67</sup>.

## Notas

1 Traducción del Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

2 Diario Oficial Federal (en adelante BGBl) I p. 2038.

3 <http://www.transparency.org/cpi2012/results>.

4 Boletín Legislativo (en adelante BT-Drs) 16/6558.

5 Convención penal del Consejo de Europa contra la corrupción de 17 de diciembre 1997 (ETS N° 173); Protocolo Adicional a la Convención penal del Consejo de Europa contra la corrupción de 15 de mayo de 2003 (ETS N° 191); **Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado**; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003.

6 BT-Drs 17/1412 (Die Linke [La Izquierda]), 17/5933 (Bündnis 90/Die Grünen [Alianza 90/Los Verdes]), 17/8613 (SPD [Partido Socialdemócrata de Alemania]).

7 [www.derwesten.de/politik/laender-machen-druck-beim-thema-abgeordnetenbestechungid7751092.html](http://www.derwesten.de/politik/laender-machen-druck-beim-thema-abgeordnetenbestechungid7751092.html).

8 <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/uno-konvention-union-streitet-ueber-abgeordnetenbestechung/7864454.html>.

9 BGBl II p. 2340.

10 BGBl II p. 2327.

11 Bundeskriminalamt (BKA [Oficina Federal de Policía Criminal]), *Korruption, Bundeslagebild 2011*, p. 6 ss.

12 BGHSt 30, 46, 48; *Lackner*, StGB, 27° ed. 2011, § 331 n° marg. 1.

13 BGH NSTZ 2005, 334, 335; sobre el derecho anterior BGHSt 32, 290 s.

14 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 331 n° marg. 27a, 31.

15 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 331 n° marg. 32 ss., con más referencias.

16 BGHSt 47, 295, 303 - escándalo de las válvulas cardíacas.

17 BGH NJW 2012, 2530, 2533 ss. - Médico de la seguridad social.

18 <http://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/bahr-will-korruption-bei-aerzten-unter-strafe-stellen-a-892272.html>

19 BGH NSTZ 2004, 564.

20 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 331 n° marg. 8.

21 *Lackner*, StGB, 27. ed. 2011, § 335 n° marg. 1.

22 BGH NJW 2006, 2050, 2052 - Escándalo de corrupción de Wuppertal.

23 *Lackner*, StGB, 27° ed. 2011, § 331 n° marg. 15.

24 BGHSt 31, 264, 279 - Caso Poullain; BGHSt 48, 44, 49.

25 BGHSt 53, 6, 11 - Caso de Utz Claassen; de otra opinión *Deiters*, ZJS 2009, 578, 580.

26 Cfr. sólo BGH NSTZ 1989, 74.

27 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 332 n° marg. 7 con más referencias.

28 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 332 n° marg. 11.

29 *Korte*, en: Münchener Kommentar StGB, 2006, § 335 n° marg. 8 con más referencias.

30 *Korte*, en: Münchener Kommentar StGB, 2006, § 335 n° marg. 9.

31 *Fischer*, StGB, 60° ed. 2013, § 335 n° marg. 9 con más referencias.

32 BGH NSTZ 1995, 85.

33 BGHSt 46, 321 - Banda.

34 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 335 n° marg. 1.

35 BT-Drs 13/5584 p. 15.

36 *Lackner*, StGB, 27° ed. 2011, § 299 n° marg. 1 con más referencias.

37 Ley de 22 de agosto de 2002 (BGBl. I p. 3387), entre otras materias, para la implementación de la Acción Común contra el soborno en el sector privado, de 22 de diciembre de 1998.

38 BT-Drs 14/8998 p. 9.

39 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 6 con más referencias.

40 *Fischer*, StGB, 60° ed. 2013, § 299 n° marg. 10a.

41 BGH (GS [Gran Senado]) NJW 2012, 2530, 2533 ss. - Médico de la seguridad social.

42 *Kritisch Fischer*, StGB, 60° ed. 2013, § 299 n° marg. 17.

- 43 *Dannecker*, en Nomos Kommentar StGB, 3° ed. 2010, § 299 n° marg. 46b.
- 44 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 2.
- 45 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 19.
- 46 *Fischer*, StGB, 60° ed. 2013, § 299 n° marg. 16 con más referencias.
- 47 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 20.
- 48 BGHSt 49, 214, 228.
- 49 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 25.
- 50 *Dannecker*, en Nomos Kommentar StGB, 3° ed. 2010, § 299 n° marg. 70.
- 51 *Heine*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 299 n° marg. 30 con más referencias.
- 52 *de With*, Kriminallistik 1997, p. 400, 401.
- 53 BT/Drs 12/5927 p. 4.
- 54 *Eser*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 108e n° marg. 4.
- 55 BT-Drs 12/5927 p. 5 ss.
- 56 *Eser*, en Schönke/Schröder, StGB, 28° ed. 2010, § 108e n° marg. 8.
- 57 *Lackner*, StGB, 27° ed. 2011, § 108b n° marg. 3.
- 58 BT-Drs 12/5927 p. 4 s.
- 59 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 108e n° marg. 2.
- 60 *Barton*, NJW 1994, 1098, 1099.
- 61 *Trüg*, en BeckOK StGB, 21° ed. 2012, § 108e n° marg. 13.
- 62 *Barton*, NJW 1994, 1098, 1100.
- 63 BGH NJW 2006, 2050, 2055 - Escándalo de corrupción de Wuppertal.
- 64 *Lackner/Kühl*, StGB, 27° ed. 2011, § 108b n° marg. 1.
- 65 BGHSt 33, 336, 339; crítico *Wohlers*, en Nomos Kommentar StGB, 3° ed. 2010, § 108b n° marg. 1.
- 66 BGHSt 33, 336, 339 s.
- 67 *Müller*, en Münchener Kommentar zum StGB, 2° ed. 2012, § 108b n° marg. 9.

## Argentina

Luis Fernando Niño

Universidad de Buenos Aires<sup>1</sup>

En miras a delimitar el objeto de análisis de este informe, valga señalar apenas, en consonancia con sendos reportes anteriores para esta misma publicación<sup>2</sup>, que hemos de realizar un breve relevamiento de las más importantes figuras penales que en la Argentina abarcan conductas de corrupción, entendiendo por tales aquellas en las que el autor antepone su interés personal o el de un determinado sector al bien común —finalidad última de la función pública—, sea en su carácter de funcionario público<sup>3</sup> o de sujeto privado, afectando —en definitiva— aquella finalidad.

Tal como señalamos reiteradamente en esta publicación, si bien el Código Penal argentino mantiene su vigencia desde 1922, su texto ha sufrido innumerables mutilaciones e injertos, con algunos aciertos y con abundantes yerros, derivados estos últimos de la tendencia parlamentaria a encontrar en la respuesta punitiva la panacea para muy diferentes contextos conflictivos. Si bien en su redacción originaria ya preveía el título “Delitos contra la administración pública”, los distintos tipos penales tradicionales allí estatuidos fueron objeto de distintas reformas, ampliaciones e inclusiones a lo largo de ese extenso período, proceso agudizado a partir de dos hitos normativos de trascendencia: la reforma constitucional de 1994, que introdujo una cláusula, en el texto del nuevo artículo 36, alusivo a la comisión de un delito doloso grave contra el Estado que acarree enriquecimiento<sup>4</sup>, y la ratificación por la República Argentina de la Convención Interamericana contra la Corrupción, a través de la ley 24.759<sup>5</sup>.

En el Título XI del Libro II del referido código de fondo aparecen la mayoría de los tipos penales genéricos vinculados con el concepto amplio de corrupción del que hemos partido:

- a) **Abusos de autoridad, violación de los deberes de funcionario público, etc.:** El artículo 248 establece —conforme la redacción original del código— que será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o ejecutare aquéllas, o no cumpliere con las leyes que le incumban. Se sanciona, pues, el uso abusivo o autoritario de la función pública. En consonancia, el artículo 249 establece pena de multa e inhabilitación especial de un mes a un año para el funcionario público que ilegalmente omitiere rehusare o retardare algún acto de su oficio; el artículo 250 prevé pena de prisión de un mes a dos años, e inhabilitación especial por doble tiempo, para el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente; y el artículo 251 (texto original) conmina con prisión de hasta cuatro años de prisión y ocho de inhabilitación especial, al funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra las órdenes legales de las autoridades de los distintos poderes del Estado.

Mediante dos leyes de reforma más recientes se introdujeron sendas figuras alusivas a este primer epígrafe: el artículo 248 bis, incorporado por ley 25.890<sup>6</sup>, que sanciona con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años al funcionario público que omitiere inspeccionar los lugares vinculados con la cadena de producción y comercialización de productos de origen animal, y el artículo 249 bis, introducido por ley 26.394<sup>7</sup>, que prevé hasta dos años de prisión para los militares que arbitrariamente perjudicaren a su inferior.

**b) Destrucción de prueba:** El artículo 255, conforme a la reforma de la ley 26.388<sup>8</sup>, dispone que será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare prueba; como así también registros o documentos confiados a la custodia pública, con inhabilitación especial por el doble de tiempo si el autor fuere el mismo depositario.

**c) Cohecho y tráfico de influencias:** a partir de las modificaciones impresas al articulado del Código Penal por la Ley de Ética de la Función Pública, registrada bajo el n° 25.188<sup>9</sup>, el cohecho pasivo, abordado en el artículo 256 de aquel plexo normativo, reprime con uno a seis años de prisión 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"; a partir de tal redacción, queda claro que el legislador argentino ha entendido que el grave daño para la administración pública a causa de la venalidad del funcionario debe sancionarse aun en los casos en que se concrete para que el agente lleve a cabo su obligación.

Las mismas penas se prevén en el artículo 256 bis para el tráfico de influencias ejercido por cualquier ciudadano que solicitare o recibiere una dádiva o promesa para "... hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones", elevando a doce años el máximo de la pena de prisión si el objetivo fuere influenciar a un magistrado. Concomitantemente, el artículo 257, dedicado al cohecho pasivo judicial y del Ministerio Público, reprime con prisión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, la conducta del magistrado que recibiere dádivas o aceptare una promesa en relación a asuntos sometidos a su competencia. Cabe destacar que, tam-

bién en los últimos casos reseñados, la solicitud o recepción de la dádiva puede solicitarse por sí o por persona interpuesta.

El artículo 258 establece prisión de uno a seis años para los casos de cohecho activo, vale decir, para los supuestos de codelinuencia a los que ya refieren —aunque sin penarlos, y de ahí la necesidad de la expresa sanción de esta norma— los tres tipos precedentemente relevados<sup>10</sup>.

A su turno, en el artículo 258 bis —según modificación introducida en este caso por la Ley 25.825<sup>11</sup>— se prevé pena de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, para los casos de cohecho activo agravado por estar dirigidos hacia un funcionario público de otro estado o de una organización pública internacional, figura denominada en doctrina 'soborno transnacional'<sup>12</sup>.

Vale acotar que, a partir de una reforma muy anterior a las comentadas, debida a la ley 16648<sup>13</sup>, el artículo 259 sanciona al denominado cohecho impropio con una escala penal sensiblemente menor, caracterizándose este delito porque aquí no se exige la existencia de un contubernio venal<sup>14</sup>.

**d) Malversación de caudales públicos:** En la figura penal del artículo 260 (según texto original) se reprime con inhabilitación especial de un mes a tres años, al funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, con más una multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída, en caso de resultar daño o entorpecimiento del servicio al que estuvieran destinados. Mediante la ya citada ley 16648, la pena de prisión eleva sus topes de dos a diez años en el caso de peculado, esto es, el del funcionario público que directamente sustrajere caudales o efectos que estuvieren a su cargo, o bien empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

**e) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas:** Conforme a las modificaciones introducidas por la ya mencionada ley 25188, el tipo del art. 265 del Código Penal reserva pena de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, al funcionario público que se interesare en miras de un beneficio, en cualquier contrato u operación en que intervenga por su cargo<sup>15</sup>.

**f) Exacciones ilegales:** Por obra de la misma ley de Ética Pública, el art. 266 establece prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cin-

co años para el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar una dádiva o cobrarse mayores derechos que los que corresponden. El art. 267 agrava las penas —hasta cuatro años la de prisión y hasta seis la de inhabilitación— si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima; mientras que el 268 hace lo propio con el funcionario público que obtuviera provecho de las exacciones, correspondiendo aclarar que las dos figuras precitadas provienen del texto original.

g) **Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados**<sup>16</sup>: El art. 268, debido a la reforma de la ley 16.648, establece prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para 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. En el apartado (2) del mismo precepto, en virtud de las reformas introducidas por la nombrada Ley de Ética Pública, el enriquecimiento ilícito propiamente dicho aparece sancionado con pena de prisión de dos a seis años, multa e inhabilitación absoluta perpetua para el funcionario público 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.

Un problema creado por esta figura es el de la presunción de ilicitud del incremento del patrimonio producido durante el desempeño de la función pública y —por ende— una suerte de inversión de la carga de la prueba hacia el imputado; no obstante ello, el recaudo del legislador, al demandar que el crecimiento patrimonial de un funcionario público resulte apreciable, conduce a la doctrina a relativizar aquel óbice, por entender que sólo un significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante la función dé lugar a la operatividad de la figura, salvo que ello pueda ser razonablemente justificado por el hipotético sujeto activo. Además, la crítica desbarataría en cierta medida la propia exigencia de declaraciones juradas patrimoniales a los funcionarios públicos, establecida conforme la misma ley de ética en el ejercicio de la función pública. Por último, en el artículo 268 (3) se prevé prisión de quince días a dos años e inhabili-

tación especial perpetua para el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. En la misma pena incurre el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener.

h) **Denegación y retardo de justicia** De acuerdo con la redacción original, en el art. 273 se establece pena de inhabilitación absoluta de uno a cuatro años para el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, o bien retardare maliciosamente la administración de justicia después de exigido por las partes y de vencidos los términos legales.

i) **Omisión de persecución penal** Como una suerte de contracara del delito anterior, en el art. 274 se pune con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, "... dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes.". También en este caso el texto se mantuvo sin cambios desde la entrada en vigor del código.

j) **Encubrimiento en el ejercicio de la función pública**: La ley 26.683<sup>17</sup>, sobre cuyo complejo articulado regresaremos más adelante, modificó el artículo 279 del C.P., estableciendo como inciso 3° que cuando el autor de los distintos tipos de encubrimiento establecidos en el art. 277 del mismo cuerpo de leyes fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, se impondrá pena de inhabilitación especial de tres a diez años, además de la pena de prisión prevista en el tipo básico, que es de seis meses a tres años, doblada en su mínimo y su máximo por revestir, precisamente, tal calidad. Se extendió la misma pena al que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial; y se estatuyó que lo dispuesto rige aun cuando el delito encubierto hubiere acontecido en el extranjero, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado allí sancionado (art. cit., inc. 4°). Aunque en un tono menor, merece cita el artículo 277 bis, que conmina con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los pro-

ductos obtenidos, conociendo su origen ilícito. El precepto fue añadido por ley 25890<sup>18</sup>

k) **Trata de personas:** La legislación actual en la materia se ajusta a lo establecido por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, puesto recepta dos hipótesis delictivas: la trata de personas mayores y menores de edad<sup>19</sup>. El artículo 145 bis del Código Penal (según ley 26.364<sup>20</sup>), establece: “El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres a seis años”. Lo destacable en este reporte es que, entre las agravantes por la condición del autor, se prevé pena de cuatro a diez años de prisión para el funcionario público, sin exigirse que el hecho sea cometido en el cumplimiento de sus funciones.

La trata de personas menores de 18 años fue incluida en el artículo 145 ter del Código Penal, imponiendo pena de seis a quince años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece años, y de cuatro a diez años para los restantes casos. Desde ya que aquí no se exigen las modalidades comisivas de las que habla el art. 145 bis atento la minoridad de las víctimas, pasando a convertirse en circunstancias agravantes, con una escala de diez a quince años de prisión. Esa última escala punitiva es la que se establece para el caso que el autor —al igual que en el artículo anterior— sea funcionario público.

l) **Lavado de activos:** La legislación de la Argentina, hasta el año 2000, apenas aludía a este delito, figurando en el artículo 25 de la ley 23737<sup>21</sup>, relativo a la tenencia y tráfico de sustancias psicoactivas, que describía la receptación sospechosa en casos de narcotráfico”. En aquel año se sancionó la ley 25246<sup>22</sup>, que modificó el Código Penal y creó la **Unidad de Información Financiera (UIF) como autoridad de control del lavado de dinero**. Finalmente, en junio del 2011 se sancionó la ya citada ley 26.683, que creó el delito de **lavado de activos, incorporando al código el título XIII, rotulado “Delitos contra el orden económico y financiero”**.

El artículo 303, inciso 1, del Código Penal sanciona tal especie delictiva con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, estableciendo como conducta típica la de quien “... convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil..., sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.”<sup>23</sup>. En el inciso 2 se establecen distintas agravantes —que incrementan la escala penal en un tercio del máximo y la mitad del mínimo— incluyendo, junto a la habitualidad y la participación en una banda, el carácter de agente público o privado con habilitación especial, si el hecho se hubiere cometido en el ejercicio de esas funciones<sup>24</sup>. Entre otros institutos relativamente novedosos para el orden jurídico argentino, la ley de marras habilita **la figura del “arrepentido”**, para quien se prevé una reducción de pena al mínimo legal, permitiendo su excarcelación, y la de **los testigos de identidad reservada**. Finalmente, en el inciso 3 se reprime al que “... recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito ...”, con una pena de prisión de seis meses a tres años.”.

Continuando con las innovaciones, de acuerdo a lo normado en el artículo 304, cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se imponen a la entidad distintas sanciones conjunta o alternativamente<sup>25</sup>.

El artículo 305 del Código Penal habilita al juez a adoptar desde el inicio las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, y disposición de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con estos delitos de lavado.

Finalmente, cabe resaltar, a los efectos de este informe, que el artículo 8º de la mentada ley 26.683 establece que la Unidad de Información Financiera (UIF) es la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el delito de lavado de activos proveniente de la comisión de diversos delitos, tales como los relacionados con el

tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes, el contrabando de armas y de estupefacientes, los relacionados con las actividades de una asociación ilícita, incluyendo las terroristas, delitos contra la Administración Pública, delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, de financiación del terrorismo, de extorsión, delitos tributarios y de trata de personas, entre otros.

Para concluir, desde un punto de vista estrictamente dogmático, cuadra señalar, de cara al derecho positivo argentino, que la existencia de diversos elementos normativos de recorte del tipo objetivo, tales como los configurados por los adverbios „ilegalmente“ o „ilícitamente“, unidos a la ausencia de variantes culposas de las figuras de corrupción pública o privada, ocasionan atipicidad ante la concurrencia de errores vencibles, principalmente por parte de funcionarios públicos, en contextos de gran nocividad social. Desde una perspectiva político-criminal, huelga apuntar que la corrupción es un fenómeno tan complejo y dinámico que no parece juicioso confiar su reducción exclusivamente a la ley penal y al recto funcionamiento de las agencias del control social formal.

### Notas

1 Los abogados Teresita y Juan Carlos Seco Pon, destacados funcionarios de la Defensoría General de la Nación, colaboraron en la recolección de datos y confección del primer borrador de este informe.

2 V. entre otros, el Informe sobre Argentina acerca del “Tratamiento jurídico penal de la corrupción política y administrativa”; en Revista Penal, enero 1999, pp 127.

3 En su artículo 77 (según ley 26.733), el Código Penal argentino establece que “Por los términos funcionario público y empleado público ... 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.”

4 Art. 36 CN: “...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

5 Publicada en el B.O. de 27/11/95. Cabe señalar que el **artículo VI de dicho instrumento reza textualmente así:** “1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese

funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, 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.”; esto, sin perjuicio de otros actos que la legislación interna pueda prohibir por considerarlos actos de corrupción.

6 B.O. 21/5/04.

7 B.O. 29/8/08.

8 B.O. 25/6/08.

9 B.O. 1º/11/99.

10 “...el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”.

11 B. 11/12/03.

12 “...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.”

13 B.O. 18/11/64.

14 “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”.

15 La regulación se extiende a los agentes privados relacionados: “Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.”

16 Cabe apuntar aquí que en el texto original del código de referencia no se trataba el enriquecimiento de funcionarios; sólo en 1964, la tantas veces recordada ley 16.648 comenzó la tarea de legislar en torno de tan importante tópico.

17 B.O. 21/6/11.

18 B.O. 21/5/04.

19 Como es sabido, el artículo 3º del Protocolo de Palermo establece: “Por „trata de personas“ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de

una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará „trata de personas“ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

20 B.O. 30/4/08.

21 B.O. 11/10/89.

22 B.O. 10/5/00.

23 En el inciso 4 del mismo artículo se establece que si el valor de los bienes no superare la suma indicada, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis meses a tres años.

24 En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años.

25 Son ellas: 1. Multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años. 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.”.

## Brasil

**Prof. Dr. Alexis Couto de Brito**

*Universidade Mackenzie - San Pablo*

A corrupção seja, talvez, a pior mazela da sociedade brasileira. Em um país de tantas riquezas, a corrupção que de fato é sistêmica compromete qualquer possibilidade de que as instituições públicas ou privadas promovam seus objetivos. E quanto mais a corrupção é mantida, mais se mantém as desigualdades sociais e em um círculo vicioso, o sistema se autorreproduz quase que em uma cadencia infinita. Antes, pior do que a corrupção fática, o sentimento de que para tudo o que se quer fazer existe um “jeitinho brasileiro” —em uma alusão direta e enraizada da corrupção— faz com que poucas pessoas tenham orgulho de serem honestas, e até mesmo sintam vergonha de demonstrar serem cumpridoras das leis. Esperto é aquele que encontra um jeito de burlar o sistema, e tolo o que não o faz.

Isto não se deve à tipificação penal das condutas ligadas à corrupção. Historicamente, o Brasil sempre teve em seus Códigos penais previsões expressas sobre peculato, peita, suborno, ou meso corrupção. E é interessante perceber que com o passar dos anos, as penas foram sendo majoradas diante da mudança de mentalidade por parte do legislador que indica uma maior tomada de consciência de que o assunto merece uma maior atenção do ponto de vista penal. O crime de peita, por exemplo, que hoje é tipificado como corrupção passiva (receber o funcionário quantia em dinheiro), que em 1830 possuía uma pena máxima de 9 (nove) meses de prisão, atualmente possui pena máxima de 12 (doze) anos de prisão.

