USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Delitos contra la Administración Pública

Serie de Publicaciones
Lecciones aprendidas y buenas prácticas en el Ministerio Público de Panamá

Serie de Publicaciones
Lecciones aprendidas y buenas prácticas en el Ministerio Público de Panamá

Delitos contra la Administración Pública

Con arreglo al Código Penal de la República de Panamá (Ley 14 de 18 de mayo de 2007) y a las Convenciones Internacionales contra la Corrupción firmadas y ratificadas por Panamá

Iván Meini
Profesor e Investigador de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica del Perú

ISBN 978-9962-651-22-2

© Agencia de los Estados Unidos para el
Desarrollo Internacional - USAID-Panamá.

Se admite la reproducción total o parcial de los trabajos
con la condición de que sea mencionada la fuente.

Diseño gráfico e impresión:

Editora Novo Art, S.A.
Diagramación y portada: Maika I. Fruto
Edición de textos y estilo: Montserrat de Adames
www.editoranovoart.com
Panamá

Primera edición de 500 ejemplares para distribución gratuita.
Noviembre 2007.

La realización de este documento fue posible gracias al generoso apoyo del Pueblo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente refleja la posición de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional o del gobierno de los Estados Unidos.

Índice

Introducción **5**

I. Función pública y servidor público **9**

A. Concepto de función pública 9
B. Concepto de servidor público 14

II. Delito de peculado y sus formas **23**

A. Bien jurídico 23
B. Peculado doloso por apropiación, sustracción o malversación. Artículo 332 CP 27
C. Peculado por error ajeno. Artículo 333 CP 34
D. Peculado culposo. Artículo 334 CP 38
E. Peculado por uso. Artículo 335 CP 42
F. Peculado por desviación o destinación. Artículo 336 CP 47
G. Peculado por extensión. Artículo 337 CP 52
H. Disminución de la pena por reintegro de dineros e intereses. Artículo 338 CP 55

III. Delito de corrupción de servidores públicos **59**

A. Introducción 59
B. Cohecho pasivo propio. Artículo 339.1 CP 62
C. Cohecho pasivo impropio. Artículo 339.2 CP 68
D. Cohecho pasivo especial por razón del cargo. Artículo 340 CP, primer párrafo 70

E. Cohecho pasivo cometido por funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público. Artículo 340 CP, segundo párrafo 74
F. Cohecho activo propio e impropio. Artículo 341 CP 82
G. Uso de información reservada. Artículo 342 CP 86
H. Omisión de prestar servicio. Artículo 343 CP 90
I. Corrupción trasnacional. Artículo 344 CP 92

IV. Delito de enriquecimiento injustificado. Artículo 345 CP 95

A. El concepto de enriquecimiento injustificado 95
B. Supuesto agravado por la cuantía del enriquecimiento injustificado 102
C. Responsabilidad penal del testaferro 102
D. De la prueba sumaria 102

V. Concusión y exacción 107

A. Introducción 107
B. El delito de concusión. Artículo 346 CP 109
C. El delito de exacción. Artículo 347 CP 111

VI. Tráfico de influencias 117

A. Introducción y bien jurídico 117
B. Tipo básico. Artículo 348 CP, primer párrafo 118
C. Supuesto agravado. Artículo 348 CP, segundo párrafo 123

VII. Bibliografía 125

Introducción

La tipificación de los delitos contra la Administración Pública que se efectúa en el nuevo Código Penal incorpora las propuestas y recomendaciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Se cumple así con un compromiso asumido por el Estado panameño, que se engloba en un esfuerzo regional y mundial de lucha contra la corrupción. Sin embargo, la sola dación de un nuevo Código Penal poco o nada puede hacer sino se acompaña de otras medidas, como, por ejemplo, la promulgación del Código Procesal Penal –que consagra el modelo acusatorio en detrimento del inquisitivo– y la dación de un conjunto de leyes que regulen la colaboración eficaz, la recuperación de activos, la pérdida de dominio y la protección para denunciantes y testigos, entre otros temas. Se trata pues de contar con un **sistema normativo anticorrupción** debidamente articulado, que tenga eficacia disuasoria y, por ende, preventiva, pero que también sea eficaz en la reacción, es decir, en la represión.

Un sistema normativo anticorrupción se aprecia en su verdadera dimensión cuando los operadores judiciales (jueces y fiscales) asumen e incorporan a su actividad profesional no sólo las reglas que las leyes consagran, sino, fundamentalmente, cuando se comprende e interioriza la ratio de la reforma en la regulación de los delitos contra la Administración Pública. Dicha razón de ser es que el Estado esté en la posibilidad de activar, frente al fenómeno de la corrupción, medidas adecuadas que no sean una mera expresión de un derecho penal simbólico, sino que, por el contrario, sean eficaces. Y, para lograrlo, es necesario tener presente la idea rectora que inspira toda reforma en materia de delitos contra la Administración Pública: el **cambio de paradigma**. Esto significa que no se puede pretender luchar

jurídicamente contra la corrupción –que muchas veces adquiere categoría de criminalidad organizada– haciendo uso de instrumentos y criterios clásicos del derecho penal, que fueron concebidos para contrarrestar un particular tipo de criminalidad. En otras palabras, quien quiera ganar una batalla en el siglo XXI tendrá que dejar de lado las lanzas y piedras y utilizar un arsenal más sofisticado. Así, como se habla de un derecho penal económico, de un derecho penal internacional, así también es necesario tomar conciencia de la necesidad de postular un derecho penal de la función pública que, siempre respetuoso de los límites que impone el Estado de Derecho, pueda desarrollar particulares criterios de imputación y conceptos que le permitan ser funcional en la consecución de sus objetivos. En este contexto, cobra especial importancia el concepto de función pública y el de servidor público.

Es posible, sin embargo, advertir algunas lagunas en la nueva regulación de los delitos contra la Administración Pública que hubiera sido deseable colmarlas con ocasión de la dación del nuevo Código Penal (CP), como la forma cómo se ha tipificado el delito de omisión de prestar servicios del Artículo 343 CP. Es probable, también, que la redacción de algunos de los preceptos penales que protegen la Administración Pública en el nuevo Código Penal no sea la más lograda, pero, si no se pierde de vista la necesidad de interpretarlos teleológicamente, entonces las deficiencias de redacción pueden suplirse en pos de una correcta e integral protección al bien jurídico.

El presente ensayo tiene una finalidad concreta, que es ofrecer una guía a quien tenga que enfrentarse al estudio o aplicación de un delito contra la Administración Pública. Esta guía, imbuida en el espíritu de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aspira a contribuir a cambiar el enfoque en el tratamiento de los delitos contra la Administración Pública. No constituye un tratado sobre la materia, aunque su vocación

académica le exige tomar postura sobre algunos temas álgidos, cuya comprensión es necesaria para una correcta aplicación de la legislación penal.

Muchas de las ideas que se expresan en las siguientes páginas fueron expuestas en los cursos organizados por el Programa de Transparencia y Rendición de Cuentas de USAID/Panamá, en coordinación con la Asociación Panameña de Magistrados y Jueces (ASPAMAJ), que se ofrecieron entre el 16 y 18 de julio de 2007 en la ciudad de Panamá, ante un auditorio compuesto por miembros del Órgano Judicial y del Ministerio Público. La discusión, el debate y la intervención de los participantes fueron trascendentales para su desarrollo.

I. Función pública y servidor público

A. Concepto de función pública

El **bien jurídico** protegido en los delitos contra la Administración Pública lo constituye la Administración Pública, entendida como el correcto desempeño de las labores y deberes que se delegan y descargan en determinadas personas (servidores públicos) para que administren al Estado. Los actos que constituyen función pública tienen luego la capacidad de vincular al Estado. Este concepto de Administración Pública, sin embargo, sólo puede ser tenido como bien jurídico **mediato**, en la medida en que es un elemento en común de todas las figuras delictivas que se ubican en el Título X del Libro Segundo del Código Penal. En efecto, si bien todos los delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos presuponen que el autor, servidor público, haya infringido sus deberes como leal administrador del Estado, es posible establecer que en cada delito dichos deberes se vulneran de una forma particular y distinta. Con un ejemplo, tanto en el peculado (Artículo 332 CP) como en el delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto vulnera sus deberes que como servidor público tiene, pero en el primer caso lo hace apropiándose de los bienes que administra por razón de su cargo, mientras que en el segundo lo hace a través de un incremento patrimonial que no puede justificar. De hecho, la forma *cómo* se vulnera el deber funcionarial, junto a las consecuencias de tal vulneración, son las razones que permiten tipificar distintos delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos que ameritan penas también distintas.

Los deberes que como administrador tiene el servidor público, y su correcto y leal cumplimiento, pueden ser vulnerados no

sólo por el servidor público, sino también por un particular que no tiene tal calidad (*extraneus*). Con arreglo a esta idea es que las legislaciones penales –y la panameña no es la excepción– distinguen entre, por un lado, delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos (peculado, algunas formas de corrupción, concusión, exacción, enriquecimiento injustificado, abuso de autoridad, etc.) y, por otro lado, delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares (cohecho activo del Artículo 341 CP, tráfico de influencias, delitos contra los servidores públicos, etc.). En ambos casos es posible advertir la perturbación del correcto ejercicio de la función pública, pero, a diferencia de los casos en los que el delito se ha tipificado como **delito común** y cualquiera (*extraneus*) puede cometer el ilícito como autor, sólo cuando el delito se ha tipificado como **delito especial** y, por lo tanto, se exige que el autor sea un *intraneus* (servidor público), el delito expresa una mayor y más grave perturbación de la correcta función pública, pues el servidor público tiene un especial deber de probidad y lealtad frente a la Administración Pública que no tiene el particular.

No todos los delitos contra la Administración Pública, que puede cometer un servidor público, se encuentran tipificados en el Título de Delitos contra la Administración Pública. Por ejemplo, en el Artículo 405 CP se sanciona a: "*El servidor público que, con inobservancia de la normativa ambiental correspondiente en ejercicio de sus funciones, promueva la aprobación o apruebe un estudio de impacto ambiental, programa de adecuación y manejo ambiental u otro documento aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente*". En este caso, es tan obvio que el comportamiento que realiza el servidor público lesiona el bien jurídico medio ambiente, como también es obvio que vulnera sus deberes frente a la Administración Pública, es decir, vulnera sus deberes como administrador estatal. Sucede, sin embargo, que por consideraciones de **técnica legislativa** referidas a que la vulneración de los deberes de lealtad y probidad del servidor público se enmarcan en un contexto muy concreto, que es la

protección penal al medio ambiente, se ha preferido ubicar este delito en el Título correspondiente a los Delitos contra el Ambiente y el Ordenamiento Territorial. Pero ello, en modo alguno puede significar que en estos casos no se vulnere la correcta Administración Pública. Lo mismo sucede, por ejemplo, con los delitos contra la libertad individual tipificados en los Artículos 150, 153 y 154 CP.

La razón que lleva a admitir lo dicho en el párrafo anterior (que existen delitos que afectan el correcto ejercicio de la Administración Pública que no se encuentran tipificados expresamente como delitos contra la Administración Pública) obliga a aceptar que cuando un servidor público comete un delito común en el ejercicio de su cargo, también se vulnera el bien jurídico correcto ejercicio de la Administración Pública. Para decirlo con un ejemplo, si un servidor público se aprovecha de su cargo para hurtar bienes de una dependencia estatal[1], comete delito de hurto, que es un delito contra el patrimonio. Como quiera que, además de lesionar el bien jurídico patrimonio se ha afectado el bien jurídico correcto ejercicio de la Administración Pública, la reacción penal no podría estar constituida por una pena que abarcara únicamente la lesión al patrimonio. La respuesta tendría que incluir también la lesión al bien jurídico correcto ejercicio de la Administración Pública. Y ello se logra invocando el Artículo 88.1 CP (constituye circunstancia agravante abusar de superioridad), o el Artículo 209.1 CP (agravante para el delito de hurto cuando se comete en establecimientos públicos sobre cosas que se mantienen allí o cuando se cometen en otro lugar sobre cosas destinadas al uso público).