Um sistema político corrompido provoca um colapso de todo sistema social, pois políticos candidatam-se não para representar seus eleitores, mas para conseguirem vantagens indevidas pelo exercício do cargo. Funcionários públicos buscam os concursos não por vocação para servir a coisa pública, mas sim para obter outras vantagens, e pouco se interessam ou reivindicam em termos de salários. E os órgãos superiores não se preocupam em pagar salários dignos, porquanto sabem que o funcionário terá como complementação de seu salário a propina que será de fato paga pelo interessado.

No ano de 2012, um passo foi tomado em sentido contrário, ainda que não da melhor forma, já que muitos erros podem ser apontados tanto do ponto de vista dos preceitos dogmáticos quanto das garantias processuais. No julgamento do maior caso de corrupção do país (STF, AP 470), no qual mandatários do executivo federal pagavam valores mensais para que membros do parlamento aprovassem seus projetos de lei, 25 políticos foram condenados a penas que variam entre 3 e 40 anos de prisão pelos crimes de corrupção, quadrilha, lavagem de dinheiro e peculato.

## Sistemas internacionais

O Brasil participa dos sistemas global e regional de combate à corrupção. Por meio do Decreto Federal nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, o Brasil adotou como lei ordinária interna a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, a qual assinou em 9 de dezembro de 2003. Aderiu ainda à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Para atender à Convenção, o Código Penal brasileiro foi alterado pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescentando àquele diploma

legal, no Título XI, o Capítulo II-A, com a inclusão dos crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional<sup>1</sup>, tráfico de influência em transação comercial internacional<sup>2</sup>, e definiu a condição de funcionário público estrangeiro<sup>3</sup>.

No sistema interamericano o Brasil assinou a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, adotada em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996, e que entrou em vigor em 3 de junho de 1997, conforme o artigo XXV daquele texto, sendo que, quando da ratificação, com reserva apenas ao XI, 1, c. A ratificação ocorreu pelo Decreto Legislativo nº 152/2002, de 25 de junho de 2002 e, posteriormente, com o Decreto Federal nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, consolidou-a no ordenamento pátrio.

### Lei penal e corrupção pública

A corrupção *lato sensu* está prevista no código penal brasileiro de 1940, essencialmente em três tipos penais: corrupção ativa<sup>4</sup>, corrupção passiva<sup>5</sup>, e concussão<sup>6</sup>. As duas primeiras criminalizam a conduta de particulares (ativa) e funcionário público (passiva) que, em comum acordo, afetam o interesse público na administração regular da coisa pública por praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A concussão criminaliza o comportamento do funcionário público que exige (constrange) um particular a entregar alguma quantia em dinheiro, ainda que não pratique um ato em desacordo com a Lei. As penas variam entre 2 a 12 anos de prisão, mais a pena de multa. Existe ainda um tipo específico para a corrupção da testemunha, perito, contador ou interprete para falsear ou omitir a verdade<sup>7</sup>. Sobre os tipos de corrupção, a ausência do comportamento de *aquiescer* ou *concordar em receber* é o que mais gera discussão entre os comentaristas. Para alguns, o simples fato do funcionário público concordar em receber a quantia já deveria configurar o delito de corrupção.

Além dos tipos tradicionais previstos no Código penal, a legislação extravagante também possui outras referências à corrupção.

A lei que trata dos *delitos fiscais* (8.137/90) traz os mesmos comportamentos da corrupção e da concussão, mas com penas que variam entre 3 a 8 anos, sem aparente motivo para o patamar mínimo ser inferior ao previsto para a corrupção em geral<sup>8</sup>. O Código Eleitoral (Lei 4.737/65) em seu artigo 299 configura a corrupção para dar ou obter voto em *processo eleitoral*<sup>9</sup>.

### Lei penal e corrupção privada

No setor privado, o mais próximo da corrupção pode ser encontrado nos artigos art. 195, IX e X, da

Lei n. 9.279/96<sup>10</sup>. Neste diploma, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, temos a concorrência desleal daquele que oferece dinheiro ao empregado do concorrente para que este lhe ofereça alguma vantagem faltando com o dever inerente ao seu empregador. Um tipo penal não tão abrangente como o art. 286 bis do Código Penal Espanhol, mas que se aplica às situações contidas neste tipo penal.

A mais recente abordagem da corrupção no setor privado aconteceu com a alteração do Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/03) pela Lei 12.299/2010 que, a partir de um escândalo envolvendo árbitros de futebol e manipulação de resultados, criou dois tipos penais específicos para punir tanto aquele que recebe quantia para alterar ou falsear o resultado de competição (art. 41-C)<sup>11</sup> quanto àquele que oferece a quantia (art. 41-D)<sup>12</sup>.

### Direito Administrativo

Além do âmbito penal, outro instrumento administrativo tem sido muito eficaz no tratamento do assunto. O Brasil possui uma lei que atua no plano administrativo, Lei 8.429 de 2 de junho de 1992, e que pune com rigor os fatos de enriquecimento ilícito com prejuízo ou não para a Administração, ou mesmo pelo simples descumprimento dos princípios de boa administração (probidade, eficiência, impessoalidade, legalidade e publicidade). O destaque fica para a possibilidade de punição administrativa pela aquisição do funcionário público, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, o que vem sendo tratado como enriquecimento ilícito. Como consequência prevista na lei, a previsão de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de até dez anos.

### Legislação projetada

Sobre o assunto existe uma proposta de alteração do Código Penal vigente que pretende incluir um tipo penal de enriquecimento ilícito (art. 277): “adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou

usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito. Pena - prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave. Pena - prisão, de um a quatro anos”. Com relação a este tipo muito se comenta sobre sua inconstitucionalidade, pois há evidente inversão do ônus da prova e da atividade acusatória do Estado.

Há ainda a previsão de um tipo de corrupção entre particulares (art. 167), com a seguinte redação: “exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida para favorecer a si ou a terceiro, a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições”.

O projeto de Código Penal, contudo, ainda está em discussão e não tem previsão alguma de ser aprovado.

No plano civil, outro projeto de lei, que prevê a responsabilidade objetiva de empresas por atos de corrupção praticados por seus dirigentes e funcionários, foi aprovado em comissão especial da Câmara dos Deputados. Diz o futuro texto que as empresas que se beneficiarem das condutas ilícitas ficam sujeitas a sanções que vão desde multas de 0,1% a 20% de seu faturamento bruto, perda de seus bens e suspensão ou interdição de suas atividades, podendo chegar à pena de dissolução.

## Notas

1 Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

2 Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado à transação comercial internacional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada em metade se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro

3 Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas

controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

4 Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

5 Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

6 Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

7 Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

8 Lei 8.137/90, art. 3º, II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

9 Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e multa.

10 Lei 9.279/96, art. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; [...]. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

11 Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

12 Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

## Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

### 1. Aspectos jurídicos

La regulación legal relacionada con los delitos de corrupción en el sector público y privado en Costa Rica la encontramos en dos cuerpos legales que son el Có-

digo Penal y una ley especial llamada “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito” que data del año 2004.

En el primero de aquellos cuerpos legales y ubicados en el Título XV llamado “Delitos contra los Deberes de la Función Pública” específicamente en las secciones II a VI encontramos las siguientes figuras que por razones de espacio solamente se identifican con el número correspondiente al artículo anotándose la sanción penal que se le asigna a cada uno.

#### *Sección II Corrupción de Funcionarios.*

Artículo 340. **Cohecho impropio** (6 meses a 2 años de prisión), Artículo 341. **Cohecho propio** (2 a 6 años de prisión e inhabilitación de 10 a 15 años), Artículo 342. **Corrupción agravada** (1 a 5 años o 3 a 10 años de prisión), Artículo 343. **Aceptación de dádivas por un acto cumplido** (las penas de los artículos 340 y 341 menos un tercio), Artículo 344. **Corrupción de jueces** (4 a 12 o 4 a 8 años de prisión), Artículo 345. **Penalidad del corruptor** (remite a las penas de los 5 artículos anteriores según sea el caso), Artículo 346. **Enriquecimiento ilícito** (6 meses a 2 años de prisión), 347. **Negociaciones incompatibles** (1 a 4 años de prisión).

#### *Sección III Concusión y exacción.*

Artículo 349. **Exacción ilegal** (1 mes a 1 año de prisión).

#### *Sección IV.*

Artículo 350. **Prevaricato** (2 a 6 años o 3 a 15 años de prisión).

#### *Sección V Peculado y malversación.*

Artículo 354. **Peculado** (3 a 12 años de prisión), Artículo 355. **Facilitación culposa de subtracciones** (30 a 150 días multa), Artículo 356. **Malversación** (1 a 8 años de prisión), Artículo 356bis. **Peculado y malversación de fondos privados** (remite a las penas de los 3 artículos anteriores según sea el caso), Artículo 357. **Demora injustificada de pagos** (30 a 90 días multa).

En la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito encontramos en su capítulo 5 (Delitos) las siguientes figuras penales que por razones de espacio solamente se identifican con el número correspondiente al artículo anotándose la sanción penal que se le asigna a cada uno.

Artículo 45. **Enriquecimiento ilícito** (prisión de 3 a 6 años), Artículo 46. **Falsedad en la declaración jurada** (prisión de 6 meses a 1 año), Artículo 47. **Receptación, legalización o encubrimiento de bienes** (prisión de 1 a 8 años), Artículo 48. **Legislación o administración en provecho propio** (prisión de 1 a 8 años), Artículo 49. **Sobreprecio irregular** (prisión de 3 a 10 años).

Artículo 50. **Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados** (prisión de 2 a 8 años), Artículo 51. **Pago irregular de contratos administrativos** (prisión de 1 a 3 años), Artículo 52. **Tráfico de influencias** (prisión de 2 a 5 años), Artículo 53. **Prohibiciones posteriores al servicio del cargo** (multa de 100 a 150 días multa), Artículo 54. **Apropiación de**

**bienes obsequiados al Estado** (prisión de 1 a 2 años), Artículo 55. **Soborno transnacional** (prisión de 2 a 8 años), Artículo 56. **Reconocimiento ilegal de beneficios laborales** (prisión de 3 meses a 2 años), Artículo 57. **Influencia en contra de la Hacienda Pública** (prisión de 2 a 8 años), Artículo 58. **Fraude de ley en la función administrativa** (prisión de 1 a 5 años), Artículo 59. **Inhabilitación** (además de la pena principal se podrá inhabilitar para el desempeño de empleo, cargo o comisiones públicas incluso los de elección popular por un período de 1 a 10 años tanto a autores, como a coautores o cómplices).

Artículo 60. **Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas** (prisión de 3 a 5 años), Artículo 61. **Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito** (pérdida, en favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito).

## 2. Aspectos criminológicos

Desde mediados del siglo XIX y con posterioridad a un conflicto armado interno que en Costa Rica conocemos como la “Guerra Civil del 48” se entronizaron en nuestro país las tesis políticas de corte socialdemócrata que se tradujeron en un modelo de desarrollo económico con énfasis en lo social construyéndose lo que podemos llamar un estado de bienestar.

Heredando el marco jurídico instalado desde inicios de los años 40 por el grupo perdedor de aquel conflicto armado (marco jurídico constituido por la normativa constitucional de las “Garantías Sociales” que no sólo habían universalizado la seguridad social sino que además reconocían normas mínimas humanitarias y económicas para los trabajadores en su relación laboral), el grupo vencedor del conflicto honrando una corriente de pensamiento que desde inicios del siglo pasado había cristalizado la creación de una banca nacionalizada y una participación monopólica del Estado en el mercado de los seguros comerciales aprovechó lo que se llamó la Fundación de la Segunda República para echar a andar ese modelo de desarrollo que se sustentó sobre la injerencia marcada del Estado como participante único o preponderante en actividades estratégicas del mercado.

Surge así el Instituto Costarricense de Electricidad que maneja con carácter monopólico las telecomunicaciones y con una mínima competencia la producción y distribución de la electricidad; se crean sociedades comerciales y empresas como “Transportes Metropolitanos Sociedad Anónima”, “Corporación Costarricense de Desarrollo” y “Refinadora Costarricense de Petróleo” que regulan temas como el transporte público y la distribución de combustibles; se mantienen —como ya

dijimos— los principios de la banca en manos del estado y el manejo del mismo de los seguros comerciales; y se fortalece en manos estatales el manejo de la seguridad alimentaria a través del “Consejo Nacional de la Producción” y la construcción de obra pública a través del “Ministerio de Obras Públicas y Transportes”.

Este panorama cambia conforme se acerca el fin de ese siglo pasado. Es así como hacia la década de 1980 que los gobiernos de la época —cuando curiosamente se encontraron en manos de la misma estructura partidaria socialdemócrata (Partido Liberación Nacional) surgida a partir del citado conflicto armado—, dan un giro a este modelo económico inclinándose por lo que se llamó el nuevo modelo de sustitución de las importaciones propiciándose el abandono de las tradicionales estructuras de producción agrícola a cambio de la creación de empresas dedicadas a la producción para el mercado exterior de productos manufacturados. Este modelo se apuntala con el ingreso de créditos económicos externos llamados “Préstamos de Ajuste Estructural” y se articula internamente con la creación de una serie de ventajas fiscales para quienes se matriculen con el nuevo modelo, ventajas como la concesión de exoneraciones y la creación de zonas francas.

El siguiente paso en esta dirección lo fue el desmantelamiento o contracción del estado, proceso que podría decirse se inicia con la ruptura del modelo de banca estatalizada ingresando en ese ramo la iniciativa privada; para posteriormente —y ya en lo que son los inicios de este siglo XX— continuar con la apuesta por la liberalización de prácticamente todos los sectores del mercado a través de la firma de los llamados “Tratados de Libre Comercio” especialmente el firmado con los Estados Unidos.

Con la firma de este acuerdo se rompe el monopolio estatal de las telecomunicaciones y de los seguros comerciales y se termina de desmejorar la situación de los productores nacionales de granos básicos y otros productos alimentarios que todavía venían siendo protegidos a través de disposiciones como las subvenciones estatales, la conservación de cuotas de importación y otro tipo de salvaguardias.

Principal mención merece la creación del llamado Consejo Nacional de Concesiones, ente estatal encargado del manejo del otorgamiento a manos privadas de la construcción de obras de infraestructura de especial interés e importancia mediante la figura de la concesión, pudiéndose citar a manera de ejemplo la construcción de una cárcel privada (obra en la que el estado perdió el interés luego de la oposición que en instancias legales llevara a cabo la Defensoría Nacio-

nal de los Habitantes), la remodelación y operación de algunos puertos y del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, la construcción de una muy importante vía nacional conocida como “Carretera a Caldera”, y la construcción de otra obra similar llamada “Carretera a San Ramón” (iniciativa que termina siendo desistida ante la oposición popular en las calles).

Este marco teórico de referencia nos parece necesario para hacer ver que en el estado actual de la cosa pública en Costa Rica ante la pujante preponderancia que en la economía tiene el sector privado y la injerencia suya en el manejo de la cosa pública el tema de la corrupción en el sector privado —y ya no sólo en el sector público— resulta del mayor interés y de toda complejidad para el abordaje sociológico y específicamente para el criminológico.

De hecho desde hace ya más de una década la escena política nacional y el escenario judicial vienen siendo copados por las incidencias de varios procesos judiciales penales en que se investigan casos de corrupción bajo la forma de desvíos y malversaciones de fondos públicos, tráfico de influencias, pago de sobornos y enriquecimiento ilícito.

De entre los más sonados podemos señalar el conocido como Fraude al Fondo Nacional de Emergencias relacionado con el manejo de dineros públicos destinados al auxilio de sectores carenciados y afectados por desastres naturales o infortunios particulares, el llamado Caso Caja Fischell asociado a la relación comercial de suministro y compra de medicamentos entre la institución pública encargada de la seguridad social que es la Caja Costarricense de Seguro Social y una empresa privada farmacéutica como es la compañía Fischell, y el denominado Caso ICE-Alcatel en que se discuten sobornos y tráfico de influencias en relación con la adjudicación de una licitación promovida por la empresa estatal de las telecomunicaciones (ICE) a la empresa privada transnacional del mismo ramo (Alcatel).

En estos casos se han visto involucradas figuras políticas y personeros públicos del más alto nivel, habiendo sido procesados y enjuiciados no sólo asesores o mandos medios de las instituciones involucradas sino incluso dos expresidentes de la república.

A estos asuntos debidamente judicializados habría que agregar la existencia de múltiples denuncias públicas siempre sobre casos de corrupción y la integración de varias comisiones políticas de la Asamblea Legislativa (Congreso) para el estudio de las mismas, específicamente relacionadas con la construcción de obra pública bajo la modalidad de concesión como el caso de las ya mencionadas vías a Caldera (efectivamente

ejecutada por una empresa privada) y a San Ramón (que como se dijo fue desistida por el Estado). No puede omitirse mencionarse el caso de la llamada popularmente “Trocha” que se refiere a una serie de anomalías e inconsistencias en la adjudicación de recursos para la construcción de una carretera cerca de la zona limítrofe con Nicaragua y que se tramitó bajo una modalidad especial de contratación entre el Estado y particulares por encontrarse de por medio una alegada cuestión de seguridad nacional.

Obsérvese como en cada uno de estos casos se encuentra de por medio un tema de aquellos que se mencionaron como esenciales en lo que fue originalmente la construcción y luego el posterior dismantelamiento del estado de bienestar: la seguridad social, las telecomunicaciones y la construcción de obra pública.

En el manejo judicial y de la información publicada de estos procesos se han puesto de manifiesto una serie de situaciones que desde hace mucho tiempo viene señalando la criminología al referirse al delito de los poderosos y que tiene que ver con lo que se identifican como trabas que en diferentes niveles encontramos para el juzgamiento de este tipo de procesos.

Podemos señalar por una parte la consideración social que sobre el tema existe ya no en el sentido de que la población preste poca atención al tema o que no esté sensibilizada sobre el daño que el mismo produce, sino en el sentido de que se valora diferentemente al funcionario público y al personero privado que se involucrado en casos de corrupción. Mientras que el primero es severamente sancionado en el imaginario colectivo y se confunde su mala actuación individual como si fuera un rasgo de la idiosincrasia de la actividad estatal y de la función pública, en cuanto al funcionario privado la consideración es casi de tolerancia y al fin de cuentas no deja de verse a lo sumo como el aprovechamiento de una facilidad que debe abordarse desde el punto de vista de la sagacidad comercial.

Por otro lado la complejidad de las investigaciones, la escasez de recursos por parte del ente acusador y los problemas de definición de una política de persecución criminal del delito de cuello blanco se ha visto reflejada en prescripción de acciones penales, recalificación de delitos acusados y sancionados una vez que los asuntos llegan a las últimas instancias jurisdiccionales (tribunales de apelación y casación) y problemas de validez de los elementos probatorios que se han usado para sustentar las acusaciones como por ejemplo pruebas recopiladas en el extranjero o utilización de lo que se conoce como “testigo de la corona”.

Esto último de la mano de lo que han venido siendo las Campañas de Ley y Orden propiciadas por las empresas de trasiego masivo de la información han redundado en un desprestigio de la respuesta y del trabajo jurisdiccional frente al mal de la corrupción.

## España

**Prof. Dra. Elena Núñez Castaño**

*Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*

### I. INTRODUCCIÓN

Los escándalos de corrupción que han ido produciéndose en nuestro país en los últimos años<sup>1</sup>, han tenido una influencia directa en la regulación de esta materia realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en virtud de la cual se modifica el Código penal de 1995, y que implica una importante reforma de los supuestos de “corrupción”<sup>2</sup> de nuestra legislación penal, que contribuye a mejorar la caótica y confusa regulación anterior, al tiempo que añade nuevas figuras delictivas e incrementa las penas de las ya existentes, fundamentalmente en relación con el delito de cohecho.

Así, la LO 5/2010, ha supuesto un profundo cambio en esta materia, cuyas novedades más importantes pueden concretarse en los siguientes términos<sup>3</sup>:

- *Simplificación de los delitos de cohecho*: se prescinde del excesivo casuismo de modalidades típica, introduciendo una unificación de las mismas, que se clasificarán tomando como punto de referencia si el acto u omisión realizados es o no contrario a los deberes del cargo.
- *Introducción de nuevas figuras delictivas*, como el delito de corrupción entre particulares, que castiga aquellos actos similares al cohecho y dirigidos a corromper a los administradores de empresas, lesionando con ello la competencia legal. Así mismo se tipifican los comportamientos más graves de corrupción en el deporte.
- *Ampliación del objeto material del delito*, esto es, relativo a la obtención de *dádivas, favores o retribuciones*, de manera que permita zanjar el problema relacionado con la admisibilidad de ventajas inmateriales y sin valor económico, siendo factible, según la nueva regulación que se trate de *retribuciones de cualquier clase*. Con ello, no sólo comprenden las valorables económicamente, sino cualquier otra ventada de contenido patrimonial o personal (incluidas las de

carácter sexual, un premio académico, la promoción política, etc.)<sup>4</sup>

- *Aumento de las penas*, que no sólo implica una agravación de las mismas, de manera que todos los delitos de cohecho llevan aparejada pena de prisión, sino la equiparación de las penas de funcionarios y particulares.
- *Introducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

## II. LAS FIGURAS DE CORRUPCIÓN EN PARTICULAR

Tal como hemos señalado, los comportamientos respecto de los cuales se ha producido una modificación esencial por la LO 5/2010, han sido los delitos de cohecho, la corrupción entre particulares, y la corrupción en el deporte.

### 1. Los delitos de cohecho

Es preciso distinguir dos clases de cohecho en función de la cualidad del autor del comportamiento: el cohecho *pasivo* y el cohecho *activo*. El cohecho pasivo es aquel realizado por una autoridad o funcionario público que solicita, acepta o recibe un soborno, mientras que el cohecho activo se refiere a aquellos supuestos en los que el autor es un particular que ofrece o entrega la dádiva, favor o retribución. Se trata, por tanto, de dos caras de la misma moneda.