En otras legislaciones se ha preferido contemplar expresamente como circunstancia agravante el que el sujeto se aproveche de su condición de funcionario o servidor público para cometer un

1 En este caso, los bienes no se encuentran bajo su administración o custodia.

hecho punible, con la limitación de que no se aplica cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible (por ejemplo, el Artículo 46-A del CP peruano). Tal proceder deja en claro que los deberes funcionariales del servidor público pueden vulnerarse no sólo cuando se comete alguno de los delitos que el legislador ha tipificado como delitos contra la Administración Pública, sino que para la infracción de tales deberes basta y sobra que el sujeto se aparte de las reglas de probidad y lealtad que informan el desempeño de la función pública.

Una de las consecuencias de lo ya señalado es que la ostentación del cargo de servidor público no es motivo suficiente para agravar la pena. Ello sería incurrir en responsabilidad penal objetiva, proscrita en Estado de Derecho. Lo que justifica la imputación de responsabilidad penal es ***el abuso* o el *aprovechamiento* de la función pública**.

Aquellas corrientes de opinión que sostienen que el bien jurídico Administración Pública está referido al prestigio o buena reputación del Estado no son suficientes para justificar la intervención penal en estos casos. Pues, si bien es verdad que el aparato estatal necesita ser depositario de la confianza de la colectividad para poder cumplir con sus funciones, también es verdad que tal confianza será una consecuencia de la forma cómo el Estado cumpla con sus deberes de administración en pos del bien común. En todo caso, la Administración Pública, entendida como buena reputación o prestigio del Estado, permite encontrar algún referente material a ciertos delitos, como es el caso del tráfico de influencia (Artículo 348 CP) cuando se simula tener influencia. Sin embargo, se admite en derecho comparado que dicha modalidad de tráfico de influencia, en realidad, en nada afecta al bien jurídico, por lo que se postula su derogación.

De conformidad con lo anterior, el Artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción recomienda que por fun-

ción pública se entienda: "*Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*". A la luz de este instrumento internacional –ratificado por el Estado panameño– se pueden enumerar las siguientes características de la función pública en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública.

1. **Es irrelevante el tiempo de duración de la función pública**. Esto significa que se deja de lado el criterio cronológico en la determinación de qué es función pública. Por lo mismo, lo importante es únicamente que se ejerza la función pública. Con arreglo a ello, no interesa si la función pública consiste en el desempeño de un encargo concreto y preciso cuya ejecución puede demorar poco tiempo, o si se trata de una función cuyo desempeño requiere que el sujeto invierta muchos días, meses o años. De ahí se sigue que el contrato que vincula al sujeto con la función pública puede ser, como muchas veces sucede, un contrato de trabajo o de prestación de servicios de tiempo indefinido. Pero, por lo mismo, es perfectamente posible que se trate de un contrato con tiempo definido.

2. El ejercicio de la función pública puede ser una actividad **remunerada o ad honórem**. No interesa, por lo tanto, si se percibe alguna contraprestación económica o de otra índole por el cumplimiento de la función pública. Una de las consecuencias que se derivan de esto es que, careciendo de importancia la existencia de una contraprestación, lo mismo se debe afirmar en aquellos casos en que la contraprestación, de existir, no sea en efectivo. La razón del porqué la función pública no requiere que quien la ejerza obtenga algún beneficio radica en que tanto en los casos en que se recibe una remuneración, como en los supuestos en que no se percibe contraprestación alguna, el sujeto incorpora dentro de su ámbito de responsabilidad el deber que le delega el Estado y que consisten en administrar con probidad. Si este deber

puede ser incumplido de igual manera en ambos casos, es porque el que exista una contraprestación no es requisito ni presupuesto de la función pública.

3. La función pública es ejercida por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades. Con este requisito se exige que la función pública sea realizada sólo por personas naturales, y no por **personas jurídicas**. Esta idea se condice con el hecho de que las personas jurídicas no responden penalmente, además de que, aun cuando fuera posible imputarles responsabilidad penal, ello no debería ser obstáculo para que se admita que quienes en realidad ejercen función pública son las personas naturales.

4. La función pública puede ejercerse en **cualquier nivel jerárquico**. La función pública, así entendida, es realiza no sólo por aquellas personas que ocupan los puestos más importantes y elevados dentro del escalafón administrativo, sino también por personas ubicadas en un nivel jerárquico medio o inferior.

De todo lo dicho se concluye que el concepto de función pública con el cual hay que operar en derecho penal es un **concepto material**, que prescinde de aquellas formalidades que, en algunos casos, pueden ser relevantes para otras ramas del Derecho, y pone el acento en que la **función pública es ejercer deberes de administración para el Estado**. El tiempo de duración, si se percibe remuneración, así como el nivel jerárquico, no son presupuestos ni requisitos para ejercer función pública.

B. Concepto de servidor público

Es usual encontrar en diversas legislaciones definiciones de servidor o funcionario público que *describen* las características de tal cargo. Así por ejemplo, en la Constitución Política de la

República de Panamá (Const.), se establece en el Artículo 299 que: "*Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas, y en general, las que perciban remuneración del Estado*". Se añade luego (Artículo 300 Const.) que la nacionalidad de los servidores públicos ha de ser panameña, y que están obligados a desempeñarse personalmente en sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades (Artículo 302 Const.). Probablemente, lo más interesante de la regulación constitucional sobre el concepto de servidor público sea que, en el Artículo 307 constitucional se declara expresamente que no forman parte de la carrera pública algunas personas, entre las cuales cabe destacar: "*Los Directores y Subdirectores Generales de entidades autónomas y semiautónomas, los servidores públicos nombrados por tiempo determinado o por períodos fijos establecidos por la Ley o los que sirvan cargos ad honórem*" (Artículo 307.2 Const.) y "*los profesionales, técnicos trabajadores manuales que se requieran para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerios o en las instituciones autónomas y semiautónomas*" (Artículo 307.5 Const.). Ello, sin embargo, encuentra su razón de ser en los fines que persigue el derecho constitucional. Por lo mismo, dicha regulación no puede ser importada incondicionalmente al derecho penal, pues éste pretende cumplir fines distintos.

En lo que al derecho penal se refiere y, en concreto, en lo referido al concepto "servidor público" empleado en los delitos contra la Administración Pública, siempre ha operado una interpretación **restringida y formal**. Ello ha sido así porque se ha utilizado la interpretación de servidor público que otras ramas del Derecho (básicamente el derecho constitucional y el derecho administrativo) han postulado, sin advertir que tales ramas del Derecho responden a objetivos y fines distintos a los que persigue el derecho penal. De ahí que el concepto de servidor público que propone la Constitución, por ejemplo, o el concepto de servidor público con que se trabaja en derecho administrativo, no puedan

ser importados automáticamente al derecho penal. Antes bien, es menester tener en cuenta que cuando se interroga por el concepto "servidor público" en derecho penal se hace para poder determinar quiénes pueden ser autores de los delitos contra la Administración Pública. Luego, habiendo definido qué significa función pública en derecho penal (a saber, correcto y oportuno cumplimiento de los deberes que tiene aquellas personas a quienes se encarga la administración del Estado), el concepto de servidor público que se proponga en derecho penal tendrá que ser coherente y compatible con el de función pública.

Ello genera, en primer lugar, que sea necesario apartarse de la formalidad que rodea al concepto servidor público; es necesario prescindir de un concepto formal de servidor público para apostar por uno material, orientado al cumplimiento de los fines de la función público. Y, en segundo lugar, obliga a rechazar las interpretaciones constitucionales y administrativistas de servidor público. El que un mismo concepto tenga significados distintos dentro de un mismo ordenamiento jurídico no debería llamar la atención, pues ya existen casos en que es así. Por ejemplo, el concepto bien o cosa mueble tiene un significado concreto para el derecho real, y otro, distinto, para el derecho penal, en el caso del delito de hurto (Artículo 208 CP). La razón, aquí, es la misma por la que es necesario dotar de un contenido especial al término servidor público en derecho penal: cada rama del ordenamiento jurídico cumple fines distintos y, en esa medida, es necesario adecuar los conceptos al cumplimiento de dichos fines.

Ésta es la idea que ha impregnado a la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). En efecto, en la primera de ellas se estipula que funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, es: "*Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado,*

en todos sus niveles jerárquicos". En esta definición –acorde con la definición que la misma CICC propone de función pública– se amplía el universo de servidores públicos con respeto a las definiciones formales provenientes del derecho constitucional y del derecho administrativo. Así, si bien en un primer momento el Artículo 1 CICC expresa que es servidor público cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades (lo cual, en realidad, no es nada nuevo), en un segundo momento extiende el universo de servidores públicos para comprender a aquellas personas que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Una correcta comprensión del Artículo 1 CICC debe llevar a admitir que este precepto recoge un **concepto material de servidor público**, considerando como tal no sólo a quienes, según el derecho administrativo, son servidores públicos (cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades). Sino que, además de aquellos, también son servidores públicos las personas que, aun cuando no cumplan con las formalidades propias del derecho administrativo para ser tenidos como servidores públicos, administran al Estado y, como tales, vinculan al Estado con sus actos. Estas dos características –administrar el Estado y vincular al Estado con sus actos– son las que, al concurrir de manera simultánea en una persona, permiten afirmar que es un servidor público. Eso es lo que se desprende de la literalidad del Artículo 1 CICC cuando menciona que son servidores públicos: "***Inclusive*** *los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos*".

En efecto, si se ha optado por utilizar el término "incluir" que, según la semántica castellana significa "poner una cosa dentro de otra o dentro de sus límites", "contener una cosa a otra", es porque las personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones en nombre

del Estado o al servicio del Estado, no se encuentran incluidas dentro de los casos de "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades". Si no fuera así, si el Artículo 1 CICC no se interpretara de esta manera, se tornaría absurdo e inútil, pues no diría nada nuevo ni algo diferente de lo que ya dice el derecho administrativo, y no hubiera sido necesario preverlo en la Convención Interamericana contra la Corrupción. En otras palabras, la propia existencia del Artículo 1 CICC indica que es necesario diferenciar el concepto de servidor público del derecho administrativo del concepto penal de servidor público.

Demostrado entonces que el Artículo I CICC extiende el círculo de personas a quienes el derecho penal considera servidores públicos, es menester precisar cuándo alguien ha sido seleccionado, designado o electo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado. Y a este aspecto hay que llamar la atención sobre el hecho de que los **títulos habilitantes para ser servidor público** son: *a)* haber sido seleccionado, *b)* designado, o *c)* electo. A partir de ahí se sigue que la selección, designación o elección abarcan todas las posibilidades de poder acceder a la Administración Pública. Pues, si por **selección** se entiende el haber elegido a una persona entre otras; si la palabra **designación** hace referencia a destinar a una persona para un fin determinado (en este caso, para ejercer función pública); y, si por **elección** se concibe el nombramiento que regularmente se hace por votos, queda claro que estos tres título habilitantes comprenden todos las posibilidades que existen de acceder a la función pública.