Así, tras la reforma, las modalidades de cohecho pasivo se reducen a cuatro contenidas en los art. 419, 420, 421 y 422 del Código penal, y se simplifica enormemente la regulación del cohecho activo, constituyéndose como delito autónomo en el art. 424 del Código penal.

#### 1.1. Cohecho pasivo:

Podemos señalar varios aspectos comunes en relación con las modalidades típicas del cohecho pasivo. En primer lugar, el *sujeto activo* del delito que lo debe ser la autoridad o funcionario público<sup>5</sup>; en segundo lugar, el *objeto material del delito* lo constituye la dádiva, favor o retribución de cualquier clase; y en tercer lugar, la *conducta típica*, en todas sus modalidades consiste en recibir, solicitar o aceptar el ofrecimiento o promesa. La diferencia entre las distintas figuras delictivas, radica, por tanto, *en la naturaleza del acto que se realiza*. Así, se diferencian:

*A. Acto contrario a los deberes inherentes al cargo (cohecho pasivo propio)*: se contiene en el art. 419 del

Código penal, y aglutina bajo una única forma delictiva aquellos comportamientos en los que la ventaja o promesa es la contrapartida de la realización de un acto injusto, contrario a los deberes inherentes al cargo, con independencia de que el mencionado acto se derive de una acción o de una abstención del funcionario (no realización o retraso injustificado del acto que debiera practicar)<sup>6</sup>. Es preciso que el acto contrario al deber se realice por el funcionario en el ejercicio de su cargo, con lo que resultarían atípicas a estos efectos aquellas actividades que queden al margen de su ámbito competencial.

*B. Acto propio del cargo (cohecho pasivo impropio)*: se contiene en el artículo 420 del Código penal y es una de las modalidades de cohecho impropio. En este caso se trata de un acto lícito o conforme a derecho, pero que sirve para dar cobertura a aquellos casos en los que la autoridad o funcionario público se comprometen, a cambio de una ventaja, a adoptar un acto propio del cargo cuya valoración no vulnera el derecho administrativo. Encuentra su principal fundamento en aquellas actuaciones administrativas de naturaleza discrecional, o en los supuestos de agilización de determinados procedimientos o trámites.

*C. Cohecho subsiguiente*: se contiene en el art. 421 del Código penal, y son aquellos supuestos en los que el comportamiento típico se realiza con posterioridad a la ejecución del correspondiente acto por parte de la autoridad o funcionario público, ya sea este un acto contrario a sus deberes (art. 419) o un acto propio de su cargo (art. 420). El fundamento de la tipificación de este comportamiento radica en la existencia de un *pacto corrupto previo* ente el particular y el funcionario público que parece presumirse en el tipo penal<sup>7</sup>.

*D. Admisión de dádivas en consideración a su cargo o función (cohecho pasivo impropio o cohecho de facilitación)*: se encuentra recogido en el art. 422 del Código penal. A diferencia de los demás supuestos, la entrega de la dádiva o regalo no se basa en la realización por parte de la autoridad o funcionario de un acto administrativo, sino que su fundamento se encuentra en el cargo, función o puesto que ocupa, y en la capacidad de influencia que de ella pudiera derivarse. Se incriminan situaciones en las que se establece una relación entre el funcionario y el particular con el objetivo de predisponer favorablemente aquel respecto de éste, sin referirse a ningún acto concreto, sea justo o injusto. Realmente, de lo que se trata es de “preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la Ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o

forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente regida por las reglas del estado de derecho<sup>78</sup>. La redacción de este precepto facilita enormemente su prueba, dado que no resulta preciso acreditar la existencia del pacto corrupto que determine una conexión causal entre la dádiva o recompensa, y el acto realizado por el funcionario.

## 1.2. Cohecho activo:

La reforma realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, reunifica todos las modalidades de cohecho activo, esto es, aquellas conductas realizadas por el particular en un único artículo, el 424 del Código penal. De este modo, se equipara la responsabilidad del particular con la del funcionario en el delito de cohecho. Lo cual implica que la *conducta típica* consiste en ofrecer o entregar la dádiva, favor o retribución a la autoridad o funcionario público, respecto de las modalidades de cohecho pasivo previstas en los arts. 419 a 422 del Código penal. De este modo, la responsabilidad de los dos sujetos intervinientes en el cohecho (funcionario y particular) correrá paralela.

## 2. Corrupción entre particulares

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce una figura delictiva absolutamente novedosa en la legislación española, y que se ha denominado *corrupción entre particulares* o *corrupción en el sector privado*, recogida en el art. 286 bis del Código penal. La razón de la introducción de este nuevo tipo delictivo, hasta el momento desconocido en nuestra legislación legislativa<sup>9</sup>, estriba en la necesidad de dar respuesta a las exigencias de instancias supranacionales, principalmente de la Unión Europea. En concreto, la reforma se deriva de la “transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de Julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”. Sobre esta base, se crea el delito de “*corrupción entre particulares*”, cuyos elementos analizaremos de forma breve.

### 2.1. Bien jurídico protegido

Según la Exposición de Motivos la Ley Orgánica 5/2010, el objeto de protección de este nuevo tipo delictivo, sería la *competencia leal*. En concreto afirma que la mentada Decisión (Marco) parte de la consideración de que “la garantía de una *competencia justa y honesta* pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las empresas”. Se hace preciso, por tanto, delimitar este bien jurídico

entendido como *competencia leal* (o mas bien, su vertiente negativa la *competencia desleal*). Así, la Ley de Competencia desleal de 1991 define en su art. 5 como desleal “todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe”; ahora bien, la definición transcrita corresponde al ámbito puramente civil, y no se puede trasladar de forma automática al ordenamiento penal. De hecho, tradicionalmente, los actos de competencia desleal sólo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan (o al menos, ponen en peligro) los intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los consumidores. En definitiva, la simple eficacia del mercado o las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el grado de importancia suficiente como para ser consideradas bienes jurídicos penales<sup>10</sup>.

Es evidente, que las reglas de buena fe que regulan el funcionamiento de un sistema de mercado no pueden interpretarse en el sentido de restringir la capacidad de elección y actuación de los sujetos intervinientes en el mismo. En este sentido, en virtud de los principios de libertad de contratación y de organización, los empresarios (o sus subordinados o colaboradores) no tiene obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores. Sobre esta base, el delito de corrupción privada o entre particulares es *pluriofensivo*, donde se protegen de manera inmediata, los *intereses económicos legítimos de los empresarios competidores*, y de forma mediata, la *competencia leal*<sup>11</sup>.

Sin embargo, no considero que el tipo penal recogido en el art. 286 bis, proteja, de forma directa y en exclusiva, ninguno de los bienes jurídicos precitados. Y ello, porque, tal como iremos viendo a continuación, la configuración típica del delito impedirá apreciar cualquiera de ellos como objeto directo de protección; tanto el círculo de sujetos involucrados, donde se excluye a los empresarios que son los principales garantes del respeto a las reglas de competencia, como las conductas reguladas, donde el núcleo esencial del injusto se sitúa, precisamente, en el incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos, determinan que no sean estos los objetos directos de protección, Pero vayamos por partes.

### 2.2. Modalidades típicas

El art. 286 bis recoge dos modalidades típicas:

a. *Corrupción activa* (art. 286 bis, 1): cuyo comportamiento consiste en *prometer, ofrecer o conceder* a determinadas personas *un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados* para que le *favorezca* a

él o a un tercero frente a otros **incumpliendo sus obligaciones** en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Esta modalidad típica puede ser cometida por cualquier persona<sup>12</sup>.

b. *Corrupción pasiva* (art. 286 bis, 2): en virtud de la cual se castiga a determinadas personas, que *reciban, soliciten o acepten un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados* con el fin de *favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones* en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Sujetos de estos comportamientos sólo pueden serlo los directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones y organizaciones.

Son varios los elementos que es necesario resaltar a este respecto. En primer lugar, la exclusión de los empresarios individuales como implicados en estas; en segundo lugar, la exclusión del dueño del negocio o empresario principal del posible círculo de sujetos intervinientes (como sujetos activos en la modalidad pasiva, y como sujetos “coadyuvantes” en la modalidad activa), con lo que se está dejando fuera la posibilidad de que realice el comportamiento típico aquel sujeto respecto del que se podría predicar algún tipo de obligación legal en relación con sus competidores, las reglas de buena fe de las que habla la Ley de Competencia desleal<sup>13</sup>. Efectivamente, la nota común esencial de los sujetos descritos en el art. 286 bis radica en la dependencia respecto del empresario, con lo que las obligaciones que tienen los mismos son aquellas que les unen con su principal, es decir, las reglas de buena fe y de lealtad son para con él, y no para con los competidores. Ahora bien, esta “fidelidad” o deber de lealtad que se deriva de la relación de los dependientes o empleados con su principal, debe concretarse “alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial anudado a los intereses económicos del empresario”<sup>14</sup>. Con ello, nos acerca a un planteamiento patrimonialista del bien jurídico de referencia en el art. 286 bis, concretado en los mencionados intereses económicos del empresario o principal<sup>15</sup>.

Esta interpretación viene, además avalada por otro de los elementos comunes a las dos modalidades típicas señaladas, esto es, que el comportamiento de los sujetos mencionados (directivos, administradores, empleados, colaboradores) se realice **incumpliendo sus obligaciones**. Resulta necesario delimitar a qué obligaciones se refiere el texto penal y cuando éstas resul-

tarían “incumplidas” o infringidas. En primer lugar, es preciso señalar que la inclusión de este elemento dentro del tipo regulado en el art. 286 bis implica la exigencia de que el sujeto que incumple estas obligaciones actúe dentro del marco de las facultades que se le confieren por razón de su cargo, y ello porque sólo puede incumplir sus obligaciones aquel que realiza indebidamente lo que está obligado a hacer o se abstiene de realizar un acto debido, es decir, quien actúa o deja de actuar dentro del ámbito de sus competencias. Nos acercamos así, a un fundamento del castigo de estos comportamientos basado en la infracción de deberes. Y esos deberes u obligaciones no son otros que los que tales sujetos tienen para con el empresario del que dependen o la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores. Consecuentemente, siempre que actúen respetando las reglas contractuales y de buena fe que les unen con sus empresarios, con autorización del mismo, y en defensa o beneficio de los intereses económicos de éste, cumplirán con sus obligaciones y, consecuentemente, cualquier ventaja o beneficio que pudieran obtener resultaría atípica.

### 3. Corrupción en el deporte

El número 4º del art. 286 bis del Código penal introduce el delito de corrupción en el deporte, entendiendo, tal como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, que resulta conveniente sancionar penalmente las “conductas más graves” en esta materia. De modo similar a como ocurría con el delito de corrupción entre particulares, el bien jurídico que pretende protegerse con este tipo de comportamientos, es el “juego limpio dentro de las competiciones deportivas, con el fin de proteger el resultado que se derive del respeto a estas reglas”, en definitiva, “el juego limpio o competencia leal”<sup>16</sup>.

La estructura típica de esta figura delictiva es similar a la del epígrafe anterior. Así puede apreciarse una *modalidad activa*, que es la realizada por los directivos, administradores o empleados de entidades deportivas que ofrecen, prometen o conceden una ventaja patrimonial injustificada; y una *modalidad pasiva*, que es la que ejecutan los deportistas, árbitros o jueces que solicitan, reciben o aceptan la ventaja<sup>17</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA

BENITO SÁNCHEZ/CERINA, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-

Díaz Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.

BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de Diciembre de 2010.

DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003.

FARALDO CABANA, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago 2002.

GILI PASCUAL, “Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, nº 19 (2007).

NIETO MARTÍN, “Corrupción y Abuso de poder”, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, GÓMEZ RIVERO/CORTES BECHIARELLI/NIETO MARTÍN/NÚÑEZ CASTAÑO/PEREZ CEPEDA, Tecnos, 2010.

NIETO MARTÍN, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)”, en *Revista penal*, nº 10, 2002.

NIETO MARTÍN, “Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores”, en *Nociones generales de Derecho penal, Parte Especial*, GÓMEZ RIVERO/CORTES BECHIARELLI/NIETO MARTÍN/NÚÑEZ CASTAÑO/PEREZ CEPEDA, Tecnos, 2010.

RODRÍGUEZ PUERTA, “Modificaciones en materia de cohecho”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC y otros, Tirant lo Blanch, 2010.

## Notas

1 Efectivamente, desde que hace más de veinte años estalla el caso de corrupción en Marbella, que después de diversos avatares, acabó por determinar la intervención de la gestión del Ayuntamiento, ha sido continuo e incesante el goteo de casos de corrupción que han ido salpicando las instituciones públicas a lo largo y ancho de nuestra geografía. Así, por ejemplo, y por citar los más destacados mediáticamente, el *Caso Gurtel* (supuesta trama de corrupción ligada a altos cargos del Partido Popular en Madrid y Valencia, 2009), *Caso Palma Arena* (sobrecoste de la construcción de un velódromo en Baleares, 2008), *Caso Noos* (pieza separada del anterior que comienza a investigarse en el 2010 a causa de los desvíos de fondos de los presupuestos del

Gobierno de Baleares y de la Comunidad Valenciana hacia el Instituto Noos), *Caso Palau de la Música* (pago de comisiones a Convergencia Democrática de Cataluña, por una empresa constructora a cambio de adjudicación de obra pública, 2010), *Caso de los ERE* (instauración entre 2000 y 2010 en el seno del **Gobierno andaluz** de un procedimiento para conceder de manera arbitraria ayudas a empresas en crisis y prejubilaciones a trabajadores burlando la ley de subvenciones, 2011), *Operación Pokemon* (investiga la existencia de una supuesta trama para la obtención de concesiones y contratos públicos de manera presuntamente irregular en varios ayuntamientos gallegos, 2012), *Caso Campeón* (se investigan presuntos delitos de fraude en subvenciones públicas, 2011) y *Caso Cooperación* (investiga la supuesta malversación, entre 2008 y 2011, de fondos del Gobierno valenciano destinados a proyectos de cooperación internacional a través de una trama de ONG). Y hace pocos meses, se descubre el *Caso Barceñas*, que además de posibles conexiones con algunos de los casos mencionados, conlleva una posible financiación ilegal del Partido Popular.

2 En primer lugar es preciso señalar, tal como indica, BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de Diciembre de 2010, pág. 1, que nuestro Código penal no contiene un delito de *corrupción* así denominado, sino que existen diversas figuras delictivas que incluyen este término como por ejemplo, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, el nuevo delito de corrupción entre particulares, o el de corrupción en el deporte. Aunque la figura delictiva de corrupción por excelencia la constituye el delito de cohecho.

3 Cfrs. NIETO MARTÍN, “Corrupción y Abuso de poder”, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, GÓMEZ RIVERO/CORTES BECHIARELLI/NIETO MARTÍN/NÚÑEZ CASTAÑO/PEREZ CEPEDA, Tecnos, 2010, págs. 753 y 754.

4 Cfrs. NIETO MARTÍN, “Corrupción y Abuso de poder”, op. cit., pág. 755; BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, op. cit., pág. 6; RODRÍGUEZ PUERTA, “Modificaciones en materia de cohecho”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC y otros, Tirant lo Blanch, 2010.

5 El art. 423 del Código penal, a estos efectos, con los funcionarios a los “jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

6 De este modo, se elimina la tradicional distinción entre actos delictivos, actos injusto no delictivos y actos que debiera ejecutar el funcionario en el ejercicio de su cargo, cfrs. BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, op. cit., pág. 3.

7 Esta presunción es difícilmente admisible en un Estado de Derecho, por lo que entiendo que sería preciso demostrar la existencia de ese acuerdo previo, que además es la causa de la realización del acto por parte del funcionario, cfrs. NIETO MARTÍN, “Corrupción y Abuso de poder”, op. cit., pág. 763; BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, op. cit., pág. 3. A este respecto, los principales problemas para la

apreciación de este comportamiento típico serán problemas de prueba de la existencia del acuerdo previo.

8 Cfrs. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010, *caso Camps*.

9 De hecho, tampoco ha sido demasiado analizado por la doctrina penal española, así podemos señalar NIETO MARTÍN, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)", en *Revista penal*, n.º 10, 2002; FARALDO CABANA, "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago 2002; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003; GILI PASCUAL, "Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.º época, n.º 19 (2007); BENITO SÁNCHEZ/CERINA, "Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma", en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-Díaz Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.

10 Cfrs. NIETO MARTÍN, "La corrupción en el sector privado...", art. cit., pág. 59.

11 Cfrs. FARALDO CABANA, "Hacia un delito de corrupción...", art. cit., pág. 72.

12 Cfrs. NIETO MARTÍN, "Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores", en *Nociones generales de Derecho penal, Parte Especial*, op. cit., pág. 476.

13 Tal como establece el art. 3 de la Ley de Competencia desleal, ésta será de aplicación, y consecuentemente son los obligados a garantizar la lealtad en la competencia, "los empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado". Es evidente, por tanto, que quienes, principalmente, se encuentran obligados por las reglas de la competencia, son los titulares de las empresas, y no sus trabajadores. Si los sujetos obligados están excluidos, dado que no se encuentran expresamente incluidos en el art. 286 bis, resulta claro que no es la competencia leal el bien jurídico que se protege o, al menos, no lo es en primer término.

14 Cfrs. NIETO MARTÍN, "La corrupción en el sector privado...", art. cit., págs. 58 y 59.

15 También GILI PASCUAL, "Bases para la delimitación del ámbito típico...", art. cit., págs. 287 y 288 acepta que además del competidor, es preciso afectar al empresario propio para poder incurrir en responsabilidad penal. Así, configura este delito como "bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la Competencia) así como, por otro, al propio empresario de aquel". En un sentido similar, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?", art. cit., pág. 290 mantienen una tipificación en la que junto a la infracción de deberes y al menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores...), derivando el resto de comportamientos desleales a las esferas civil y administrativa.

16 Cfrs. NIETO MARTÍN, "Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores", op. cit., pág.

480; en sentido similar, BLANCO CORDERO, "La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010", op. cit., pág. 9, afirma que "se persigue tutelar la regularidad de las competiciones deportivas y la autenticidad de sus resultados"

17 Cfrs. NIETO MARTÍN, ult. op. cit., pág. 480.

## Honduras

**Dra. Angie A. Arce Acuña**

*Doctora en Derecho*

*Costa Rica*

### INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto el problema de la corrupción afecta al mundo en general, existen países que son golpeados con mayor agresividad, y que se ha convertido en uno de los problemas, de mayor relevancia y urgencia en buscar un paliativo inmediato. La corrupción en el caso de honduras se traduce por ejemplo en asesinatos ilegales y arbitrarios por parte de la policía y de otros, la corrupción y debilidad institucional del sistema de justicia, y las duras condiciones carcelarias, que en ocasiones amenazan la vida de los presos. De igual manera se encuentran los delitos cometidos por funcionarios públicos, contra la hacienda, desfalcos, y abusos en la administración de los fondos públicos.

La corrupción acarrea un serio problema, ya que desencadena situación de tráfico de personas, la prostitución, el abuso de niños, el trabajo infantil y la ineficaz aplicación de las leyes laborales; y destaca la presencia de „elementos criminales organizados”, que cometieron asesinatos, extorsión, secuestros y tortura.

De igual manera existe una corrupción a nivel privado donde las Naciones Unidas, correspondiente al año 2012 y 2013, revela que el poder de las bandas de traficantes de drogas, contribuye al aumento de los indicadores de corrupción y de homicidios en la región centroamericana.

Donde Honduras, se ha visto particularmente afectados por los niveles muy altos de violencia relacionada con las drogas, y esto trae corrupción de instituciones públicas, privadas y homicidios.

Centroamérica figura como la región más violenta con un índice de homicidios de 41% por cada 100,000 habitantes, cifras que representan un tercio más que la correspondiente a África meridional y el doble de la registrada en África central y América del Sur, según el informe.

La situación de la violencia la califican de "crítica en la región", donde aseguran que hay zonas adonde la seguridad de la población sigue viéndose amenazada

por los índices de violencia que cada vez son mayores, en particular por delitos relacionados con drogas.

Por otro lado en sedes privadas, se tiende a dar los delitos de corrupción en el ámbito de protección de derechos de propiedad intelectual, contratos de confidencialidad, concesiones a los gobiernos, participaciones en licitaciones e incluso los delitos informáticos, arrojan que existe un aumento en la corrupción.

### LA CORRUPCIÓN POR FUNCIONARIO PÚBLICO Y POR SUJETO PRIVADO

Según la definición que hace la ley general de la administración pública, es funcionario público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Según la doctrina funcionario público es aquel que se caracteriza por participar y cumplir una función pública, en el sentido que da el término al Derecho Administrativo. Una persona participa del ejercicio de las 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.

De igual manera los delitos de corrupción cometidos por entes o personas del sector privado se caracterizan precisamente porque se excluyen de este concepto de funcionario público.

### CONCEPTO DE DELITOS DE CORRUPCIÓN

Los delitos de corrupción son delitos cometidos por personas que abusan de su posición política, social y económica para favorecer sus intereses económicos o de clase. Entre los más comunes se destacan la corrupción administrativa de alto nivel, la evasión de impuestos, el contrabando, defraudación de accionistas y acreedores, el dumping de los productos farmacéuticos, la contaminación ambiental y daños ecológicos, el fraude de alimentos, simulación de sociedades comerciales, la delincuencia empresarial, nacional y transnacional entre otros.

A este tipo de delincuencia e le denomina como de cuello blanco se distingue de los delinquentes comunes por:

- La imagen de honorabilidad del autor, debido a su posición política, social y económica.
- La escasa visibilidad del delito.

- El uso de la credulidad o ignorancia de la víctima, una especial astucia (apariencia legal del hecho) o afección de vastos sectores de la población, e incluso de países enteros. Todo lo dicho torna prácticamente imposible la identificación del autor.
- La circunstancia de que la sociedad tenga conciencia de la ilicitud del hecho pero no de su trascendencia criminal.
- El no aparecer en las estadísticas criminales a pesar de su alto costo social causado; sea por la imposibilidad de desenmascararlos, o por los obstáculos para perseguirlos por vía de la administración de la justicia penal.