Con respecto al título habilitante "elección", cabe mencionar que es servidor público electo no sólo aquella persona que ha ganado una elección universal, como puede ser el Presidente de la República, un alcalde o un congresista. También es un servidor público aquel que ha sido elegido por un colectivo más reducido de personas, como, por ejemplo, quien es elegido por el directorio de una empresa estatal. Por su parte, el título habilitante "designación" abarca a los cargos de confianza.

Al hilo de lo anterior, el Artículo I CICC no se contenta con mencionar que los títulos habilitantes para ser servidor público son la selección, la designación y la elección, sino que, recogiendo la inquietud de sus creadores, establece que **se es servidor público antes, incluso, de haber asumido el cargo**. Tres razones avalan esta tesis:

1. La primera es de naturaleza político-criminal y tiene que ver con la necesidad de que el derecho penal ofrezca una respuesta a los casos en que el título o nombramiento en mérito al cual se ejerce función pública es nulo, defectuoso o carece de valor por ausencia de algún requisito formal. En tales casos no se debería permitir la impunidad de quienes, en los hechos, ejercen función pública.

2. La segunda razón es de fondo y consiste en que las personas que, por el título que fuera, administran al Estado y vinculan al Estado con sus actos, realizan ya función pública.

3. La tercera razón es más bien semántica y se desprende de la propia literalidad del precepto, cuando establece que son servidores públicos los que han sido seleccionados, designados o electos *para* desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado. En efecto, la inclusión del vocablo "para" hace que la frase "los que han sido seleccionados, designados o electos *para* desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado" se refiera a un estadio anterior al momento en que el sujeto ha juramentado y asumido formalmente el cargo. Una interpretación distinta llevaría a admitir que el servidor público tiene que ser una persona que haya juramentado y asumido el cargo, lo que terminaría por equiparar el concepto de servidor público del derecho penal con el del derecho administrativo, lo que, a su vez, ocasionaría que el esfuerzo que hace la Convención Interamericana contra la Corrupción en proponer un significado especial de servidor público para los delitos contra la Administración Pública sea vano.

Algunos ejemplos sirven para ilustrar lo expresado. Aquella persona que ha sido elegida para desempeñarse como diputado, aun cuando todavía no haya juramentado en el cargo, puede y de hecho realiza ya función pública. También aquella persona que ha sido designada para desempeñarse en un cargo de confianza en alguna institución pública, pero cuyo contrato de trabajo adolece de un vicio de nulidad. Lo mismo ocurre con quien ha sido seleccionado para un cargo público pero que, por cuestiones de tiempo, todavía no ha podido asumir el cargo. El común denominador en estos tres supuestos es que, aun cuando formalmente no se haya asumido todavía el cargo, se tiene ya la posibilidad de vincular al Estado. Dicho con otras palabras: aquel que participó en las elecciones a la Asamblea Nacional de Diputados y que cuenta ya con los resultados de la votación puede, desde ese momento, comprometer su actuación y desempeño con actos que vinculan al Estado.

Así las cosas, desde que el Artículo I CICC pone el acento en los títulos habilitantes y no en haber asumido formalmente o en haber juramentado el cargo, se ha de entender que, acreditado que sea el título habilitante, se es ya servidor público.

De manera muy similar a la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción declara, en su Artículo 2.a, que por servidor público se entenderá: "*i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; y iii) Toda otra persona definida como 'funcionario público' en el derecho interno de un Estado Parte*". De conformidad con este precepto, el con-

cepto de servidor público para la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción queda caracterizado por:

1. Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, el lugar en donde se ejerza la función pública no es determinante.

2. Haber sido designado o elegido.

3. El cargo puede ser permanente o temporal.

4. El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero puede ser también un cargo honorario.

5. No importa la antigüedad en el ejercicio del cargo.

6. Es servidor público todo aquel que desempeñe función pública. (Aquí la CNUCC se remite al concepto de función pública.)

7. Todo servidor público según el derecho interno.

Si se hace abstracción de los términos en que se expresan tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la forma en que ambas regulan el concepto de servidor público es equivalente. En ambos instrumentos internacionales se opta por un concepto material de servidor público en detrimento de un concepto formal.

II. Delito de peculado y sus formas

A. Bien jurídico

El término peculado proviene del latín ***pecus*** que significaba ganado, y cuyo uso se extendió luego para nombrar a la moneda de cobre en la que aparecía la cabeza de un buey. El uso de este término se generalizó luego para designar el patrimonio público. Este dato histórico permite entender que el sentido original del delito peculado consistía en la apropiación del patrimonio público, con el consiguiente perjuicio patrimonial que ello representa. Sin embargo, no es posible mantener en la actualidad que tal siga siendo el sentido del delito de peculado. Las **razones** que fundamentan esta idea son, en primer lugar, la existencia de ciertas modalidades del delito de peculado (como el peculado por extensión del Artículo 337.3 CP) en las que la titularidad del patrimonio del cual se apodera el sujeto no es del Estado. En segundo lugar, el delito de peculado se perpetra no sólo cuando el servidor público se apodera de los bienes que administra por razón de su cargo, sino también cuando los malversa de cualquier forma (peculado por malversación del Artículo 332 CP); cuando los usa para fines ajenos al servicio público (peculado por uso del Artículo 335 CP); e, incluso cuando se le da a los caudales o efectos una aplicación o función pública distinta de aquella a la cual estuvieran destinados (peculado por destinación del Artículo 336 CP). En tercer lugar, termina siendo irrelevante si el acto material de apoderamiento, de malversación o de uso de los bienes o efectos es realizado por el servidor público, ya que también es delito de peculado el permitir que otro se apodere, malverse o use aquellos bienes o efectos.