### CAUSAS DE DELITOS DE CORRUPCIÓN EN HONDURAS

La corrupción consiste en un acuerdo inmoral entre un corruptor y un corrupto, o entre corruptos aliados en perjuicio de otros, que beneficia a algunos en sus propósitos particulares, por encima de la ley en el plano político. En la actualidad la corrupción es una de las peores calamidades del orden social que afecta el ejercicio del poder político y puede anular la capacidad de acción del Estado para el logro y materialización de sus fines. La corrupción se presenta tanto en las instituciones públicas como privadas, provocando un grave daño social y que dificulta el desarrollo económico de un país.

Existen causas que generan la corrupción, las mismas que son endógenas (el individuo) y exógenas (la sociedad). Causas endógenas, Falta de valores humanistas, Carencia de una conciencia social, Falta de educación, Desconocimiento legal, Baja auto estima, Paradigmas distorsionados y negativos (consumistas, materialistas). Como causas exógenas, la impunidad de los actos de corrupción, los modelos sociales que transmiten anti-valores, un excesivo poder discrecional del funcionario público, la concentración de poderes y de decisión en ciertas actividades del gobierno, EL soborno internacional.

Hoy en día es difícil perfilar a un criminal corrupto, pero no del todo imposible. Primeramente hay que establecer su “Modus Operandi” posteriormente la dimensión de su entorno y alcance de actividades. Puntualizar exactamente el tipo de crimen que predomina en su actividad delictiva. La temeridad y riesgo con que realiza sus operaciones. La frialdad de sus actos. La continuidad o intermitencia de sus crímenes. Medir el espectro real de sus acciones e interpretar mensajes o huellas intangibles. Con estos datos, se puede comenzar a perfilar el posible cerebro detrás de los actos delictivos que se ha determinado por estas características.

**Materialismo:** solo da valor a los bienes materiales, es un auténtico maniaco, su tensión patológica se libera con la ganancia, tiene una psicología similar a la del jugador compulsivo. **Egocentrismo:** no alcanzan a lograr afectividad, esta soledad la compensan mostrándose generosos económicamente. **Narcisismo:** son soberbios, inestables, y esto se traduce a su situación social, suelen ser muy audaces. **Peligrosidad:** no valoran los límites éticos. **Hipocresía:** son fríos y se muestran generosos y complacientes.

**Neuróticos:** falta de conciencia de culpabilidad, debido a que estos actos no provocan reacción social, ya que hay personas que no lo consideran delitos.

Es destacable que hoy día, este tipo de delincuentes no es considerado como un enfermo, por lo cual su punición es perfectamente aplicable.

#### TIPOS DE DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SUS PENAS EN HONDURAS LEGISLACIÓN QUE PROTEGE

Dentro de los delitos de corrupción también se cometen como delito informático, que se define como toda acción (acción u omisión) culpable realizada por un ser humano, que cause un perjuicio a personas sin que necesariamente se beneficie el autor o que, por el contrario, produzca un beneficio ilícito a su autor aunque no perjudique de forma directa o indirecta a la víctima, tipificado por La Ley, que se realiza en el entorno informático y está sancionado con una pena. Por otro lado la corrupción se comete como delitos económicos, Se refiere, en términos generales a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. El fraude, la evasión tributaria y el blanqueo de dinero, tentativas de igual manera delitos tipificados en el código penal y la ley de enriquecimiento ilícito, como el peculado, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, cohecho, malversación de fondos, demora injustificada de pagos, dadas, pagos indebidos a funcionarios públicos.

Por su parte la ley de enriquecimiento ilícito tutela conductas como falsedad en la declaración jurada, Receptación, Legalización o Encubrimiento de Bienes: Sobreprecio Irregular, Pago Irregular de Contratos Administrativos, soborno transnacional, influencia en contra de Hacienda Pública.

#### NORMATIVA QUE TUTELA LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN HONDURAS

En honduras existe una amplia normativa que permite luchar contra la grave corrupción que los aqueja, los

siguientes artículos de la constitución Constitución Política regulan lo concerniente a la corrupción tanto en el sector público como el privado: 1, 2, 69, 70, 89, 90, 91, 94, 95, 97, 98, 222, 303, 313, 321, 323, 324, 325.

El Código Penal Hondureño, regula en los artículos: 1, 3, 8, 12, 65, 361\*, 362\*, 363\*, 364\*, 365\*, 366\*, 366-A\*, 368, 369\*, 369-A\*, 369-B, 369-C, 370\*, 371\*, 372\*, 373\*, 373-A\*, 374\*, 375\*, 376\*, 377\*, 378\*, 379\*, 380, 394-P\*, los delitos económicos, informáticos, corrupción sector privado como fraude a sociedades, que configuran delitos de corrupción. Por su parte la ley contra el enriquecimiento ilícito, en su totalidad viene a tutelar el tema de la corrupción en hacienda pública, contrataciones dentro de lo más relevante y cuya penalidad es alta.

Existe además la ley del consejo nacional anticorrupción, los siguientes tratados internacionales aplicables al tema de corrupción en Honduras, como lo es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención Interamericana Contra la Corrupción, otras leyes conexas: Ley de Contratación del Estado, Ley del Ministerio Público, Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas, Código Procesal Penal.

Que componen la normativa que regula y lucha contra la corrupción tanto en el sector público como privado.

#### CONCLUSIONES

Pitágoras decía, “Educa a los niños y no será necesario castigar a los hombres”, las causas de la corrupción, pueden sin duda alguna, ser prevenidas, no únicamente con el control social formal, y la represión, sino que es un tema social que debe ser abordado desde una perspectiva preventivo-social.

El tema de la desigual social en Honduras, la falta de educación y de oportunidades, así como la formación e importancia de inculcar valores en adultos y niños, pueden de forma mucho más efectiva venir a prevenir y a terminar con este terrible flagelo, que desencadena en tráfico de drogas, prostitución, muertes, y que empobrece cada día más al país.

Del análisis que se hizo anteriormente se puede afirmar de forma clara que no es por falta de normativa o regulación que Honduras atraviesa este enorme problema, y que de igual manera la aplicación de la pena no genera ningún tipo de prevención general positiva ni negativa en los criminales. Mucho menos en el tema de resocialización ya que el perfil del criminal por corrupción o de cuello blanco, no se resocializa en los términos conocidos para otros delitos.

El tema de la corrupción es un fenómeno sociológico, antropológico propio de cada sociedad que se combate además de una eficiente y transparente aplicación de las normas, y rigurosa supervisión de la pena, sino además es un asunto de sanación de los valores de cada ciudadano y de la sociedad.

El gran problema del ser humano actual como bien lo señalaba el autor Enrique Rojas en su obra el hombre light, actualmente las sociedades se construyen por hombres relativamente bien informados, pero con escasa educación humana, muy entregados al pragmatismo, por una parte y bastante tópicos por otra. Todos los asuntos les interesan pero a nivel superficial, y se va convirtiendo en un sujeto trivial, ligero, frívolo que lo acepta todo pero que carece de criterios sólidos en su conducta.

Un ser humano que ha visto tantos cambios y tan rápido y en un tiempo tan corto, que empieza a no saber a qué atenerse o lo que es lo mismo hace suyas afirmaciones como “Todo vale”, “Que mas da”.

Trayéndole un grave vacío moral provocado por el materialismo, el hedonismo, la permisividad, la revolución sin finalidad y sin programa, el relativismo y el consumismo.

Arrastrado por la moda, las ansias de poder en una sociedad que sugiere que el verdadero valor de cada hombre y cada mujer viene dado por lo que materialmente se posea, y no por lo que vale por su dignidad de ser humano. Es tener dinero y bienes a cualquier precio, o la búsqueda de la aparente belleza exterior, que sacrifica todo valor interno verdadero del hombre. Un hombre que se basa en la estadística que sustituye su conciencia, su moral repleta de neutralidad y falta de compromiso.

Parece que la sociedad actual ha quedado huérfana de valores y de humanidad, hablamos de seres humanos que al cometer estos actos son rebajados de categoría y se convierten en objetos, cuyo único fin es despertar pareciera admiración o envidia.

Donde el fin es lo único que importa sin importar el medio. El tema de la corrupción tanto en el sector público como privado debe de abordarse desde varias perspectivas y debe hacerse un replanteamiento social, inculcar valores, respeto y comenzar por regresar a las raíces de que es lo realmente importante para el hombre, así como enseñar la importancia de la dignidad, y rebajar los bienes, la buena apariencia o la ostentación como el éxito de este tiempo, solamente de esta manera pareciera abrirse un nuevo horizonte de oportunidades para todos, y un camino para comenzar la verdadera lucha contra la corrupción.

Ya que pareciera que es el mayor desafío para Honduras, y la humanidad en general.

## México

**Manuel Vidaurri Aréchiga**

*División de Derecho, Política y Gobierno*

*Departamento de Derecho*

*Universidad de Guanajuato, México*

Los reportes internacionales, especialmente los preparados por Transparencia Internacional, situaron con 34 puntos a México en el lugar 105, dentro de los 176 países calificados. Los socios comerciales más importantes del país, Canadá y Estados Unidos, se ubicaron en el 9 y 11 lugar, respectivamente. La metodología utilizada por Transparencia Internacional definió en su metodología una nueva escala de valoración que va de 0 a 100. Mientras que en 2011 era de 0 a 10, obteniendo México el lugar número 3.

En el mismo reporte de Transparencia Internacional se menciona que si se compara México con otros bloques político-económicos, como el G-20 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), el país se ubica en la posición 17 de 19 y 34, respectivamente, esto es, los últimos lugares de percepción de alto nivel de corrupción.

Sin dejar de reconocer esta incómoda realidad, es preciso confirmar el convencimiento de que la práctica de la corrupción constituye un de los problemas más lacerantes con los que la sociedad mexicana se ve obligada a lidiar. Incluso se le ha identificado como un fenómeno que incide negativamente en el desarrollo económico, pues además no es un fenómeno localizado, sino antes bien, se encuentra extendido en casi todas las instituciones públicas.

La pobreza, la impunidad y la misma seguridad de los habitantes del país resiente en mayor o menor medida el efecto devastador de la corrupción. Lo mismo se abusa de las ayudas humanitarias, que de los fondos económicos destinados a la obra e infraestructura pública. En este sentido, no son, por desgracia, infrecuentes las notas periodísticas que dan cuenta de un nuevo caso de corrupción gubernamental, bien que se trate del gobierno federal, como del estatal y municipal.

Las prácticas administrativas, de por sí viciadas o contaminadas, se ven fortalecidas por la idiosincrasia popular que considera que la mejor forma de impulsar la solución de cualquier tipo de problema o conflicto con la administración es con base en la oferta de dinero a cambio de una respuesta favorable. Acudir a la “mordida” (palabra utilizada para definir pequeños actos de corrupción), es un acto más que frecuente y para el que están dispuestos muchos servidores públicos. De nada

sirve hacer balances históricos sobre el origen del problema; el hecho es que está presente.

Frente a esta realidad apenas esbozada, cabe decir que no son pocos los instrumentos legales existentes creados de cara a enfrentar tan complejo problema. Así, en el Código penal federal (CPF), como en todos y cada uno de los códigos propios de las entidades federativas que conforman la república mexicana, existen capítulos específicos que contienen delitos relacionados con la corrupción propiciada por servidores públicos.

Al mismo tiempo, están vigentes una serie de leyes administrativas que definen acciones, medidas y sanciones por actos de corrupción en que incurran las personas que laboran en alguna dependencia o institución pública.

### Tratamiento jurídico-penal

Es paradigmático el contenido del CPF en relación con los delitos que de uno u otro modo se vinculan con el tema de corrupción. En el título décimo de este CPF se establecen 13 figuras típicas, que son las siguientes:

- Ejercicio indebido de servicio público (art. 214).
- Abuso de autoridad (art. 215).
- Desaparición forzada de persona (art. 215-B).
- Coalición de servidores públicos (art. 216).
- Uso indebido de atribuciones y facultades (art. 217).
- Concusión (art. 218).
- Intimidación (art. 219).
- Ejercicio abusivo de funciones (art. 220).
- Tráfico de influencias (art. 221).
- Cohecho (art. 222).
- Cohecho a servidores públicos extranjeros (art. 222-bis)
- Peculado (art. 223).
- Enriquecimiento ilícito (art. 224).

Todos estos tipos penales tienen como sujeto activo del mismo al servidor público. Las sanciones son básicamente de prisión, multa, destitución e inhabilitación para ejercer un cargo público. Según el tipo de delito cometido y la modalidad del mismo, el rango de las sanciones privativas de libertad va de los 3 meses como mínimo pasando por algunas de entre 2 a 9 años de prisión, y la más alta, destinada al delito de desaparición forzada de persona, que corre de 5 a 40 años de prisión.

El título décimo primero del mencionado CPF, se ocupa de los delitos cometidos contra la administración de justicia, espacio que se menciona con insistencia como propicio para la práctica de actos de corrupción. Se compone de 34 fracciones que se corresponden con

supuestos típicos. Se sancionan con penas que van de los 3 a los 8 años de prisión, además de las concernientes a este tipo de ilícitos: destitución e inhabilitación, que puede llegar hasta los 10 años.

### Tratamiento jurídico administrativo.

Para ordenar y controlar el trabajo o actividad administrativa realizada por los servidores públicos es que se ha establecido un esquema legal de responsabilidades administrativas. Es, pues en la Constitución (CPEUM) donde se establece la base jurídica de este esquema, concretamente en el Título Cuarto, denominado *de las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonio del Estado*, estableciendo en su artículo 108 que para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Puntualmente, determina que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. Y más adelante se refiere a los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, quienes serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. Del mismo modo, se fija una responsabilidad para los gobiernos locales a fin de que se precise en las Constituciones de los Estados de la República, en los mismos términos del primer párrafo del citado artículo 108.

Por su parte, el artículo 109 de la CPEM determina que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad. Expresamente se establece en la norma fundamental que no procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

Textualmente se indica en el texto constitucional que “las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan”. Nótese como el texto constitucional pone especial énfasis en el delito de enriquecimiento ilícito (art. 224 del CPF), tal vez por que es una de las conductas que mas incomodan a la ciudadanía.

Por otro lado, la misma CPEUM señala que cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.

Los principios que regirán el desempeño de los servidores públicos se precisan en el artículo 113 de la CPEUM, siendo tales la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones.

Una de las más fuertes consecuencias establecida en el orden jurídico mexicano para los servidores públicos por actos concernientes a su encargo consiste en el juicio político, que de acuerdo con el artículo 110 de la CPEUM considera como sujetos al mismo a los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero Presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justi-

cia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

### Otras disposiciones legales de derecho interno e internacionales

Están vigentes otras leyes que complementariamente contribuyen a enfrentar el fenómeno de la corrupción. Puede destacarse la **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental** (Diario Oficial de la Federación —DOF— del 11 de Junio de 2002), la **Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado** (DOF 31 Diciembre de 2004), la **Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos** (DOF 31 de Diciembre de 1982).

México también participa de una serie de instrumentos internacionales que se enfocan al tratamiento del tema, como es la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, aprobada en Venezuela en 1996; y también forma parte de la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, firmada en Mérida, Yucatán, México y que contiene una serie de delitos, ya tipificados en el país, y especialmente el relacionado con el blanqueo de capitales, que recientemente ha sido legislado mediante la **Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita** (DOF del 17 de Octubre de 2012).

Como puede apreciarse, el marco jurídico mexicano contra la corrupción es amplio e involucra una serie de instituciones que van desde las Contralorías, los Consejos de la Judicatura, los Institutos de Acceso a la Información Pública, los tribunales o las organizaciones de la sociedad civil que observan y cuestionan el uso de los recursos públicos. Se impone, de cualquier manera, fortalecer el marco legal y de participación social para la rendición de cuentas y las responsabilidades del servidor público. De la misma manera, se requieren una serie de medidas encaminadas a establecer un sistema de servicio profesional de carrera, que cuide el ingreso y permanencia de las personas más aptas profesional y éticamente al servicio público, amén de las medidas modernizadoras de la administración, tareas en las que existen acciones permanentes.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de Derecho penal*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)*

*www.sergiocuarezma.com | sergio.cuarezma@inej.net*

*www.inej.edu.ni*

Nicaragua ha suscrito la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, y desde el 2002 ha venido adecuando su legislación a los preceptos de aquella. El primer esfuerzo legislativo en tal sentido, se consumó con la Ley 419/2002, Ley de Reforma y Adición al Código penal de 1974, actualmente derogado.

El actual Código penal de vigente desde 2008, retomar aquellos avances y los desarrolla, especialmente en el ámbito de la corrupción pública. En este sentido, el Código penal contempla, bajo el Título de delitos contra la administración pública, delitos como el cohecho, el tráfico de influencias, el peculado, la malversación de caudales públicos, el fraude, exacciones y negociaciones prohibidas a los funcionarios o empleados públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. Vamos, a continuación, a describir los tipos penales más importantes respecto a la corrupción pública.

El título cobija dos tipos de cohecho, el cometido por el servidor público y por el particular, y además contempla el soborno internacional. Respecto al Cohecho cometido por autoridad, funcionario o empleado público, el tipo penal describe que la “autoridad, funcionario o empleado público que, requiera o acepte por sí o a través de terceros, una dádiva, dinero, favores, promesas o ventajas, o cualquier objeto de valor pecuniario para sí mismo o para otra persona o entidad, a cambio de la realización, retardación, agilización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, será sancionado con la pena de cuatro a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período, para ejercer el empleo o el cargo público” (art. 445). En el supuesto del cometido por el particular, el art. 446 expresa que “quien por sí o por terceros ofrezca u otorgue a una autoridad, funcionario o empleado público, una dádiva, dinero, favores, promesas, ventajas o cualquier objeto de valor pecuniario, para esa autoridad, funcionario o empleado público o para otras personas o entidad, a cambio de la realización, retardación, agilización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con la pena de tres a seis años de prisión y trescientos a quinientos días de multa”.

Por otra parte el texto regula el supuesto de “requerimiento o aceptación de ventajas indebidas por un acto cumplido u omitido”. La autoridad, el funcionario o

empleado público “que requiera o acepte por sí o por un tercero una dádiva, dinero o cualquier otra ventaja indebida, para sí mismo o para otra persona o entidad, por un acto cumplido u omitido, en su calidad de autoridad, funcionario o empleado público, será penado de cuatro a seis años de prisión”. Igual pena “se aplicará a quien por sí o por terceros ofrezca u otorgue a una autoridad o funcionario o empleado público, una dádiva, dinero, favores, promesas, ventajas o cualquier objeto de valor pecuniario, para esa autoridad, funcionario o empleado público o para otra persona o entidad, a cambio de un acto cumplido o omitido en el ejercicio de sus funciones, si la dádiva o ventaja, es requerida o aceptada bajo la sola circunstancia de la condición de su función, la pena a imponer será de dos a cinco años de prisión”, establece el art. 447.

Además el título contempla el soborno internacional (art. 449). Esta novedosa figura, contemplada en la Convención Interamericana contra la Corrupción, que encuentra su antecedente en Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior de los Estados Unidos de América, que tutela la función pública supranacional, establece que “el extranjero no residente que ofrezca, prometa, otorgue o conceda a una autoridad, funcionario o empleado público nacional, o el nacional o extranjero residente, que incurra en el mismo delito respecto de funcionarios de otro estado o de organización o entidad internacional, directamente o por persona o entidad interpuesta, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que la autoridad, funcionario o empleado público extranjero, haya realizado u omitido, o para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una actividad económica o comercial de carácter internacional, será sancionado de cuatro a ocho años de prisión y de quinientos a mil días multa” y la “autoridad, funcionario o empleado público que requiera o acepte de un extranjero no residente, directa o indirectamente, una dádiva, dinero, favores, promesas o ventajas, cualquier objeto de valor pecuniario, para sí mismo o para otra persona o entidad, a cambio de realizar u omitir o por haberse realizado u omitido cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones, relacionados con una actividad económica o comercial, de carácter internacional, será sancionado de cuatro a ocho años de prisión, e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público”.

En el art 448 establece el “enriquecimiento ilícito”, una figura cuestionada por su constitucionalidad. La norma expresa que la “autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más seve-

ramente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargos o empleos públicos”.

Siempre bajo el título de los delitos contra la administración público, el texto desarrolla la conducta de tráfico de influencia (art. 450), en el cual se castiga al servidor público que “por sí o por medio de otra persona o actuando como intermediario, influya en otra autoridad, funcionario o empleado público, de igual, inferior o superior jerarquía, prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otra autoridad, funcionario o empleado público o abusando de su influencia real, o supuesta para conseguir una ventaja o beneficio indebido, que pueda generar directa o indirectamente un provecho, económico o de cualquier otra naturaleza, para sí o para terceros, será sancionado con la pena de cuatro a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo período” y además incluye al particular que “que influya en una autoridad, funcionario o empleado público y se aproveche de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otra autoridad, funcionario o empleado para conseguir una ventaja o beneficio indebido que pueda general directa o indirectamente un provecho económico de cualquier otra naturaleza para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de tres a seis años de prisión”.

Por otra parte, la figura del peculado establece que el servidor público “que sustraiga, apropie, distraiga o consienta, que otro sustraiga, apropie o distraiga bienes, caudales, valores o efectos públicos, cuya administración, tenencia o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo en funciones en la administración pública, órgano, dependencia entre entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del estado del municipio y de las regiones autónomas, para obtener para sí o para terceros un beneficio, será penado con prisión de cuatro a diez años, e inhabilitación absoluta por el mismo período”. Ahora bien, si los “bienes, caudales, valores o efectos sustraídos, apropiados o distraídos hubieran sido declarados de valor cultural, paleontológicos, históricos, artísticos, arqueológico, o si se trata de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, se impondrá la pena de seis a doce años de prisión e inhabilitación absoluta por el

mismo período”. La disposición incide que estos supuestos “también serán aplicables a los administradores y depositarios de bienes, caudales, valores o efectos que hayan sido entregados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Para los efectos de este capítulo y el siguiente, se entenderá como bienes, caudales o efectos públicos, todo los bienes, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles, corporales e incorporeales, fondos, títulos valores, artículos y demás derechos que pertenezcan al estado o a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intente robar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. (art. 451).

Por su parte, el delito de malversación de caudales públicos contempla que “la autoridad, funcionario o empleado público que dé un destino diferente al señalado por la ley, para los caudales públicos, bienes y muebles o inmuebles, dinero o valores pertenecientes a descentralización autónomas o empresas del Estado, del municipio y de las Regiones Autónomas u organismos dependientes de algunas de ellas, cuya administración, tenencia u custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo o funciones de la administración pública, será sancionado con pena de dos a cinco años de prisión, e inhabilitación por el mismo período, para ejercer empleo o cargo público.” (art. 452) En este mismo sentido, pero aplicado a la “utilización de recurso humano de la Administración Pública”, el art. 453 crea la nueva figura relacionada a que la autoridad, funcionario o empleado público que “aproveche o permita que otro aproveche o que se diere en uso privado, en beneficio propio o de un tercero, de recursos humanos al servicio o persona bajo custodia la administración o entidad estatal, regional o municipal o de entes descentralizados, desconcentrados o autónomo, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada, incurrirá en la pena de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público”.

Por último, el delito de fraude y exacciones. El primero regula el supuesto de la “autoridad, funcionario o empleado público que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, o cualquier otra operación en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defraudare o consintiera que se defraude a la administración pública, órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del municipio y de las Regiones Autónomas se sancionará con pena de cinco a diez años de prisión en inhabilitación por el mismo pe-

riodo para ejercer el cargo o empleo público” (art. 454) y, el segundo, que a autoridad, funcionario o empleado público “que abusando de su cargo exija o haga pagar derechos, tarifas, aranceles, impuestos contribuciones, tasas o gravámenes inexistentes o en mayor cantidad a la que señala la ley, será sancionado, sin perjuicio de los reintegros a que esté obligado, de dos a seis años de prisión, e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público”. (art. 455)

Y, por último, las negociaciones prohibidas a los funcionarios o empleados públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. En el art. 456 se contempla la actividad profesional incompatible y dice que, la “autoridad, funcionario o empleado público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realice por si 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 asuntos en que debe de intervenir o que haya intervenido por razón de su cargo y funciones, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación por el mismo periodo para ejercer cargo o empleo público”.

El art. 457 contempla “los negocios incompatibles con el destino” y expresa que la La autoridad, funcionario o empleado público que, abierta o solapadamente o de cualquier otro modo, tome para si en todo o en parte, finca o efecto en cuya subasta arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, depósito o administración, intervenga por razón de su cargo u oficio o entre en parte en alguna negociación o especulación de lucro o interés personal sobre la misma finca o sus efectos, o sobre cosa en que tenga intervención oficial, será sancionado con pena de cuatro a seis años de prisión y de cien a trescientos días de multa”.

En el art. 458 encontramos el “uso de información reservada o confidencial”, la “autoridad, funcionario o empleado público que haga uso de cualquier tipo de información reservada de la cuál ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada con ánimo de obtener un beneficio económico para si o para un tercero, incurrirá en la pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer empleo o cargo público. Si se obtuviere efectivamente el beneficio económico perseguido, la pena se impondrá en su mitad superior” y si “resulta grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de tres a siete años, de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer empleo o cargo público” y el artículo 459 que sanciona al “tercero beneficiado”: “Quien obtenga un beneficio derivado de la

comisión de las conductas delictivas establecidas en el presente título, será sancionado con la misma pena del delito cometido por la autoridad, funcionario o empleado público”.

## Panamá

**Carlos Enrique Muñoz Pope**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Panamá*

*carlos.munozpope@cableonda.net*

### I. INTRODUCCIÓN

El tema de la corrupción siempre es cuestión de permanente actualidad, sobre todo

cuando la misma forma parte de esa cifra oculta de la criminalidad que todos intuimos pero que muy rara vez llega a ser investigada y casi nunca sancionada.

Ya en el pasado esta publicación se ha ocupado de la corrupción dentro del apartado de Sistemas Penales Comparados, por lo que siempre es conveniente apreciar los cambios entre lo que escribimos en el pasado y lo que ahora se publica.

En el ordenamiento penal panameño, sobre corrupción hay que tener en cuenta que existe la corrupción de los servidores públicos, que por actos relacionados con el ejercicio de su cargo, reciben favores de cualquier índole o promesa de recibirlos, y la corrupción de índole sexual sobre menores de edad. Es obvio, sin embargo, que la segunda es tema ajena por completo a esta colaboración.

Por otra parte, es preciso dejar claramente sentado, desde el inicio, que no todos los delitos de corrupción cometidos por servidores públicos aparecen en el capítulo respectivo, pues otras formas de corrupción se incriminan dentro del “enriquecimiento ilícito” y el “tráfico de influencias”.

### II. LA CORRUPCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS

Los delitos de corrupción cometidos por servidores públicos aparecen regulados en el Capítulo III del Título IX del Libro Segundo del Código Penal panameño de 2007, bajo la denominación “Corrupción de servidores públicos” (artículos 345 a 350).

Las conductas en cuestión aparecen descritas de forma inconveniente en las mayoría de las ocasiones, pues se redactan normas con penas irrisorias por actos graves o se incluyen como formas de corrupción actos que

no tienen la esencial de la corrupción, como ocurre con el delito de hacer uso de información privilegiada que el servidor aprovecha en su beneficio (art. 348).

Las principales conductas del servidor público corrompido, son las siguientes:

1. Aceptar, recibir, solicitar donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja para realizar, omitir o retardar un acto en violación de sus obligaciones o quien las acepte a consecuencia de haber faltado a ellas;

2. Aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio indebido, para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones o como consecuencia del acto ya realizado.

Sin duda esta penalidad de ridícula, si se toma en cuenta que el mismo delito tenía penas más severas en el Código Penal de 1982, derogado por el que rige hoy día. Por otra parte, el legislador ha equiparado las penas para la corrupción propia y la corrupción impropia, lo que no me parece conveniente ni acertado.

3. Cuando los actos de corrupción los lleva a cabo un servidor público del Órgano Judicial, Ministerio Público, autoridad administrativa, árbitro o cualquier cargo que deba decidir un asunto de su competencia, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.

4. Con la misma pena indicada en el numeral anterior, se sanciona al servidor del Órgano Judicial o del Ministerio Público que por colusión u otros medios fraudulentos: a) profiera resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la ley, de modo que cause perjuicio; b) reciba o de consejos jurídicos a cualquiera de las partes de modo que pueda causar perjuicio.

5. Con la pena de cuatro a ocho años se prisión se sanciona al servidor público que retarde maliciosamente un proceso sometido a su decisión.

Es evidente que las conductas descritas en los numerales 4 y 5 antes expuestos, en nada se compadecen con el delito de corrupción, al menos en la forma en que están redactados.

6. La conducta del sujeto que corrompe al servidor público que realiza las acciones antes descritas, se castiga con pena de tres a seis años de prisión, cuando debiera ser castigada con la misma pena del delito cometido por el servidor público, pues el delito cometido por el que corrompe no debe llevar, al menos en abstracto, pena inferior a la prevista para el servidor público infiel con la administración pública panameña.

7. Una modalidad nueva de corrupción se incorporó con la adopción del Código Penal de 2007, pues la misma permite castigar actos de corrupción cometidos por

servidores públicos de otro Estado o funcionario de un organismo internacional público cuando se trate de los delitos ya descritos anteriormente, así como el sujeto que lo corrompe.

Los ejecutivos extranjeros que cometan actos de corrupción en su país pero que producen efectos en Panamá, pueden ser castigados en Panamá como si tales actos se llevaran a cabo en Panamá, por expreso mandato del art. 20 del Código Penal, ya que tales actos producen efectos en Panamá/numeral 1 del citado artículo).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

La exposición que antecede evidencia que nuestro delito de corrupción de servidores públicos merece una mejor redacción y está urgido de una adecuación de penas, pues las figuras básicas de corrupción incentivan el mismo delito, ya que su baja penalidad terminará siempre en una pena suspendida, reemplazada o sustituida por días-multa o trabajo comunitario.

Algunas conductas propias de la corrupción pueden no ser detectadas o comprobadas de forma fehaciente, pero en ciertos casos podemos recurrir al enriquecimiento ilícito o al tráfico de influencias para castigar algunas de sus modalidades.

Es lamentable que el legislador panameño haya adoptado en días recientes una reforma procesal penal, pendiente de sanción presidencial, para rebajar los plazos de prescripción de la acción penal en los delitos de peculado (malversación de caudales) y enriquecimiento ilícito, pues ello es inaceptable y evidencia el poco interés en que se persigan tales delitos al concluir este período presidencial en junio de 2014.

Como una quedó expuesto, los actos de corrupción de los particulares ya se incriminan al igual que los actos del servidor público, pues como todo delito bilateral, siempre hay dos acciones ilícitas de, al menos, dos sujetos distintos donde uno no es servidor público y ello no impide ser castigado por dicho delito.

## Perú

**Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú*

### 1. Enfoques e Interpretaciones sobre la Corrupción

La corrupción y su etiología han sido objeto de investigación y análisis desde distintos enfoques y ópti-

cas. En ese contexto se han construido importantes modelos de interpretación y explicación de la corrupción desde la psicología, la ética, la economía, la sociología, el derecho, la ciencia política y la teoría administrativa.

Hay diferentes propuestas de **interpretación económica del fenómeno de la corrupción**. La más difundida es la aquella que partiendo de la teoría de la *elección pública* sostiene que existe corrupción por que la función pública constituye una renta (un beneficio, un privilegio) que es ofertable y requerida, por lo que puede ser objeto de intercambio. Siempre que potencialmente exista este tipo de renta aparecerá un buscador (corruptor) para intentar apropiarse de ella o adquirirla a precio. El funcionario público entonces, a través de su función, genera o administra rentas, consistentes en beneficios o privilegios y que son deseados o requeridos por el corruptor quien para obtenerlas está dispuesto a pagar un soborno. Desde este enfoque económico la corrupción es, pues, “una forma de obtención” de tales rentas (Gómez- González- Hierro).

Ahora bien, desde un **enfoque sociológico** la corrupción constituye una reacción a la concepción ética - individual en base a la sconomía instrumental. Desde esta perspectiva la corrupción se expresa como una acción social de desvío y requiere bilateralidad social. Ella constituye, pues, un rol pero también una praxis que tienen causas sociales y producen efectos igualmente sociales aunque negativos. La corrupción así enfocada ejerce, entonces, un rol negativo que opera como factor debilitante o neutralizador del poder político. Entendiendo a este último como control social coercitivo que da y aplica normas. Por tanto, donde hay poder configurado como facultad de dar y aplicar normas de conducta social, es factible la corrupción como mecanismo de evasión o desviación de ese poder. En consecuencia la corrupción desde una óptica sconomica es una “acción social ilícita o ilegítima, encubierta y deliberada, realizada vía cualquier cuota de poder, con arreglo a intereses particulares en espacios institucionalizados y estructurados, afectando deberes de función, intereses colectivos y/o la moral social. Lo que se corrompe, pues, es el poder administrativo de la aplicación de las normas en los espacios normativos institucionalizados y estructurados” (Olivera Prado).

Para la **teoría política** la corrupción es considerada como una cuestión social problematizada (*máxima expresión de un problema social*). Porque representa una discrepancia relevante entre el estándar de deseabilidad (*lo que debe ser*) y la realidad observada (*lo que es*), la cual ha superado el margen de tolerabilidad admisible para la sociedad y el Estado. Pero, además, se trata

de una “cuestión socialmente problematizada” porque suscita descontento, cuestionamientos y debates que demandan de modo urgente la adopción de acciones de control o reducción de sus causas y efectos negativos. Pero, además, la corrupción es una cuestión socialmente problematizada y global. Esto significa que ha sobrepasado la mera constatación vivencial del fenómeno, para extenderse y expresarse en un debate transversal que vincula tanto a los grupos sociales como a las diferentes esferas políticas e institucionales del mundo entero. Siendo así, la corrupción exige la identificación y formulación de políticas, estrategias, programas y proyectos sociales que deben implementarse en el plano nacional e internacional para controlar o reducir sus efectos negativos en un plazo razonable.

Finalmente, en el **ámbito criminológico y jurídico-penal** la corrupción suele ser catalogada como una manifestación grave de la criminalidad contemporánea, la cual suele expresarse en la comisión de *delitos de oportunidad* que se gestan y ejecutan, principalmente, en el ámbito de la administración pública o de las relaciones de esta con la actividad privada o en la interacción de esta última. Sus distintas tipologías exigen, tradicionalmente, la concurrencia de tres componentes de configuración:

1. La pre-existencia de una norma administrativa clara y que exige su aplicación transparente.
2. La decisión y acción de un funcionario público que voluntariamente quebrantará la norma y que obtendrá por ello un beneficio para sí mismo.
3. La identificación del beneficio indebido como la consecuencia directa o derivada del acto funcional que quebrantó la norma, así como de su provisión y cesión por terceros.

Corresponde, pues, a los sistemas jurídicos criminalizar y sancionar tales conductas de manera idónea, eficiente y oportuna para, sobre todo, poder preservar la imparcialidad, transparencia y equidad de la función pública o en las relaciones de competencia entre entidades privadas.

## 2. Sobre la Corrupción en el Perú: El Caso Montesinos-PEPs

En la actualidad hay sólidos estudios sobre la evolución y presencia de la corrupción en el Perú. Especialmente se ha analizado la incidencia política, social y económica de este fenómeno en la historia nacional. Una de estas investigaciones fue la realizada por Alfonso Quiroz, cuyo libro **sobre Historia de la Corrupción en el Perú** se ha publicado póstumamente por el

Instituto de Estudios Peruanos.IEP. Comentando los contenidos esenciales de dicha obra MARCOS CUESTO ha destacado la relación que se ha producido, históricamente, entre bonanza económica, ciclos de corrupción y gobiernos autoritarios. Al respecto ha sostenido lo siguiente: *"Hay ciclos de corrupción que muchas veces están relacionados a ciclos de crecimiento económico, lo cual hace al libro muy actual, porque el Perú esta viviendo un ciclo de crecimiento y quizá lo podría aprovechar si toma las reglas más claras para promover la transparencia. Hay periodos que empiezan con grandes impulsos y con políticas económicas que favorecen ese crecimiento, pero a la mitad o al final comienzan a acentuarse los problemas de corrupción, especialmente si se han dado en gobiernos de corte autoritario"*(Nelly Luna Manco. Historia de un flagelo en el Perú. Diario El Comercio. Edición del 19 de mayo de 2013, p. a20).

Un episodio importante y reciente que gráfica la capacidad de penetración que ha tenido la corrupción en nuestro país, corresponde al gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) y que afectó toda la estructura funcional del Estado, involucrando, de modo preferente, a un grupo importante de personas expuestas políticamente (PEPS). Es decir, a personalidades que por su cargo o función adquirieron y ejercieron poder e influencia determinantes sobre el entorno social, económico y político de la sociedad peruana en aquel periodo. En efecto, durante la década citada el Estado peruano, así como la comunidad nacional, sufrieron una concertada agresión criminal de parte de PEPs. En ese contexto, se ha identificado a Vladimiro Montesinos Torres como el principal gestor y hombre clave de una red criminal conformada por personas políticamente expuestas, dedicadas a la sumisión, coaptamiento y corrupción del aparato estatal. Efectivamente, las investigaciones y procesos que se han adelantado y concluido contra el ex asesor han demostrado que el *modus operandi* que caracterizó su accionar delictivo fue, justamente, el de construir células o puntos nodales alrededor de una constelación de funcionarios, personalidades, y actividades del ámbito político, económico, financiero, así como de los principales medios de comunicación social. A todos ellos Montesinos los fue sometiendo y vinculando a su proyecto criminal en diferentes oportunidades y con distintos medios. Además, todo ello se hizo bajo el objetivo aparente de consolidar en el poder al gobierno de aquel entonces, como condición indispensable para la estabilidad y desarrollo sostenido del país. Sin embargo, las actuaciones judiciales han ido demostrando que se aspiraba, en realidad, a mantener

diferentes fuentes de enriquecimiento ilícito y a asegurar, a la vez, eficientes mecanismos de impunidad.

Para poder entender la complejidad de dicha red criminal y su negativa proyección sobre las instancias decisionales del Estado, basta con mencionar que ella logró consolidar núcleos activos en las siguientes instituciones públicas:

- Congreso de la República.
- Poder Judicial.
- Ministerio Público.
- Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Consejo Nacional de la Magistratura.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Contraloría General de la República.
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.
- Tribunal Fiscal.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- Sistemas de Inteligencia.
- Fuerzas Armadas.
- Policía Nacional.
- Medios de comunicación social.

La integración activa y sistémica de funcionarios del más alto nivel en estas células operativas de la red criminal de Montesinos, se expresa en la constatación de que entre el total de 1743 personas que fueron procesadas penalmente en los 246 juicios penales incoados a dicha estructura delictiva, figuren —muchos ya en calidad de condenados— quienes en el gobierno de Alberto Fujimori ejercieron las funciones y cargos de:

- Ministros de Estado.
- Presidente y Vocales de la Corte Suprema.
- Fiscal de la Nación.
- Fiscales Supremos.
- Contralor General.
- Superintendente de Administración Tributaria.
- Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- Funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Sin embargo, es importante aclarar que la actividad criminal que desplegó la RED MONTESINOS no se circunscribió únicamente a actos relacionados con la corrupción administrativa, sino que trascendió también a otras manifestaciones delictivas convencionales y no convencionales que involucraron también el tráfico de drogas, el tráfico de armas y graves atentados contra los derechos humanos. Sólo de modo enunciativo podemos señalar que a los integrantes de la aludida orga-

nización delictiva les fueron imputadas, entre otras, las siguientes acciones ilícitas:

- Compra de Congresistas “*Tránsfugas o Topos*”.
- Obtención y Pago de Comisiones Ilegales.
- Tráfico de Influencias.
- Desviación y Malversación de Presupuestos Institucionales.
- Enriquecimiento Ilícito.
- Fraude Electoral.
- Omisión de Funciones de Control.
- Interceptación de Comunicaciones (“*Chuponeo telefónico*”).
- Direccionamiento de Procesos Judiciales.
- Exclusión de la Fiscalización Tributaria y Presupuestal.
- Negociación Colusiva de la Privatización de Activos Públicos.
- Transacciones Financieras Sospechosas.
- Tráfico Ilícito de Drogas.
- Tráfico de Armas.
- Transferencias Clandestinas de Capital al Exterior.
- Desapariciones Forzadas.
- Tortura
- Asesinatos.
- Chantaje.
- Campañas Periodísticas de Desprestigio a Políticos y Sectores de Oposición.

En cuanto al daño económico que sufrió el Estado peruano, en aquel periodo, a través de tales actividades delictivas, no hay aún cifras definitivas. Es así, que los estimados sobre el probable volumen de transferencias al extranjero de los beneficios ilícitos obtenidos por Personas Expuestas Políticamente, en ese entonces, como consecuencia de actos de corrupción, es también imprecisa señalándose como cifra conservadora más de 800 millones de dólares. Al respecto, es de señalar que a través de procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, y con la aplicación de acuerdos de colaboración eficaz, se ha logrado identificar, recuperar y repatriar una parte mínima de dichos ingresos ilícitos que pudieron salir del país. Efectivamente, al presente el monto del dinero repatriado asciende a la cantidad de 173’954,043 dólares. Además, permanecen en condición de bloqueados alrededor de 46’017,704.78 dólares. Estos fondos se han ido ubicado en varios países como Gran Caimán, Suiza, Estados Unidos, México y también en el Perú. Sobre la base, pues, de tales cifras el capital estatal que podría recuperarse, en el mejor de los casos, sólo será de cerca de 220 millones de dólares. Ahora bien, el *modus operandi* aplicado se desarrolló con tipologías bastantes conven-

cionales, sobre todo de aquellas utilizadas para lavar los ingresos ilegales. Sin embargo, aplicaron, también, ingeniosos sistemas para evitar la detección interna de tales ingresos y operaciones, para lo cual aprovecharon convenientemente su posición y privilegios funcionales. Entre las modalidades más recurrentes cabe citar seis a las que se les ha asignado una denominación representativa y que fueron las siguientes:

1. El pago de comisiones ilegales en el exterior.
2. La captación interna de ingresos ilegales y su transferencia al exterior a través de testaferros.
3. La transferencia al exterior de “fondos de inversión” obtenidos ilícitamente.
4. La circulación indirecta de dinero ilegal con participación de la banca *offshore*.
5. La transferencia al exterior de dinero ilegal con abuso de prerrogativas diplomáticas (el método hormiga).
6. La anulación del control fiscal interno de los activos de las personas expuestas políticamente a través del sistema del RUC sensible.

### 3. Las Medidas Preventivas contra la Corrupción

Como consecuencia de las experiencias extraídas del caso Montesinos se han venido diseñando e implementando, desde finales del año 2006, un conjunto de **políticas y directivas de prevención de la corrupción**, especialmente para el caso de las Personas Expuestas Políticamente. En lo esencial, todas ellas reproducen los estándares internacionales acordados en el artículo 14º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y disponen lo siguiente:

1º Considerar como Personas Expuestas Políticamente a aquellas personas naturales que cumplen o hayan cumplido funciones públicas destacadas en los últimos dos (2) años sea en el territorio nacional o extranjero y cuyas circunstancias financieras puedan ser objeto de un interés público. Se incluye también en esa calidad a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y el cónyuge.

2º Se deben reforzar los procedimientos de identificación, registro y verificación de las Personas Expuestas Políticamente que administren recursos públicos. Especialmente se aplicarán las siguientes formalidades y prácticas:

- a) Requerir, cuando resulte necesario, una declaración jurada sobre el origen de los fondos que poseen o aplican las PEPs.
- b) Mantener información actualizada respecto a los ingresos mensuales de una PEP; así como sobre

sus operaciones comerciales, financieras o empresariales usuales, particularmente sobre su monto, periodicidad y lugar de realización.

- c) Establecer una relación de las personas jurídicas vinculadas a PEPs.
- d) Evaluar la finalidad real de la relación comercial, financiera, empresarial, etc. que buscan establecer las PEPs
- e) Organizar, según corresponda, un registro especial de usuarios o clientes PEPs, donde deberán incorporarse sus datos particulares.