De lo anterior se sigue que el **bien jurídico protegido** en el delito de peculado es el correcto y oportuno cumplimiento de los

deberes que tiene el servidor público como administrador de aquellos bienes o efectos que custodia, administra o tiene por razón de su cargo. **Es, pues, un delito que consiste en la infracción de un deber funcionarial que le obliga al servidor público a velar por el correcto uso, utilización y aplicación de aquellos bienes cuya administración, percepción o custodia le han sido confiados por razón de su cargo**. Sólo así se puede entender que se tipifique como delito de peculado la apropiación de bienes que no pertenezcan al Estado (Artículo 337.3 CP) y que, incluso, no sea necesario detraer los bienes de la esfera del Estado, siendo suficiente el darles un uso público distinto (Artículo 336 CP). Entendiendo que el bien jurídico protegido son los deberes funcionariales, se entiende también por qué existe una modalidad culposa del delito de peculado (Artículo 334 CP): el cumplimiento de los deberes de velar por el correcto uso, utilización y aplicación de los bienes que le han sido confiados al servidor público por razón de su cargo bajo administración, percepción o custodia, es tan importante que su infracción se sanciona, inclusive, cuando se produce por un descuido o negligencia.

Una de las consecuencias que se derivan de lo expresado en los párrafos anteriores es que, en contra de lo que usualmente se dice, el delito de peculado no es un delito contra el patrimonio. En otras palabras, **no se requiere que el patrimonio del Estado se vea afectado**. El que el peculado no se encuentre incorporado en el Título VI del Libro Segundo (delitos contra el patrimonio), sino que haya considerado por el legislador como un delito contra la Administración Pública no es sino un indicio de esto. Para decirlo con un ejemplo: el servidor público que se apodera de un lote de computadoras que administra y custodia comete peculado, aun cuando las computadoras, por su antigüedad, más que beneficios, le generan al Estado gastos en su mantenimiento. El que el servidor público argumente en su defensa que le ha hecho un favor al Estado, pues ya no se tendrá que invertir en el mantenimiento de material obsoleto, y que con ello le ha generado un beneficio patrimonial, es algo irrelevante. Por otro lado, el simple

hecho de recordar que se comete delito de peculado cuando la apropiación es de dineros pertenecientes a un particular que se encuentran embargados (Artículo 337.3 CP), debería ser un argumento suficiente para aceptar que el perjuicio patrimonial al Estado no es un elemento de tipo del delito de peculado. Hay, empero, otras tres razones:

1. En primer lugar, desde el punto de vista de la **interpretación literal** se ha de aceptar que en ninguno de los tipos penales de las diversas modalidades del delito de peculado incorpora en su texto alguna palabra, término, locución o frase que indique que el peculado exige para su consumación un perjuicio patrimonial para el Estado. Por el contrario, estos tipos penales se limitan a sancionar el incumplimiento de los deberes que tienen los servidores públicos de administrar correctamente los bienes, efectos o caudales que le han confiado por razón de su cargo, con independencia de si ello ocasiona o no un perjuicio patrimonial al Estado. Ahonda a favor de esta interpretación literal el que exista un supuesto agravado de peculado (Artículo 332 CP, segundo párrafo) que sanciona con una pena de prisión de ocho a quince años si la cuantía de lo apropiado supera la suma de cien mil balboas. El que se trata únicamente de una agravante indica que si la cuantía de lo apropiado no supera dicha cantidad el comportamiento sigue siendo típico y, por ende, penalmente relevante. Luego, si no se ha establecido una cuantía mínima para considerar típico el comportamiento (como, por ejemplo, se procede en el delito contemplado en el Artículo 235 CP relativo a la retención indebida de cuotas), es porque la existencia de un perjuicio patrimonial al Estado es irrelevante.

2. En segundo lugar, desde el punto de vista **político-criminal y del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Panamá**, el prescindir de resultados materiales en los delitos de peculado se corresponde con el espíritu de la Convención Interamericana contra la Corrupción,

que en su ArtículoXII establece expresamente que: "*Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado*". Lo mismo cabe decir con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuyo Artículo 3.2 se menciona que*:* "*Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado*".

3. En tercer lugar, desde el punto **de vista dogmático**, no es necesario que, para proteger el cumplimiento de los deberes del servidor público, se condicione la sanción penal a que la violación de los deberes arroje como resultado un perjuicio patrimonial al Estado. Esto no significa que en muchos casos exista, sí, un perjuicio patrimonial para el Estado que se genera a consecuencia del delito de peculado, pero no significa que deba darse en todos. Sólo así puede interpretarse adecuadamente la cláusula contenida en el Artículo 338 CP: "*Cuando antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio, el responsable de los delitos descritos en los Artículos 332, 333 y 335 reintegra los dineros y sus intereses, bienes o valores objeto de los delitos, la sanción se reducirá a la mitad. Si lo hace después de dictado el auto y antes de la sentencia de primera instancia, la reducción será de una tercera parte*". En efecto, el que esta cláusula no sea aplicable para el peculado culposo (Artículo 334 CP) y para el peculado por destinación (Artículo 336 CP) cuando también en tales casos se puede causar un perjuicio patrimonial al Estado, indica que dicha cláusula no se aplica siempre que se puede producir un perjuicio patrimonial para el Estado. Por lo que es válido deducir que **no tiene carácter constitutivo** del delito de peculado. En todo caso, si, en efecto, se produce un perjuicio patrimonial al Estado, se tendrá que recurrir a las reglas del concurso. Así, por ejemplo, podrá sancionarse por peculado y por un delito contra el patrimonio.

Habiéndose demostrado que el delito de peculado no requiere un perjuicio patrimonial para el Estado, resta precisar que sí exige un perjuicio para el Estado, pero no de naturaleza patrimonial. Dicho perjuicio es la consecuencia natural de que el servidor público incumpla con sus deberes de administrar los bienes y efectos que le han sido confiados por razón de su cargo. Es, en definitiva, la lesión inmaterial del bien jurídico.