3º Elaborar de forma progresiva la lista de cargos públicos, cuyos titulares deben ser comprendidos como PEPs. Dicha lista, sin embargo, tendrá siempre un carácter referencial y no será limitativa. La información requerida debe cubrir los siguientes datos:

- a) Nombres y Apellidos.
- b) Número de Documento Nacional de Identidad - DNI.
- c) Fecha de Nacimiento.
- d) Institución a la que pertenece.
- e) Cargo que ocupa.
- f) Fecha de designación en el cargo.
- g) Fecha de cese en el cargo

4º La lista de cargos calificará como Personas Expuestas Políticamente a titulares, funcionarios y asesores de los Poderes del Estado; organismos públicos constitucionales; organismos públicos descentralizados; gobiernos regionales y locales. Cabe señalar que en su primera versión, la lista de PEPs abarcó a un total de 29 dependencias públicas y a 138 cargos funcionales.

La traumática experiencia de corrupción sistémica, vivida a través del caso Montesinos, mostró al país y al Estado la necesidad de contar con un programa de control directo y eficiente sobre las instituciones públicas y sobre sus altos funcionarios para prevenir la corrupción. Este contexto también ha servido para que se configuren innovadoras estructuras e instrumentos estratégicos e integrales de prevención, como la **Comisión de Alto Nivel Anticorrupción** creada por Ley 29976 del 3 de enero de 2013 y el **Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012- 2016** que fue aprobado por Decreto Supremo N° 119-2012-PCM del 8 de diciembre de 2012.

#### 4. La Legislación Penal Anticorrupción

El sistema de delitos de corrupción tipificados en el Código Penal de 1991 es de corte tradicional y su morfología interna no difiere sustancialmente de la que

existió en el Código Penal de 1924 (Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Volumen IV. Editorial Sagitario. Lima. 1990, p.303 y ss.). Ella se encuentra integrada en el Título XVIII del Libro Segundo de la Parte Especial que corresponde a los Delitos contra la Administración Pública. En lo esencial se trata de delitos dolosos, funcionariales y configurados mayormente como estructuras de comisión y de resultado. Para estos delitos se ha considerado una penalidad conjunta que integra penas privativas de libertad, multa e inhabilitación (Sobre la dogmática penal de estos delitos véase: Ramiro Salinas Siccha. Delitos contra la Administración Pública. 2ª. Edición. Grijley. Lima. 2011, p. 429 y ss.). Además, se incluyen consecuencias accesorias de decomiso de los bienes y ganancias ilícitamente obtenidos por el funcionario corrupto (Arts. 401° A y 401° B). Según las estadísticas judiciales entre los meses de enero-abril del presente año, a nivel nacional, se han emitido 113 sentencias condenatorias por delitos de corrupción de funcionarios.

Los supuestos criminalizados incluyen modalidades de cohecho y delitos afines que son los siguientes:

- a) **Cohecho (Artículos 393° al 399°)**
- b) **Negociaciones incompatibles con el cargo (Artículo 397°)**
- c) **Tráfico de influencias (Artículo 400°)**
- d) **Enriquecimiento ilícito (Artículo 401°)**

El cohecho que criminaliza el Código penal peruano responde a su acepción clásica. Esto es, se le construye típicamente como una especie de compraventa de la función pública. Es decir, una forma de contrato ilegal entre el funcionario y un tercero, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones:

- a) El funcionario público oferta o concede una determinada actividad o inactividad funcional.
- b) El tercero oferta la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del funcionario.

Ahora bien, la legislación peruana hace diferencias en la configuración típica y en el tratamiento penal del cohecho en función a diferentes criterios. En primer lugar toma en cuenta la condición de los sujetos que intervienen en el pacto ilícito: Si el agente es un funcionario público regula tipos de **cohecho pasivo** y cuando el sujeto activo es un tercero se tipifican modalidades el **cohecho activo**. Luego, también, se hace otra distinción en base al contenido del pacto injusto entre funcionario e interesado. Si el acuerdo ilegal involucra la violación de deberes funcionariales se tratará de un **cohecho propio**. En cambio, cuando dicho acuerdo no implica la violación de deberes funcionales se confi-

gura un **cohecho impropio**. Por tanto, coexisten, paralelamente, tipos penales de: **cohecho pasivo propio**, **cohecho pasivo impropio**, **cohecho activo propio** y **cohecho activo impropio**.

Igualmente, se distingue un **cohecho antecedente** cuando el hecho ilícito implica el cumplimiento futuro, por parte del funcionario, de un acto disfuncional acordado o prometido; y un **cohecho subsiguiente** que se produce como recompensa ilegal en un momento posterior a la actividad irregular del funcionario. Finalmente, en la normatividad nacional también se tipifican modalidades de cohecho según la clase de funcionario que comete el delito. Así se regula un **cohecho general** para el caso de cualquier tipo y nivel de funcionario; y se sanciona un **cohecho especial** cuando se trata de funcionarios del sistema de justicia (jueces, fiscales, auxiliares de justicia).

En lo que concierne a modalidades de **cohecho internacional**, estas se han incorporado recientemente al derecho penal peruano. En efecto, la Ley 29316 del 14 de enero de 2009 incorporó con el artículo 397° A el delito de cohecho activo internacional. Dos años después la Ley 29703 del 10 de junio de 2011 introdujo a través del artículo 393° A el delito de cohecho internacional pasivo.

A nivel procesal los delitos de corrupción de funcionarios están sometidos a las reglas del procedimiento común que regula el Código Procesal Penal de 2006. Coexisten también normas especiales sobre control de comunicaciones como la Ley 27697 de 12 de abril de 2002, así como la Ley 27770 del 28 de junio de 2002 sobre beneficios penales y penitenciarios.

El Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 no propone cambios sustanciales en relación a la regulación vigente de los delitos de corrupción de funcionarios, con la notoria omisión del delito de cohecho internacional pasivo.

## Polonia

**Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska**

*Escuela Superior Europea  
de Derecho y Administración  
Varsovia*

En el Código Penal polaco varias normas conciernen a la corrupción. Son las normas siguientes:

1) El art. 228 del C.P. polaco trata sobre la corrupción pasiva de la persona que actúa en relación con el desempeño de la función pública.

El art. 228 del C.P. polaco contiene 6 párrafos. El párrafo 1 trata sobre el delito de recibimiento del provecho material o personal o la promesa de éste por la persona que actúa en relación con el desempeño de la función pública. Por este delito se prevé la pena de privación de la libertad de 6 meses hasta 8 años.

El párrafo 2 del art. 228 del C.P. polaco dice sobre el caso de menor importancia, por el cual se prevé la pena de multa o la pena de limitación de la libertad o la pena de privación de la libertad hasta 2 años.

Los párrafos 3, 4, y 5 del art. 228 del C.P. polaco formulan los casos calificados, es decir los casos, por los cuales se prevé la pena más severa que la prevista en el párrafo 1 del art. 228 del C.P. polaco.

Se trata de: primero - cuando el sujeto, en relación con el desempeño de la función pública, recibe el provecho material o personal o la promesa de éste por su conducta que viola las normas legales (la pena de 1 año hasta 10 años); segundo - cuando el sujeto, en relación con el desempeño de la función pública, hace depender la realización de la diligencia del servicio de la recepción del provecho material o personal o su promesa o exige tal provecho (la pena de 1 año hasta 10 años); tercero - cuando el sujeto, en relación con el desempeño de la función pública, recibe el provecho material de gran valor o la promesa de éste (la pena de 2 años hasta 12 años).

Según el párrafo 6 del art. 228 del C.P. polaco a las penas previstas en los párrafos anteriores está sometido, respectivamente, el sujeto que en relación con el desempeño de la función pública en el Estado extranjero o en la organización internacional recibe el provecho material o personal o la promesa de éste o exige tal provecho o hace dependencia de la realización de su diligencia del servicio de la recepción del dicho provecho.

2) En el art. 229 del C.P. polaco está previsto el delito de corrupción activa. El art. 229 del C.P. polaco también está compuesto de 6 párrafos. En el párrafo 1 se prevé la pena de 6 meses hasta 8 años para el sujeto que concede o promete conceder el provecho material o personal a la persona que desempeña la función pública, con relación con el desempeño de esta función (la pena de privación de la libertad de 6 meses hasta 8 años).

El párrafo 2 habla sobre el caso de menor importancia (la pena de multa, de limitación de la libertad o de privación de la libertad hasta 2 años).

En los párrafos 3 y 4 del art. 229 del C.P. polaco están previstos los casos calificados, es decir con la pena más severa (de 1 año hasta 10 años y de 2 años hasta 12 años). Se trata de la violación de las normas legales por

la persona que desempeña la función pública. Se trata también de provecho material de gran valor.

El párrafo 5 trata sobre el provecho material o personal para la persona que desempeña la función pública en el Estado extranjero o en la organización internacional.

Es muy interesante el párrafo 6 del art. 229 del C.P. polaco. Esta norma prevé la impunidad del sujeto del delito de la corrupción activa, en el caso, cuando el provecho material o personal o la promesa de éste ha sido recibida por la persona que desempeña la función pública, pero el sujeto ha informado sobre el hecho al órgano creado para perseguir los delitos y ha revelado todas las circunstancias esenciales del delito antes de que este órgano se ha enterado del dicho delito.

El catálogo de personas que desempeñan la función pública está definido en el art. 115, párrafo 19 del Código Penal polaco y la definición del funcionario público está en el art. 115 párrafo 13 del Código Penal polaco.

3) En los artículos 230 y 230a del C.P. polaco están previstos los delitos de protección pagada pasiva y activa (las penas: la privación de la libertad de 6 meses hasta 8 años y en los casos de menor importancia - la pena de multa, de limitación de la libertad o de privación de la libertad hasta 2 años).

En el caso de la protección pagada activa ocurre la situación de la impunidad del sujeto del delito, prevista en el art. 230a, párrafo 3 del C.P. polaco, cuando el provecho material o personal o la promesa de éste fueron recibidas, pero el sujeto ha informado sobre el hecho al órgano creado para perseguir los delitos y ha revelado todas las circunstancias esenciales del delito antes de que este órgano se haya enterado del dicho delito.

4) En el art. 250a del C.P. polaco está prevista la pena por el soborno electoral, pasivo y activo.

5) El art. 296a del C.P. polaco prevé el delito de corrupción en el sector económico, llamado también el soborno de manager. Este artículo ha sido introducido al Código Penal polaco en relación con los documentos de la Unión Europea y con los compromisos internacionales.

El art. 296a del C.P. polaco concierne a la corrupción en el sector privado. Este artículo ha sido introducido al C.P. polaco por la Ley del 2003 y posteriormente ha sido modificado por la Ley del 2008.

La misma Ley del 2003 ha introducido también la norma sobre la corrupción en el deporte, pero esta norma ha sido derogada en el año 2010.

El art. 296a del C.P. polaco contiene 5 párrafos. En el párrafo 1 del art. 296a del C.P. polaco se dice lo si-

guiente: el que durante el desempeño de la función directiva en una entidad organizativa que realiza una actividad económica o el que quedando con esta entidad en relación de trabajo o con el contrato de mandato o el contrato por obra, exige o recibe el provecho material o personal o la promesa de éste a cambio del abuso de las competencias que le hayan sido concedidas o a cambio de no ejercer la responsabilidad que pesa sobre él, lo cual puede causar a dicha entidad el daño material o que consiste el acto de la competencia deshonesto o el acto de la preferencia no admisible a favor del comprador o el destinatario del producto, del servicio o de la prestación (la pena de privación de la libertad de 3 meses hasta 5 años).

Según el párrafo 2 del art. 296a del C.P. polaco, la misma pena está prevista para el que concede o promete conceder el provecho material o personal en los casos determinados en el párrafo 1.

En el párrafo 3 del art. 296a del Código Penal polaco se dice sobre el caso de menor importancia (la pena de multa, de limitación de la libertad o de privación de la libertad hasta 2 años).

El caso calificado (con la pena más severa) está previsto en el párrafo 4 del art. 296a del C.P. polaco. La privación de la libertad de 6 meses hasta 8 años está prevista para el caso cuando el sujeto del delito, determinado en el párrafo 1 causa el daño material importante.

En el párrafo 5 del art. 296a del C.P. polaco está previsto el caso de impunidad. No está sometido a la pena el sujeto del delito definido en el párrafo 2 o 3 en relación con el párrafo 2, cuando el provecho material o personal o su promesa han sido recibidos, pero el sujeto ha informado sobre el hecho al órgano creado para perseguir los delitos y ha revelado todas las circunstancias esenciales del delito antes de que este órgano se haya enterado del dicho delito.

6) En art. 302 del C.P. polaco se trata de la corrupción en relación con los acreedores. Según el párrafo 2 del art. 302 del C.P. polaco el que concede o promete conceder al acreedor el provecho material por obrar en detrimento de otros acreedores, con relación al procedimiento de la quiebra u orientado al impedimento de la quiebra (la pena de privación de la libertad hasta 3 años).

Según el párrafo 3 del art. 302 del C.P. polaco esta misma pena está prevista para el acreedor que con relación al procedimiento definido en el párrafo 2 recibe el provecho por obrar en detrimento de otros acreedores o exige tal provecho.

Según el art. 307 del C.P. polaco el sujeto del delito definido en el art. 302 del C.P. polaco que voluntariamente reparó totalmente el detrimento, puede aprovechar la atenuación extraordinaria de la pena o incluso el desistimiento de su administración, y en el caso cuando el sujeto voluntariamente reparó el detrimento en su mayor parte puede aprovechar sólo la atenuación extraordinaria de la pena.

Según el art. 308 del C.P. polaco por estos delitos responde como deudor o acreedor el que en base a la norma legal, a la decisión del órgano competente, al convenio o a la ejecución real, se ocupa de los asuntos materiales de otra persona jurídica, física, del grupo de personas o del sujeto que no tiene la personalidad jurídica<sup>1</sup>.

## Notas

1 Para más detalles ver, por ejemplo: los informes polacos en el libro de Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Jorge Almeida Cabral, Barbara Kunicka-Michalska y otros Autores, *Korupcja w sektorze prywatnym/Corrupción en el sector privado*, Program/el Programa Grotius II Penal. Los materiales de la Conferencia de Kraków, en 2003, a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Varsovia, 2004 (los informes de: B. Kunicka-Michalska, J. Skupiński, L. K. Paprzycki, C. Nowak, A. Wiśniewski, R.A. Stefański, B. Świątkiewicz). Ver también E. Zielińska, *Polskie Prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich* (El derecho penal polaco y la protección de los intereses económicos de las Comunidades Europeas), Państwo i Prawo (Estado y Derecho), 2001, N° 1; B. Kunicka-Michalska, *Sistemas penales comparados. Corrupción en el sector privado*, Revista Penal, enero 2003, N° 11; Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Barbara Kunicka-Michalska, Jorge Almeida Cabral y Otros, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Salamanca 2002, a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé; Informes polacos de: B. Kunicka-Michalska, J. Skupiński, E. Bieńkowska, J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, R.A. Stefański, L. K. Paprzycki, B. Świątkiewicz; Los informes polacos en el libro de Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Barbara Kunicka-Michalska, Jorge Almeida Cabral y otros: *Cooperación policial y judicial en la materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Programa Grotius II Penal de la Comisión Europea, a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé; Informes polacos de B. Kunicka-Michalska; L. K. Paprzycki, H. Pracki, B. Świątkiewicz, R.A. Stefański, J. Skupiński, C. Nowak (Encuentro celebrado en Varsovia en 2002); Los informes polacos en el libro de Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Barbara Kunicka-Michalska, Jorge Almeida Cabral y Otros: *Fraude y corrupción en la administración pública*, Programa Grotius II Penal de la Comisión Europea, a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Salamanca 2002; Informes polacos de B. Kunicka-Michalska, H. Pracki, J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, C. Nowak, R.A. Stefański, L.K. Paprzycki, B. Świątkiewicz. Ver también: B. Kunicka-Michalska; *Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa. Sistemas penales comparados*, Revista Penal 1999, N° 3; Ver también los comentarios polacos al C.P. polaco y la bibliografía citada allí.

## Turquía

**Dr. R. Baris Erman<sup>1</sup>**

*Profesor adjunto de derecho penal y derecho procesal penal*

*Universidad Yeditepe, Estambul*

### 1. Introducción

La lucha contra la corrupción es un tema que no deja ser un de ser actual en el debate jurídico turco. Tras una historia de lucha ineficiente contra la corrupción, el legislador turco modificó la normativa sobre la corrupción algunas veces. Tal vez, está visto que las modificaciones han sido retractadas por el legislador, o sea completadas por otras disposiciones legales.

La Turquía ratificó la Convención Anticohecho de la OCDE el 20 Julio 2000, y el Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa el 1 Julio 2004. Reformas legislativas siguieron la ratificación en ambos casos. Abajo se presentarán las diferentes disposiciones legislativas a grandes rasgos, subseguido por una explicación de las disposiciones actuales.

### 2. Los delitos de corrupción en el CP abrogado

Desde el Código Penal Turco 1926 (abrogado 2005), el sistema penal turco conocía dos tipos delictivos relativos a la corrupción de funcionarios públicos: El cohecho y la concusión. La mayor diferencia entre esos tipos delictivos es que el cohecho (art. 252 CPT vigente) está basado sobre un “contrato de cohecho”, apoyándose en la libre voluntad de los dos partes, mientras que la concusión (art. 250 CPT vigente) se realiza cuando el funcionario público cause a una persona a proponer u otorgarle una ventaja a sí mismo o a un tercero por extorsión, por decepción, o sea por beneficiarse de su propio error (la extorsión o, en su caso, la decepción debe ser basado en el abuso de la autoridad o confianza inherente a la función pública).

El CPT abrogado conoció tipos delictivos distintos del cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos. El autor del cohecho activo era él que hubiera ofrecido, propuesto u otorgado la ventaja al funcionario público, mientras que el mismo funcionario hubiera cometido el delito del cohecho pasivo. Era entendido que el tipo finalizara cuando los dos partes hubieran llegado a un acuerdo, formando el “contrato de cohecho”. Un fracaso de llegar a un acuerdo resultaba en un tentativo, así como en el caso de que una parte no hubiera llevado el intento de cometer el delito, sino solo hubiera planificado hacer atrapar al otro. En este último caso, la

parte actuando sinceramente para completar el tipo de cohecho estaba castigado del tentativo, mientras que la otra parte no era imputado.

Como otra división, se distinguía entre el “cohecho simple” y el “cohecho cualificado”. El “cohecho simple” se definía como “ventaja propuesto u otorgado a un funcionario público a cambio de que él actuara conforme a su deber”, mientras que bajo el “cohecho cualificado” se trataba de una ventaja a cambio de hacerlo actuar en violación de su deber.

### 3. La primera versión del CP vigente

Con la entrada en vigor del CPT 2005, se cambió el tratamiento de los delitos de corrupción. El legislador mantuvo el tipo de concusión, pero modificó radicalmente el cohecho. El cohecho fue remodelado como un delito colectivo<sup>1</sup>, con amenos dos autores. A través de eso, la distinción entre el cohecho activo y lo pasivo fue abrogada.

Otra novedad fue que el cohecho simple fue des-criminalizado. La persona que propusiera, otorgara u ofreciera una ventaja a un funcionario público para que él hiciera su deber no fue castigada, mientras que el funcionario aceptando esta ventaja solo fue imputado del delito del abuso de poder —un delito castigable con una pena de prisión que puede ser suspendido.

En el área del cohecho de particulares y funcionarios internacionales también se realizaron modificaciones con el CPT 2005. Por primera vez el cohecho privado fue criminalizado, aun cuando solo en el caso de las cooperativas. El cohecho de los funcionarios internacionales ya existía, pero la nueva disposición adoptó la definición de la Convención Anticohecho de la OCDE, expandiendo el campo de aplicación del tipo delictivo a transacciones comerciales internacionales.

El legislador turco también tuvo en cuenta el artículo 4/4 de la Convención sobre la obligación de un criterio de jurisdicción eficaz, y, por eso, previó la jurisdicción universal en los delitos de cohecho (art. 13 CPT). Cabe decir que, esta movida no era relevante a la obligación bajo el dicho artículo, y podría causar conflictos de jurisdicción, aunque la aplicación de la jurisdicción universal depende de una decisión del Ministerio de Justicia. Por fin, el cohecho fue retirado del catálogo de delitos bajo la jurisdicción universal en 2009.

### 4. El proceso de evaluación por GRECO

Las modificaciones mencionadas no lograron responder a las exigencias resultando de textos jurídicos internacionales como el Convenio Penal Sobre la Co-

rrupción, que obliga a las Partes adoptar las medidas legislativas para tipificar como delitos distintos el cohecho activo y pasivo, de servidores públicos como la corrupción en el sector privado, en el curso de una actividad mercantil.

Las deficiencias de las disposiciones legales fueron el sujeto de reparo repetitivo por GRECO (El Grupo de Estados Contra la Corrupción), que, según el dicho Convenio, tiene una autoridad de evaluar la situación legal en los Estados Miembros, y preparar informes al punto de conformidad al Convenio. El GRECO urgió al gobierno turco de reformar la legislación cumpliendo al Convenio en su informe 2012 de la tercera ronda<sup>2</sup>.

El problema más importante fue que la disposición sobre el cohecho causaba lagunas de punibilidad. La definición legal no incluyó las ventajas otorgadas o recibidas para que el funcionario público cumpliera a sus deberes, no previó ninguna responsabilidad penal para la persona ofreciéndolas, y un castigo penal de menor grado para el funcionario que las recibiera, y eso no bajo el delito de cohecho.

Además, la simple oferta o solicitud de ventajas solo pudo ser castigado según las normas del tentativo, que podría resultar en una atenuación de la pena de 1/4 hasta 3/4 (art. 35 CPT)

El tipo delictivo de “tráfico de influencias”, que había existido en el CPT abrogado, no había sido mantenido en el CPT 2005, reemplazado por un delito de “recibir ventajas para un asunto al que el autor no está autorizado”. En este modo, el delito era una forma de fraude, y no incluyó ninguna responsabilidad para intermediarios que recibieran ventajas para un funcionario público, y después, no llegaron a completar el “contrato del cohecho”. Estas personas solo podrían ser imputado por su complicidad en el cohecho si el hecho actual hubiera llegado amenos al estado de tentativo<sup>3</sup>.

Otro punto crítico fue que el sistema penal turco conocía un caso de arrepentimiento activo especial para autores de cohecho, dejándolos sin imputación si ellos hubieran informado a la policía o al fiscal antes de que se inicializara una investigación penal.

De otro modo, el ámbito del cohecho en el sector privado fue demasadamente restringido. Según el Convenio, el cohecho en el sector privado debería rodear toda “actividad mercantil” (art. 7, 8 del Convenio), mientras que la disposición turca solo refería a “colegios profesionales públicos, empresas formadas con la colaboración de instituciones públicas, fundaciones operando bajo instituciones públicas, asociaciones de utilidad pública, colectivas, y sociedades anónimas de capital abierto”. Cabe decir que la lista limitó la posibilidad

del cohecho en el sector privado a casos que retienen una relación con el derecho público, creando un vasto área legalizado de la corrupción privada.

### 5. La disposición actual

Siguiendo al informe del GRECO, en 2012, el legislador turco realizó una modificación de nuevo. El texto del delito de cohecho retornó, por gran parte, al modo de reglamento antiguo, penalizando el cohecho simple, añadiendo el tipo del tráfico de influencias, y expandiendo el campo de aplicación del cohecho internacional.

El nuevo artículo 252 CPT define el cohecho activo y pasivo como dos delitos independientes, sin distinguir entre el cohecho “simple” o “cualificado”. Es posible decir que no resta ninguna diferencia entre los dos modos del cohecho, y ambos están penalizados bajo el mismo tipo delictivo<sup>4</sup>. Sin embargo, el legislador turco añadió una sentencia al tipo de concusión por extorsión (art. 250/1 CPT), y creó una disposición de “extorsión presumida”, para excluir los que otorguen una ventaja a un servidor público por miedo de que él podrá violar sus deberes, en visto de un comportamiento o una conducta injusto por el parte del servidor público<sup>5</sup>.

Los nuevos tipos del cohecho activo y pasivo han sido regulados como sigue:

Art. 252/1 CPT (El cohecho activo): “Quien otorgue directamente o mediante intermediarios, cualquier ventaja<sup>6</sup> a un servidor público<sup>7</sup>, o a otra persona designada por él, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones, será castigado con una pena de prisión de 4 a 12 años.”

Art. 252/2 CPT (El cohecho pasivo): “El servidor público que reciba, directamente o mediante intermediarios, cualquier ventaja para sí mismo o a otra persona designada por sí mismo, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones, será castigado según el párrafo antecedente”.

Ambos tipos requieren el dolo de todos que tomen parte al cohecho. Por eso, no es castigable ningún hecho negligente<sup>8</sup>.

El “contrato del cohecho” no toma parte en ambos tipos. Sin embargo, el legislador previó que “el autor será castigado del delito completado si las partes llegan a un acuerdo sobre el cohecho” (art. 252/3).

Es posible que atrae la atención que el texto del cohecho activo y pasivo solo menciona el “otorgamiento” y el “recibimiento” de ventajas. Según el párrafo 4, “la pena será atenuada hasta un medio, si una ventaja solicitado por el servidor público no hubiere sido aceptado por la persona, o sea, si una ventaja ofrecida o propuesta no hubiere sido aceptado por el servidor público”.

Así, el legislador turco intentó responder a la reseña del GRECO, tipificando la oferta, propuesta y solicitud del cohecho de una parte, y reteniendo la diferencia de penas de otra parte.

Según el nuevo párrafo 5, “será castigado como autor principal, sin dar consideración a la existencia o no existencia de su capacidad pública, él que actuara como intermedio para comunicar la oferta o la solicitud a la otra parte, para llegar a un acuerdo sobre un contrato de cohecho, o sea para otorgar el cohecho”. Lo mismo vale para terceras personas que indirectamente reciban la ventaja designada a ellas, sin dar consideración a la existencia o no existencia de su capacidad pública (art. 252/6 CPT).

El cohecho internacional está regulado bajo el art. 252/9 CPT, y afecta el cohecho ofrecido, propuesto u otorgado a:

- servidores públicos de un estado extranjero, ya sea nombrados o elegidos,
- jueces, miembros de jurados, o otras personas ejerciendo una función judicial en tribunales internacionales, supranacionales o tribunales de países extranjeros,
- miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales,
- personas ejerciendo cualquier función pública de un país extranjero, inclusivo dependencias o empresas públicas,
- árbitros, ciudadanos o extranjeros, de tribunales de arbitraje cargados de la resolución de conflictos
- funcionarios o representantes de organizaciones internacionales o supranacionales formadas basado a convenciones internacionales.

Estos hechos serán procesados por el fiscal, si tengan un nexo objetivo o subjetivo a la Turquía, aun de ser cometido en un país extranjero. Por ese fin, el legislador turco introdujo una disposición particular de jurisdicción bajo el art. 252/10 CPT.

Cabe decir que en el ámbito del cohecho en el sector privado no se realizó ninguna reforma. El campo de aplicación queda como era antes de la modificación, y no incluye actividades mercantiles privadas, salvo que en casos de cooperativas, sociedades anónimas de capital abierto, etc. (art. 252/8 CPT).

Otra disposición parcialmente modificada concierne el arrendamiento activo. Según el art. 254 CPT vigente, los autores del cohecho activo como pasivo podrán beneficiarse del arrendamiento activo después de completar el hecho típico, y quedar sin cualquier imputación. El que, después de recibir una ventaja en el ámbito del cohecho, la entregue a la policía o a la fiscal, no será cas-

tigado. Lo mismo vale para el autor del cohecho activo, que, después de otorgar la ventaja, informe a la policía o a la fiscal de la existencia del hecho. La sola enmienda relacionado al arrendamiento activo es que, según la nueva disposición, el autor deberá informar al fiscal o a la policía antes de que las autoridades hubieran recibido la información de otra manera. Además, esta disposición no se aplicará a personas que cometan el delito del cohecho activo con servidores públicos extranjeros<sup>9</sup>.

### Notas

1 Özgenç categoriza este modo de delito como “delito de encuentro”, donde ambas partes son autores, y no existe ninguna parte victimizada. Véase: Özgenç, İzzet, İrtikap ve Rusvet Suçları, Seekin, Ankara, 2012, pág. 112.

2 Los informes sobre la Turquía quedan confidenciales, pero podremos mostrar los principales puntos de crítica.

3 El sistema penal turco no conoce el “tentativo a la complicidad”.

4 Véase: Tezcan, Durmus/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, *Murat*, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9<sup>o</sup> ed., pág. 881.

5 Esta disposición introdujo una “presunción legal”, que no podría ser aceptado en el sistema penal turco. Además, el criterio del “temor resultando del comportamiento injusto por el parte del servidor público” es demasiado vago, y subjetivo. Por eso, esta modificación está criticado por tener el potencial de causar más problemas que antes, y crear un déficit en la lucha contra la corrupción. Véase: Tezcan/Erdem/Önok, pág. 862.

6 La “ventaja” en el sentido del delito de cohecho se refiere a todo modo de desempeño que mejore la situación financiera, legal o personal, del recibidor del cohecho; véase: Tezcan/Erdem/Önok, pág. 881.

7 Según art. 6 CPT, el “servidor público” está entendido como “todas personas que participen al funcionamiento de la actividad pública, a través de ser elegido, designado, o de otro modo, permanentemente o temporalmente. Cabe decir que debido a esta disposición, la concepción del “servidor público” en el sistema penal turco abarca no solo funcionarios, pero también todos empleados participando al servicio público, en el sector privado como público.

8 Tezcan/Erdem/Önok, pág. 888.

9 Este punto había sido añadido con una enmienda en 2009, para cumplir con las exigencias del GRECO, una modificación criticado inquietamente por Özgenç. Véase: Özgenç, pág. 104.

## Uruguay

**Pablo Galain Palermo**

*Doctor Europeo en Derecho*

*Investigador Senior en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional  
Freiburg, Alemania*

1. La corrupción —entendida etimológicamente como la ruptura de un orden de cosas, o filosóficamente

te como un déficit en el ser (en relación a un ideal, un principio o un deber), o como una cuestión penal que atañe a quien obtiene ventajas indebidas de la función pública— está presente en todas las sociedades<sup>1</sup>. Aunque no existe una sociedad libre de corrupción, en Uruguay la corrupción en el sector público no es un problema endémico o generalizado de una forma tal que ponga en riesgo al Estado de Derecho<sup>2</sup>. Los funcionarios más propensos y mejor “organizados” para obtener provechos injustos aprovechando el desempeño de una función son los funcionarios aduaneros<sup>3</sup> y policiales<sup>4</sup>, aunque también han habido graves casos de corrupción en las Fuerzas Armadas (principalmente la Marina)<sup>5</sup>. Durante la dictadura cívico-militar no tuvimos medición de los índices de corrupción, pero los actos de favorecimiento y contratación directa de partisanos fueron notorios, pero nunca investigados<sup>6</sup>. Una vez finalizados los gobiernos de orientación neoliberal de Julio María Sanguinetti (1985-1990 y 1995-2000) y Luis Alberto Lacalle (1990-1995) y como consecuencia de denuncias penales por graves hechos de corrupción (en particular, la venta del Banco Pan de Azúcar durante el gobierno de Lacalle que produjo millonarias pérdidas a víctimas civiles y al propio Estado)<sup>7</sup>, el tema adquirió mayor importancia. A partir de la década del noventa se puede hablar de un proceso de “judicialización de la política”, siendo los jueces penales quienes pasaron a dirimir la condición de “buen o mal funcionario” de los servidores públicos<sup>8</sup>. Los gobiernos de “izquierda” de Tabaré Vázquez (2005-2010) y de José Mujica (2010-) tampoco han sido ajenos a casos graves de corrupción<sup>9</sup>.

2. La percepción de la corrupción, considerada como una trasgresión a las normas sociales en una sociedad dada, depende del sistema de valores vigente y del momento histórico y social. A fines del siglo pasado determinados actos de corrupción eran percibidos como un grave problema<sup>10</sup>; pero hoy en día este tema ha sido totalmente desplazado por la inseguridad ciudadana<sup>11</sup>.

3. En cuanto hace al concierto internacional el Índice de Percepción de la Corrupción 2012 colocó a Uruguay en el puesto número 20 a nivel mundial de los países menos corruptos<sup>12</sup>. Según la ONG alemana Transparency International, Uruguay<sup>13</sup> es el país con los índices más bajos de corrupción en América Latina<sup>14</sup>.

4. En lo que concierne a la normativa internacional Uruguay ratificó la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 por medio de la ley 18.056 de 20.11.2006 y la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Caracas el 29 de marzo de 1996<sup>15</sup> por medio de la ley 17.008. Los actos de corrupción aparecen enumerados en el

Art. VI<sup>16</sup>. La normativa internacional fue la base para una profunda reforma punitiva a nivel nacional, que solo tuvo lugar a fines del siglo pasado.

5. Desde el punto de vista político criminal, cabe decir que en Uruguay existe “por un lado” un problema de hiper-reglamentación que alimenta a una burocracia ineficiente y que juntos conforman una especie de sistema basado en la “irresponsabilidad organizada” de los funcionarios y, por otro lado, un grave problema legislativo y de política (criminal), pues las normas que se crean tienen efectos más simbólicos o aparentes que reales<sup>17</sup>. Dentro de esta maraña normativa que apenas cumple con los objetivos que la legitiman, el derecho penal producto de una política criminal desordenada es presentado como la solución mágica de los males sociales (aunque tan solo se trata de la herramienta política más barata), la tipificación de actos de corrupción ligados a las políticas de “enchufe” o “amiguismo” (como son los tráfico de influencias) habían sido tipificadas o bien como delitos de peligro (Art. 161 CP) o bien como tipos penales de dudosa constitucionalidad (Art. 162 CP).

6. Tradicionalmente, en relación a prácticas corruptas en contra de la administración el Código Penal (que obedece a la política criminal del fascismo italiano de 1930) solo contenía algunos delitos contra la Administración Pública en el Título IV (Arts. 153 a 176) y contra la economía y la hacienda pública en el Título IX (Arts 253 a 257). Entre los delitos relacionados con los funcionarios públicos encontramos al peculado (Art. 153), la concusión (Art. 156), las formas de cohecho (Arts. 157 y 158), el soborno (Art. 159), el fraude (Art. 160), la revelación de secretos (Art. 163), así como el inconstitucional delito de abuso de funciones (Art. 162), que violando el principio de legalidad (certeza) castiga con una pena al funcionario que con “abuso de su cargo, cometiera u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código”. Por su parte, el funcionario público que se “interesase” (sin más requisitos) de forma privada en algún acto o contrato en el que debiera participar por razón de su cargo, cometería el delito de “conjunción del interés personal con el público” (Art. 161). Como se puede apreciar, se trata de un delito de peligro que encierra en sí mismo el “peligro” de lesión del principio de certeza que requiere todo delito, pues la definición de la conducta prohibida queda prácticamente a criterio de un juez devenido en legislador. Este grupo de delitos no protege el bien jurídico “erario público”, en tanto el daño (perjuicio económico al Estado) no es necesario en muchas figuras penales allí

contenidas. El legislador castiga al funcionario desleal o infiel, aquel que rompe con la confianza depositada en él para el desempeño de la función<sup>18</sup>. El reproche va todavía más allá y en algunas figuras como la del Art. 161 penaliza una actuación descuidada o irresponsable, con el riesgo de ultrapasar las fronteras entre el dolo y la imprudencia<sup>19</sup>. En cuanto a los delitos contra la hacienda pública el Código Penal apenas tipifica delitos como el contrabando, las quiebras y la insolvencia fraudulenta. Como se puede apreciar, el Código Penal necesitaba de rápido *aggiornamento* que recién llegó a fines del siglo XX.

7. Como a la corrupción generalmente se la relaciona con la falta de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, el Parlamento sancionó la denominada “Ley Cristal” (ley 17.060 de 1999). Esta ley comienza por primera vez a exigir a los funcionarios públicos<sup>20</sup> de mayor jerarquía (Arts. 10 y 11) una declaración (cada dos años) de sus bienes e ingresos. En los artículos 16 y 17 se regulan las sanciones para los funcionarios que no presenten las listas de declaración de bienes e ingresos. La “ley cristal” basa la probidad de la función pública en la publicidad y la motivación de los actos relacionados con funciones de gobierno o de servicio público (Arts. 5 a 7). El control no será solamente social (entendiendo la corrupción como un problema que atañe a todos los ciudadanos) sino también institucional. Por eso se crea una Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado (Art. 4) que debería asumir un rol central de asesoramiento para la prevención y represión de la corrupción pública, sin interferir en las competencias de los restantes Poderes del Estado<sup>21</sup>. La Junta podrá recibir denuncias de los ciudadanos a quienes se involucra en las funciones relativas al control social o control ciudadano de la corrupción (Art. 6).

8. El Art. 3 de la ley 17.060 dice que: “A los efectos del Capítulo II de la presente ley se entiende por corrupción el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado”. De este modo el legislador reprocha cualquier uso indebido del poder público o de la función públicas sin que sea condición necesaria para el injusto penal que tal conducta cause un daño al Estado. El tipo subjetivo requiere una finalidad económica, es decir, el funcionario comete un acto de corrupción porque desea obtener con su conducta indebida un provecho económico. Se trata de una noción amplia de corrupción que escapa del derecho penal y abarca al derecho administrativo, pues se tipifican también conductas relacionadas con el correcto desempeño de la función pública.

9. La ley incorporó tipos penales relacionados con conductas cercanas a la corrupción que ligan a la función pública con la actividad privada, como el delito de tráfico de influencias<sup>22</sup> y la utilización indebida de información privilegiada<sup>23</sup>.

10. Como la ley se inspiró en las convenciones internacionales contra la corrupción, se vió obligada a incorporar delitos que trascendieran las fronteras nacionales. El Art. 29 tipificó el delito de cohecho y soborno transnacional<sup>24</sup> y el Art. 30 el delito de blanqueo de dinero<sup>25</sup>. De este modo el legislador no solo llenó un vacío legal en relación a una conducta frecuente que no estaba tipificada como delito sino que también la vincula con la corrupción de los funcionarios públicos. Además, incorporó algunas medidas para facilitar la colaboración internacional (Arts. 31 a 36). En lo que concierne a la extradición se adopta un criterio amplio en cuanto a los mínimos punitivos que permiten habilitar un mayor número de pedidos de entrega.

11. En lo que tiene que ver con las consecuencias jurídicas, en concordancia política criminal con la finalidad de obtener un provecho económico mediante los actos de corrupción, la ley incorporó al Código Penal como una pena o consecuencia jurídica del delito la confiscación de los beneficios obtenidos mediante el delito<sup>26</sup>. Además, y como es tradicional cuando se lleva a cabo “maniobras” políticas (criminales) cercanas al derecho penal simbólico, el Art. 8 de esta ley modificó muchos delitos relacionados con la administración pública aumentando sus penas y acumulando en los casos más graves la pena privativa de libertad con las penas de multa e inhabilitación. A partir de esta ley cohabitan en el sistema penal delitos que pretenden evitar el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos con otros que solo castigan una conducta descuidada o irresponsable (aunque ella no obedezca a una finalidad de lucro o de perjuicio del patrimonio estatal o de privados).

### Notas

1 Christian Maria Stadler, “On Ethics and Corruption”, International Anti-Corruption Academy, Contributions to the International Anti-Corruption Summer Academy 2011, Intersentia, Viena-Graz 2012, pp. 22-23.

2 Sin embargo, el pago de “coimas” o “favores” a los funcionarios encargados de controlar las prohibiciones (especialmente en aduana, policía y policía de tránsito), hasta que se produjeron recientes y escandalosos juicios penales, se podía considerar como parte del “folklore” uruguayo y no como hechos delictivos. Además, el “amiguismo”, “clientelismo”, “enchufe” o “vitamina B o C” ha sido históricamente en Uruguay la fuente de ingreso a la función pública sin necesidad de concurso. Ello demuestra que la ciudadanía en general aceptaba determinadas conductas como socialmente válidas y no tenía necesidad de criminalizarlas. Por otra parte, en un

Estado orgullosamente laico basado en la cultura del igualitarismo (con lo positivo y lo negativo que ello conlleva) son muy pocos los casos concretos de funcionarios públicos uruguayos que se hayan enriquecido en el cumplimiento de su función y no hayan recibido alguna forma de reproche penal, política o social (moral). La ciudadanía uruguaya no considera que la corrupción en general y en la administración pública sean un problema de relevancia, mientras que empresarios y funcionarios públicos perciben que la corrupción es menor a lo que indica la opinión pública. Ver Instituto de Comunicación y Desarrollo, La corrupción y su freno. Ciudadanía, instituciones y normas, Montevideo, 2009.

3 [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin\\_america/newsid\\_7536000/7536461.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7536000/7536461.stm); <http://historico.elpais.com.uy/121221/pecono-683414/economia/aduanas-busca-revertir-en-2013-imagen-de-corrupcion/>; Visitado el 04.04.2013.

4 <http://eldiario.com.uy/2012/12/05/76-policias-procesados-en-2012/>; <http://historico.elpais.com.uy/120812/pnacio-657341/nacional/Policia-estima-que-tiene-100-corruptos-en-sus-filas/>; Visitado el 04.04.2013.

5 <http://historico.elpais.com.uy/100817/pnacio-508975/nacional/piden-procesamiento-de-ex-jefe-de-la-armada-y-otros-cuatro-oficiales/>; Visitado el 04.04.2013.

6 <http://www.derechos.org/nizkor/uruguay/doc/capelan.html>; Visitado el 04.04.2013.

7 <http://corrupcion-uruguay.blogspot.de/search/label/lacalle>; <http://edant.clarin.com/diario/96/11/08/T-04101d.htm>. Visitado el 04.04.2013.

8 Hasta ese momento, en Uruguay algunas sentencias emblemáticas de la Suprema Corte de Justicia relacionadas con temas vitales como la posibilidad de desistir de la persecución penal de los crímenes cometidos durante la dictadura militar (1973-1984) permitirían sugerir indicios de “politización de la justicia”.

9 <http://corrupcion-uruguay.blogspot.de/search/label/Tabare%20Vazquez>. Visitado el 04.04.2013.

10 Según encuesta de la empresa Factum en 1996 el 54% percibió que el nivel de corrupción en la sociedad en general y en la administración estatal en particular era alto o muy alto. La empresa Cifra en 2001 publicó que el 83% de los entrevistados consideró que el pago de “coimas” debería castigarse con penas severas, el 74% opina lo mismo sobre el contrabando en gran escala, pero solo el 41% sobre la evasión impositiva y el 14% sobre la venta callejera de artículos de contrabando. <http://www.monografias.com/trabajos10/curug/curug.shtml>. Visitado el 04.04.2013.

11 Es interesante ver que este tema de la inseguridad ciudadana permitió a los gobiernos neoliberales acceder al poder, pues la promesa de mano dura y combate al delito fue junto a una disminución del Estado y sus monopolios parte del lema político de sus campañas.

12 <http://www.lanacion.com.ar/1535584-uruguay-chile-y-barbados-los-menos-corrupitos>; Visitado el 04.04.2013.

13 <http://www.transparency.org/country#URY>; Visitado el 04.04.2013.

14 <http://www.elobservador.com.uy/noticia/238623/uruguay-y-chile-son-los-paises-menos-corrupitos-de-america-latina/>; Visitado el 04.04.2013.

15 Al momento de la ratificación la delegación uruguaya expresó: “Que es preocupación prioritaria del Gobierno del Uruguay, la no inclusión en el texto de una Convención de naturaleza esencialmente penal como la presente, de una cláusula de orden

público —fórmula fundamentalmente garantista— consagrada en Convenciones de la importancia de la de Naciones Unidas sobre Narcotráfico de 1988 y de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia penal, ambas en vigor, así como en sendos acuerdos bilaterales celebrados entre Estados miembros de la OEA”.

16 Art. VI: 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. 2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

17 La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó solamente dos sentencias de condena contra Uruguay, una por la desaparición forzada de una persona (Caso Gelman de 2011) y otra que guarda relación con la falta de protección material de los justiciables en relación al sistema jurídico, justamente por sancionar leyes que no sirven a la finalidad que dicen servir (Caso Barbani Duarte y otros de 2011). Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el derecho penal de Uruguay”, en Ambos/Malarino/Steiner (Eds), en prensa.