B. Peculado doloso por apropiación, sustracción o malversación. Artículo 332 CP

> ***Artículo 332***. *"El servidor público que sustraiga o malverse de cualquier forma, o consienta que otro se apropie, sustraiga o malverse de cualquier forma dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo, será sancionado con prisión de cuatro a diez años.*
>
> *Si la cuantía de lo apropiado supera la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00) o si el dinero, valores o bienes apropiados estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social, la pena será de ocho a quince años de prisión."*

Autor del delito es el servidor público. Por ende, todo lo dicho al respecto (*supra* II.B) puede ser reproducido aquí. Si bien el tipo penal de peculado es un delito especial dirigido exclusivamente a los servidores públicos, es posible que los particulares (*extranei*) incurran en responsabilidad pero a título de partícipes. Ello, en realidad, no debe llamar la atención, pues se corresponde con la unidad del título de imputación, en virtud de lo cual es el comportamiento del autor, y no el del cómplice, el que determina qué delito se comete. Se corresponde también con la naturaleza accesoria de la participación con respecto a la

autoría. En otras palabras, puede existir un autor sin cómplices, pero no un cómplice sin autor: el cómplice colabora con el autor para que éste cometa el delito (Artículos 43, 44 y 45 CP), no siendo correcto afirmar que el cómplice comete su propio delito.

Con todo, el delito de peculado **no es un delito que cualquier servidor público** pueda cometer como autor, pues el precepto penal limita el universo de autores sólo a aquellos servidores públicos que han recibido en administración, percepción o custodia el dinero o los bienes. Esto se condice con el hecho de que el delito de peculado sanciona el incumplimiento de los deberes que como administrador tiene el servidor público. Sólo así se puede entender que se castigue únicamente a quien tiene el deber de velar por la correcta aplicación y bien uso del dinero y bienes. A partir de esta premisa se pueden derivar algunas consecuencias. En primer lugar, que no comete delito de peculado el servidor público que se apropia o sustrae bienes o dineros pertenecientes al Estado que no le han sido confiados por razón de su cargo. En tal caso, comete simplemente un delito contra el patrimonio, que podrá ser hurto o robo, dependiendo de las circunstancias concretas del caso. En segundo lugar, siendo que autor del delito será sólo aquel servidor público que ha recibido en administración, custodia o percepción el bien o dinero, aquel servidor público que no tiene tal vínculo con el objeto material podrá responder sólo como cómplice del servidor público que sí tiene el deber de administrar el dinero o bienes. En tercer lugar, cuando el servidor público administra, custodia o percibe dinero o bienes, pero no en razón de su cargo, no es posible afirmar que tenga el deber de administrar dichos bienes según la regla del peculado; no es posible entonces que sea autor del delito de peculado. La letra de la ley es bastante clara cuando exige que la administración a de ser por razón del cargo, y no por cualquier otra razón.

Como se puede advertir, en el delito de peculado el deber funcional se encuentra representado por la vinculación entre el

sujeto activo y los bienes o dinero que administra. La vulneración de dicho deber es lo que determina la responsabilidad penal por delito de peculado.

En cuanto a **las modalidades**, el Artículo 322 CP contempla dos supuestos. La primera está referida a la apropiación o malversación de los bienes o dinero que lleva a cabo *el propio* servidor público. La segunda no implica que el servidor público se apropie de los bienes o dinero, sino que consienta que otro se los apropie, sustraiga o malverse.

Con respecto a **la primera modalidad**, ha de entenderse que el término *sustraer* denota el acto en virtud del cual el servidor público detrae de la esfera de disposición del Estado el bien. No se requiere entonces que el servidor público llegue a apropiarse del bien, es decir, que lo incorpore a su esfera de disposición. El que el tipo penal del delito peculado no contemple como verbo rector el apropiarse por parte del servidor público deja en claro que no se requiere para la consumación del delito el aprovechamiento del bien o dinero por parte del servidor público. Esta interpretación, por lo demás, es coherente con lo expresado con anterioridad, en el sentido de que el peculado sanciona la vulneración de los deberes de administración, toda vez que la infracción de tales deberes se aprecia ya en toda su dimensión cuando se detrae de la esfera de disponibilidad del Estado el dinero o los bienes, sin que sea necesario que el sujeto se apropie de ellos. Puede ser, incluso, que quien se apropie del bien sea un tercero, en cuyo caso el servidor público responderá como autor de peculado, por la modalidad de consentir que otro se apropie del bien.

La detracción o sustracción de los bienes o dineros de la esfera de disponibilidad del Estado tienen que ser interpretado en un sentido jurídico, y no, como pudiera pensarse, en un sentido físico. Así, cuando el servidor público saca de la oficina algunos bienes que administra por razón de su cargo detrae de la

esfera del Estado dicho bien. Pero también cuando el bien permanece físicamente en la oficina y el servidor público encargado de darle el debido mantenimiento para que el bien pueda seguir siendo utilizado incumple dicho deber. En este último caso resulta irrelevante la ubicación del bien, lo importante es que también aquí tiene el sujeto el deber de administrar con lealtad y probidad el bien que por razón de su cargo se le ha confiado. Para decirlo con otras palabras, el deber funcionarial que protege el delito de peculado se infringe no sólo cuando el servidor público detrae o sustrae físicamente el bien de la esfera de disponibilidad del Estado, sino también cuando no brinda el mantenimiento que debe a los bienes que administra, pues también aquí el Estado no puede utilizar ni disponer del bien como debería poder hacerlo. Esta interpretación tiene además una bondad adicional, que es diferenciar el peculado por sustracción del peculado de uso (Artículo 335 CP), del peculado (Artículo 336 CP) y, sobre todo, del peculado culposo (Artículo 334 CP). En efecto, si se admite que la diferencia entre el peculado doloso por sustracción (Artículo 332 CP) y el peculado culposo es que en el primero el servidor público conoce y quiere realizar el comportamiento que vulnera sus deberes funcionales como administrador, mientras que en el segundo desconoce que infringe tales deberes, pero que en ambas figuras delictivas se trata de incumplir los deberes funcionariales (la diferencia es subjetiva y no objetiva), y que el peculado culposo se da cuando se pierden bienes, y "perder" no es sólo no encontrar sino hacer inutilizable el bien, se tiene que el peculado doloso por sustracción abarca los casos en que el bien se encuentra físicamente en la esfera de disposición del Estado pero se ha estropeado por falta de mantenimiento.