18 Ver Montano, Pedro, “Delitos de corrupción”, Revista de Ciencias Penales, 3, 1997, p. 161.

19 La doctrina uruguaya, sin embargo, no se ha ocupado de este aspecto. Ver por todos Cairoli, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, IV, FCU, Montevideo, 1995, p. 220.

20 El concepto penal de funcionario se define en el Art. 175 del Código Penal.

21 Sobre el tema, Petito, José, “La junta asesora en materia económico financiera del estado”, Revista de Derecho Penal, 16, 2006, pp. 529-536.

22 Artículo 158 bis. (Tráfico de influencias). El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. La pena será reducida de

un tercio a la mitad cuando se acepta la retribución, con el fin de influir decisivamente, para que el funcionario público ejercite un acto inherente a su cargo. Se considerará agravante especial del delito la circunstancia de que el funcionario público, en relación al cual se invocan las influencias, fuere alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción”.

23 Artículo 163 bis. (Utilización indebida de información privilegiada). El funcionario público que, con el fin de obtener un provecho económico para sí o para un tercero, haga uso indebido de la información o de datos de carácter reservado que haya conocido en razón o en ocasión de su empleo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables)”.

24 Artículo 29. (Cobhecho y soborno transnacionales). El que para celebrar o facilitar un negocio de comercio exterior uruguayo ofrece u otorga en el país o en el extranjero, siempre que concurren las circunstancias previstas en el numeral 5º del artículo 10 del Código Penal, a un funcionario público de otro Estado, dinero u otro provecho económico, por sí mismo o para otro, para sí mismo o para otro, será castigado con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

25 Artículo 30. (Blanqueo de dinero).-El que obstaculizare la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales a sabiendas que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del Código Penal, o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría.

26 Artículo 163 quater. (Confiscación). Tratándose de los delitos de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis, el Juez también podrá confiscar los objetos o valores patrimoniales que sean resultado directo o indirecto del delito. El producto de la confiscación pertenecerá al Estado, a cuyo efecto, y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Juez de la causal lo pondrá a disposición del Poder Ejecutivo, el que le dará el destino especial que la ley establezca. De no haber previsión especial se procederá a su venta y se destinará el importe a Rentas Generales. Lo dispuesto en la presente disposición regirá sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

## Venezuela

**Jesús Enrique Rincón Rincón**

*Doctor en Derecho, Juez Penal*

*Profesor de Derecho Penal General y Especial*

*Profesor de Postgrado de Procesal Penal*

## Introducción

Desde la última vez que escribimos en esta Revista en relación con el tema de la “*Corrupción en el sector privado*”, en la Revista Penal No. 11, de enero de 2003, hace ya más de 10 años, la situación, lejos de

mejorar, ha empeorado dramáticamente en Venezuela con respecto a la corrupción, tanto pública como privada. Hasta el punto que en los índices mundiales anuales de percepción de la corrupción, publicados por la organización Transparencia Internacional<sup>1</sup>, aparecemos para nuestra vergüenza, como el país más corrupto del continente americano, y uno de los 10 más corruptos del mundo, y esa, lamentablemente, es la cruda realidad.

Por supuesto que ésta no es una situación nueva, ya que desde los tiempos en que Venezuela era colonia de España, pasando por la guerra de independencia y hasta nuestros días, siempre ha existido corrupción, pública y privada, e igualmente han existido normas, disposiciones y leyes, tipificando y sancionando los actos de corrupción, incluso con la pena de muerte. Sin embargo, ese flagelo, lejos de haber disminuido, ha ido aumentando en todos los ámbitos, constituyéndose en un cáncer que carcome nuestras entrañas, que envilece y corrompe a toda la población, ya que ataca y deteriora los principios éticos y morales que tienen que regir a una sociedad decente, que empobrece a la nación deteriorando y distorsionando la economía a todos los niveles, evitando así el desarrollo del país, y la inversión extranjera, qué, por supuesto, no tiene ningún interés en un país donde impera la corrupción, la impunidad y no se garantice su inversión. Como señala José Vicente Haro, *“La corrupción es uno de los principales factores de deslegitimación de un gobierno electo democráticamente, constituye el principal signo de de ejercicio arbitrario del poder para fines que no son los previstos en la Constitución y, por ello, representa el cáncer de la democracia”*<sup>2</sup>

De tal manera que, a pesar que la corrupción es un fenómeno universal, lo cierto es que no en todos los países se da en las mismas proporciones. Hay países, como Venezuela, donde desde hace muchos años ha adquirido las características de una verdadera pandemia, llegando a límites realmente intolerables. Hasta el punto, que muchos de los Presidentes de la República han sido señalados de cometer actos de corrupción, o, al menos, de hacerse de la vista gorda<sup>3</sup>. La realidad es que, por un lado, no existe un sistema judicial confiable, y por el otro, se observa una complicidad social que absuelve de responsabilidades a los infractores, a través de la legitimación electoral (directa o indirecta), obtenida por algunos dirigentes y organizaciones políticas. Todo esto estimula la corrupción y coloca a Venezuela como uno de los países con una tasa delictual, que rebasaría límites de tolerabilidad social.

## Corrupción pública y también privada

Aunque tradicionalmente se consideró que la corrupción sólo se daba en el ámbito de lo público, desde hace ya cierto tiempo la mayoría de los autores señalan que también se presenta en el ámbito de lo privado, y que generalmente existe una especie de complicidad entre funcionarios y burócratas públicos con empresas y particulares. En relación con el concepto de corrupción, cada autor ha ensayado la suya, pero podemos indicar que, en general, la corrupción pública es una forma particular de crimen, mediante la cual, un funcionario público o que maneja fondos públicos, se aprovecha de su posición, para beneficiarse ilegalmente del mismo, haciendo por lo tanto un uso indebido o abuso del cargo que se le confió. Como puede observarse, hay ciertos y determinados criterios y valores que se encuentran muy relacionados en ese concepto, y que resultan afectados por la actuación del corrupto, como la moralidad, la legalidad, la licitud, la ética, la lealtad, la legitimidad. Constituye una grosera y flagrante violación de sus deberes y la utilización ilícita e ilegítima del poder que se le confirió.

En cuanto al sector privado, además de la complicidad en muchos de los casos de corrupción pública, adicionalmente se han vuelto frecuentes los sobornos<sup>4</sup>, la obtención de ventajas injustificadas, los favorecimientos frente a otros, el suministro de información confidencial privilegiada, la competencia desleal, los sobreprecios en la adquisición y venta de mercancías y de equipos, las negociaciones fraudulentas<sup>5</sup>, los esquemas Ponzi, las pirámides<sup>6</sup>, y otras conductas delictivas, similares a los famosos casos de las corporaciones Enron y Parmalat. En los últimos años, en Venezuela fueron intervenidos varios bancos privados por corrupción, ordenándose la detención de sus directivos, por, entre otras cosas, aumentar el capital sin especificar el origen de los fondos, por no cumplir con las carteras dirigidas que garantizan créditos de determinados sectores, por repartir dividendos sin autorización y por realizar operaciones prohibidas con empresas vinculadas<sup>7</sup>. En este mismo sentido, también se han dado casos de corrupción en el deporte, por el consumo de sustancias prohibidas.

## Normas contra la Corrupción

La *“lucha”* contra la corrupción pública, se inició en nuestra legislación, desde la guerra de independencia, primero mediante Decretos, como el célebre Decreto dictado por el Libertador Simón Bolívar, el 12 de enero de 1824, en donde se estableció la pena de muerte,

a todo funcionario público que hubiere malversado o tomado para sí “*de diez pesos para arriba*”<sup>8</sup>, luego a través del Código Penal, y finalmente en Leyes Especiales, como las derogadas Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos<sup>9</sup>, Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos<sup>10</sup> y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público<sup>11</sup>, esta última sustituida por la vigente Ley Contra la Corrupción<sup>12</sup>, cuya reforma se discute actualmente en la Asamblea Nacional. El artículo 141 de la Constitución Nacional establece, que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho. Es evidente que si ésta disposición constitucional se cumpliera, no existiría la corrupción pública.

Los delitos que se encuentran previstos en la Ley Contra la Corrupción son los usuales en este tipo de legislación: peculado y sus diversas modalidades, malversación de fondos, corrupción propia e impropia, instigación a la corrupción, enriquecimiento ilícito, acto arbitrario, favorecimiento electoral, concusión, evasión de aplicación de procedimientos de licitación u otros controles, utilización ilegal de fondos públicos, abarcando un total de más de 20 diferentes conductas delictivas. En relación con el delito de peculado, el autor Beltrán Haddad señala, que existen cinco formas comisivas de peculado, a saber: el peculado por apropiación, el peculado por distracción, el peculado impropio, el peculado culposo y el peculado de uso<sup>13</sup>. Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, Arteaga Sánchez cuestiona que lo que se castiga “*no es propiamente el enriquecimiento durante el desempeño del cargo*”, “*sino la no justificación de lo que se ha obtenido en el ejercicio de las funciones públicas*”<sup>14</sup>. Las penas previstas en la mayoría de los delitos de esta Ley son muy bajas. Por otra parte, y lamentablemente, en gran parte de la población, existe una pobre opinión, realmente una muy mala opinión, de los empleados y funcionarios públicos, a los cuales muchos consideran venales e ineficientes, sin embargo, al mismo tiempo, y para colmo de males, muchos justifican esa conducta y hasta les parece adecuada, por ser el Estado un ente abstracto, y considerar que tanto el Estado como los empresarios y comerciantes también son corruptos, y, por lo tanto, se merecen que los roben. De tal manera que en muchos casos, los corruptos no son realmente rechazados por buena parte de la sociedad, llegando en ciertos casos al extremo, de considerar a algunos co-

rruptos como personas inteligentes, sagaces y exitosas, casi un ejemplo a seguir.

### Causas de la corrupción

Entre las causas que dan lugar a la corrupción, o que la facilitan, encontramos que unas son morales, por la pérdida de principios éticos y de honestidad, otras son jurídicas, por la impunidad reinante, la falta de controles efectivos, la excesiva burocracia y el desorden administrativo, algunas son económicas, por la globalización y el avance de la tecnología, que facilita los movimientos sin control de capitales públicos y privados, la desorganización de las finanzas públicas, la desmedida influencia de asociaciones empresariales e industriales, la desmesurada expansión del gasto público, y otras son políticas, por la hegemonía de un partido político, o de un líder o caudillo, por el abuso de los poderes discrecionales, y la falta de independencia y autonomía de algunos poderes públicos, que no ejercen los debidos controles, permitiendo así, los actos de corrupción, las obras inconclusas o no ejecutadas, el que no se lleven libros ni se rindan cuentas, el manejar los bienes públicos como si fueran propios, etc. Por otra parte, muchos gobernantes no tienen una mentalidad austera, sino todo lo contrario, derrochadora y dispendiosa, de despilfarro de los dineros públicos.

Como en todos los delitos, el problema no se reduce a hechos muy graves que impliquen grandes cantidades de dinero, sino a una práctica generalizada que evidencia un modo de pensar, de ser y de comportarse, que considera aceptable y hasta respetable, el apoderarse o aprovecharse de bienes del patrimonio público o privado. Es la consecuencia de una casi total falta de valores éticos y morales. Por ello, muchos ven con buenos ojos el apoderarse de esos bienes, como si dichos bienes no fueran ajenos, no pertenecieran a nadie. Así vemos, por ejemplo, que buena parte de la población venezolana, recibe ilícitamente (hurta), el suministro de la electricidad, sin que realmente consideren que son delincuentes. Igual ocurre con los funcionarios que se llevan de las oficinas públicas equipos y útiles de oficina, como papel, engrapadoras, etc., y los empleados de hospitales públicos y de clínicas privadas, que se llevan medicinas, instrumentos y utensilios médicos, considerando que están en su derecho de hacerlo, simplemente por el hecho de trabajar allí, y de que, a su juicio, serían bien tontos si los comprarán y no se aprovecharán de la circunstancia de que pueden hacerlo, quedando todos esos hechos generalmente impunes, entre otras

cosas, porque muchos los consideran “normales” y de poca monta, de bagatela. Otras personas, igualmente se creen con derecho a hurtar cables de teléfono, del alumbrado público, tapas de alcantarillas, barandas y protecciones de hierro o de aluminio de puentes y autopistas, así como otros objetos o material valiosos, simplemente porque están expuestos al público, a la vista, a su disposición. No les importa en absoluto, los daños que causan a la comunidad, a veces graves, como accidentes viales o la interrupción del servicio eléctrico. Estos también son delitos contra el patrimonio público, delitos de corrupción pública y, en algunos casos, de corrupción privada.

La realidad de la economía y de la política en Venezuela incide mucho en la masificación de la corrupción, tanto pública como privada, por las siguientes razones: 1) la mayoría de los ingresos provienen de la industria petrolera (más del 90 %), que pertenece y administra exclusivamente el Estado; 2) El Estado posee y maneja directamente toda la industria pesada (extracción y procesamiento del hierro, acero, aluminio, oro, elaboración de cemento, etc.), y las empresas de generación y suministro de electricidad, de telefonía fija, acueductos, etc., así como gran parte de las entidades bancarias, supermercados, distribuidoras de alimentos, telefonía celular, etc. Habiendo por tanto una hiper intervención estatal en la economía.

### **Algunos de los casos más connotados de corrupción en los últimos años**

El llamado Plan Bolívar 2000, que fue iniciado en el año 1999, para cumplir una serie de programas sociales a través de la Fuerza Armada Nacional, y que terminó en una gran cantidad de denuncias de corrupción.

El atentado contra el Fiscal del Ministerio Público Danilo Anderson, el 18 de Noviembre de 2004, que ocasionó su muerte y donde se hicieron señalamientos de corrupción en el sistema judicial, a través de una supuesta red de extorsión conocida como “La banda de los enanos”, indicándose que del apartamento del asesinado Fiscal, sacaron maletas de dinero en efectivo, así como maquinas para contar billetes. Cuatro años después, en 2008, uno de los Fiscales del caso, Hernando Contreras, manifestó que en ese caso se habían forjado actas y falseado testimonios, por orden del Fiscal General, Isaías Rodríguez. Posteriormente, en 2012, el ex-Magistrado y ex-Presidente de la Sala de Casación Penal, Eladio Aponte, acusó al gobierno de controlar los Tribunales, y mencionó como ejemplo este caso.

La denuncia interpuesta en contra del entonces Magistrado de la Sala Constitucional, Luis Velásquez Alvaray, por el caso conocido como Ciudad Lebrún, donde fue señalado de recibir comisiones por más de 9 millardos de bolívares, en la compra de unos terrenos para instalaciones judiciales. En ese caso se hizo igualmente mención de una supuesta red de extorsión judicial, conocida como “La banda de los enanos”. Posteriormente, Velásquez Alvaray huyó del país.

El caso de Guido Antonini Wilson, quien el 4 de Agosto de 2007, fue interceptado en un aeropuerto de la ciudad de Buenos Aires, con una maleta cargada con casi 800.000 dólares. Posteriormente, Guido Antonini Wilson declaró por ante un Tribunal de la ciudad de Miami, que la maleta que le retuvieron era una de varias maletas que sumaban 5 millones de dólares, para contribuir a la campaña presidencial de Cristina Kirchner.

La captura del narcotraficante Walid Makled, quien fue detenido en Colombia en el año 2010 y extraditado a Venezuela, el cual reconoció haber mantenido vínculos con algunos personeros del Gobierno, a quienes sobornaba, para obtener concesiones y contratos millonarios. Makled señaló que varios ministros, magistrados y generales cometieron actos de corrupción, así como contrabando de armas para la guerrilla colombiana y tráfico de estupefacientes.

Las más de 120.000 toneladas de alimentos importados, pertenecientes a la cadena gubernamental de supermercados PDVAL, que se descompusieron y pudrieron dentro de miles de containers durante 2010, por un valor aproximado de 2.200 millones de dólares.

El caso del empresario Francisco Illaramendi, quien se declaró culpable en marzo de 2011, por ante una Corte de los Estados Unidos, por haber cometido una serie de estafas, una de ellas por la cantidad de 540 millones de dólares, en perjuicio del fondo de pensiones de los trabajadores de la empresa Petróleos de Venezuela S.A (PDVSA).

### **Conclusiones**

Es evidente que la corrupción es un síntoma de la debilidad estructural de las instituciones en un determinado país, así como uno de los obstáculos más importantes para alcanzar un crecimiento económico sostenible y para reducir los niveles de pobreza, y que no hay elemento más indignante para cualquier residente de un país, que observar como algunas personas se aprovechan de los bienes públicos para hacer fortuna mal

habida, esto, además de significar una ineficiente utilización de los recursos, trastoca toda la moral nacional, y merece el mayor de los repudios.

Se ha demostrado que las estrategias anticorrupción efectivas deben basarse en cinco elementos claves: Aumentar la responsabilidad política, fortalecer la participación de la sociedad civil, crear un sector privado competitivo, desarrollar mecanismos institucionales del control del poder y mejorar la gestión del sector público.

La existencia desde febrero de 2003 de un férreo control de cambio, es una de las principales causas del incremento de la corrupción en Venezuela, tanto pública como privada. Y la promulgación de la Ley de Ilícitos Cambiarios<sup>15</sup>, que contempla incluso sanciones penales<sup>16</sup>, no ha evitado la existencia de un mercado negro del dólar, que ha perjudicado gravemente la economía, y que, además, ha hecho incurrir en esos “delitos” a muchísimas personas, que se han visto obligadas, por diferentes motivos (salud, estudios, turismo, comercio, etc.), a adquirir dicha moneda. En mi opinión, las divisas deben fluir libremente, así como los permisos para importar todo lo que realmente se requiera, y así evitar la escasez de productos, especialmente los básicos. Hay que darle celeridad a los trámites y no establecer procedimientos engorrosos e innecesarios, ya que por todos es sabido que las importaciones toman, por lo menos, 60 días en llegar al país. Tiene que lograrse un consenso político, así como disciplina en lo económico y en lo social, estabilizar la economía y las finanzas públicas, controlar el gasto público, suprimir las ayudas al exterior y los subsidios a otros países, debe hacerse una revisión periódica de los precios de los productos, acabar con la política de expropiaciones y confiscaciones, revertir algunas de ellas, para crear confianza. Es necesario sincerar el precio del dólar y levantar el control de cambio, para disminuir así la diferencia abismal existente actualmente entre el dólar oficial y el dólar paralelo o negro.

Para ello, se hace indispensable el lograr acuerdos y consensos entre el gobierno, la oposición, las instituciones públicas y privadas, los partidos políticos, los empresarios, los comerciantes, las academias, los sindicatos, los trabajadores, en fin, con toda la sociedad civil, incluyendo las iglesias, ya que es necesario resolver los conflictos existentes, especialmente de gobernabilidad. Hay que evitar la violencia y la recesión económica. Debe haber un acercamiento, un diálogo, un consenso en asuntos primordiales, fundamentales, por el bien del país. Deben garantizarse los derechos de todas las personas, y el libre ejercicio

de la libertad de expresión, por lo cual no debe haber persecuciones por razones políticas o ideológicas. Y, debe disminuirse la corrupción a límites aceptables, diríamos “normales”, esto es, al que tienen los países desarrollados, o algunos latinoamericanos, como es el caso de Chile, que, en lo económico, no hay duda alguna, es el ejemplo a seguir.

Finalmente, es sumamente difícil precisar el porcentaje de corrupción existente en Venezuela, sin embargo, lo que sí es perfectamente posible señalar, es que para el año 1999, el precio del barril de petróleo rondaba apenas los 10 dólares, y desde hace ya varios años, el precio supera los 100 dólares el barril, es decir, que los ingresos por ese rubro, que es más del 90 por ciento del presupuesto nacional, es actualmente unas diez veces mayor, es decir, que ha aumentado en un porcentaje de un mil por ciento (1.000 %). Pues bien, probablemente en esa misma proporción, en 1.000 %, ha aumentado la corrupción en Venezuela.

#### Notas

1 Ver Índice de 2012.

2 HARO, José Vicente. “La Ley Contra la Corrupción. Marco Constitucional, Principios Fundamentales, Sanciones Administrativas y Responsabilidad Administrativa”, en la obra “Comentarios a la Ley Contra la Corrupción” de diversos autores. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003. Pág. 9.

3 Entre otros, José Antonio Páez, José Tadeo Monagas, José Gregorio Monagas, Julián Castro, Manuel Felipe de Tovar, Pedro Gual, Juan Crisóstomo Falcón, Antonio Guzmán Blanco, Juan Pablo Rojas Paúl, Joaquín Crespo, Ignacio Andrade, Cipriano Castro, Juan Vicente Gómez, Marcos Pérez Jiménez, Carlos Andrés Pérez y Jaime Lusinchi.

4 En un Tribunal del Distrito de Columbia (USA), la empresa Siemens fue acusada, de haber pagado sobornos en Venezuela, por la cantidad de 16,7 millones de dólares, a empresas del transporte público (metro), de las ciudades de Maracaibo y Valencia.

5 Entre ellas, las estafas inmobiliarias.

6 El famoso caso de La Vuelta.

7 Hace pocos días fueron acusados y se encuentran detenidos, una directora de la sucursal del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes) en Miami (USA), y dos corredores de bolsa, por crear un sistema de pagos fraudulentos mediante el cual recibían fondos de Bandes, para operaciones de desvío de dinero a cuentas en Suiza y Miami.

8 MORENO BRANDT, Carlos E. “Comentarios a la Ley Contra la Corrupción”. Ob. Cit. Pág. 161.

9 Del 7 de junio de 2012.

10 Promulgada el 18 de octubre de 1948 y reformada en 1974.

11 Publicada en la Gaceta Oficial No. 3.077 Extraordinario, del 23 de diciembre de 1982.

12 Publicada en la Gaceta Oficial No. 5.637 Extraordinario, de fecha 7 de abril de 2003.

13 HADDAD, Beltrán. "*Peculado y Malversación*". Livrosca. Caracas. 1996. Pág. 17. Igualmente en la obra "*Comentarios a la Ley Contra la Corrupción*", ya citada, pág. 110.

14 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. "*Comentarios a la Ley Contra la Corrupción*". Ob. Cit. Pág. 101.

15 Publicada en la Gaceta Oficial No. 38.272 del 14 de septiembre de 2005.

16 Las cuales no se justifican, como ya lo indiqué en la Revista Penal No. 18, de julio de 2006.