El término ***malversar***, en su acepción más precisa, significa invertir ilícitamente los caudales públicos o los equiparados a ellos en usos distintos de aquellos a que están destinados. De hecho, tal es el uso que se le da en derecho comparado. En Panamá, sin embargo, se ha preferido utilizar este término para equipararlo

al verbo sustraer y diferenciarlo de la modalidad de peculado por destinación del Artículo 336 CP que sanciona el dar a los caudales o efectos que se administran una aplicación o función pública distinta a la cual estuvieran destinados. Ello obliga a entender que para la legislación panameña el verbo malversar del delito de peculado, del Artículo 332 CP, tiene que ser tenido como equivalente a sustraer, pues carecería de sentido interpretarlo literalmente para hacer referencia a un comportamiento que ya se sanciona en el Artículo 336 CP.

Con respecto a **la segunda modalidad**, referida a que el servido público permite que otro se apropie, sustraiga o malverse, cabe aquí recordar lo dicho con relación a lo que significa sustraer o malversar. Ciertamente que en esta modalidad se admite la apropiación que puede realizar el sujeto, lo que implica no sólo que detraiga el bien o dinero de la esfera de disponibilidad del Estado, sino, además, que lo incorpore a la suya. Sin embargo, al ser igualmente típica la apropiación, la sustracción y la malversación, y siendo que la apropiación presupone la sustracción, en la práctica no será indispensable comprobar que el *extraneus* ha logrado efectivamente incorporar a su esfera de disponibilidad el bien, sino, tan sólo, que lo ha sustraído de la del Estado.

En estos casos en que no es el servidor público quien se apodera del bien, la sanción para él se fundamenta en las mismas razones que hacían viable la pena en el caso del peculado por sustracción que comete el servidor público: en ambos casos se incumplen los deberes de administración que tiene el servidor público. En otras palabras, con independencia de quién incorpora el bien o dinero a su esfera de dominio, el bien o dinero no se encuentra más en la esfera del Estado. Por otro lado, aun cuando no se haya tipificado la responsabilidad de quien sin ser servidor público se apodera, sustrae o malversa los bienes o dineros, ello no es impedimento para sancionarle como cómplice primario de peculado (Artículo 44 CP), pues presta ayuda al

autor sin la cual no habría podido cometer el delito. El servidor público no podría consentir que "otro" se apodere de, sustraiga o malverse algún bien que tiene bajo su administración si es que no hay "otro" que se apodere de, sustraiga o malverse el bien. El comportamiento del particular puede ser calificado, además, como delito de hurto (Artículos 208 y 209.1 CP), en cuyo caso estaremos frente a un supuesto de concurso ideal de delitos; por un lado peculado como cómplice y por otro hurto agravado, debiéndose aplicar las reglas que conforman el concurso de delitos del Artículo 83 CP.

El Artículo 322 CP señala como **objetos materiales** del delito al dinero y bienes, requiriendo, como ya se vio, que se encuentren bajo la administración, custodia o percepción del servidor público por razón de su cargo. Si bien el dinero es un bien y, como tal, hubiera sido suficiente con hacer mención a los bienes para incluir en él al dinero, el afán del legislador ha sido dejar expresamente establecido que el peculado se comete también sobre dinero, pues la realidad enseña que en la mayoría de los casos es sobre este tipo de bienes que se comete el delito.

Así las cosas, es bien tanto el bien mueble, como el inmueble. Aunque parece difícil imaginar algún supuesto de peculado sobre bienes inmuebles, no es imposible. Piénsese que, admitido que sustraer el bien de la esfera de disponibilidad del Estado ha de ser interpretado jurídicamente y no en clave física, es posible que se cometa peculado sobre un bien inmueble. En todo caso, es más discutible si se puede cometer delito de peculado sobre bienes de ilícito comercio, como algunas sustancias psicotrópicas, por ejemplo. La respuesta tiene que estar inspirada por la naturaleza misma del peculado, lo que significa tanto como admitir la posibilidad de que cuando el servidor público deba custodiar la droga incautada puede cometer peculado si la sustrae o malversa. No en vano el tipo penal del Artículo 322 CP menciona expresamente la posibilidad de cometer peculado cuando el sujeto custodia el bien.

El delito de peculado que prevé el Artículo 322 CP es un tipo **doloso**. Como tal, se requiere que el sujeto quiera el resultado o lo acepte en caso de representárselo como posible (Artículo 27 CP). El resultado en el caso del peculado no es, como se ha demostrado, algún perjuicio patrimonial para el Estado, sino la vulneración de los deberes que tiene como administrador del bien. En tal sentido, será un peculado doloso aquel en el cual el servidor público quiera incumplir tal deber o lo acepte cuando se represente como probable que el comportamiento es contrario a sus deberes funcionarles.

Las **agravantes** que contempla el Artículo 322 CP consisten, por un lado, en que la cuantía de lo apropiado supere los cien mil balboas y, por otro lado, si el dinero, valores o bienes estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social. Con respecto a la primera de ellas, llama la atención que se utilice aquí el término apropiarse, cuando en el tipo básico se usan los términos sustraer y malversar. De conformidad con lo explicado, el sentido que hay que otorgarse al vocablo apropiarse de la agravante del Artículo 322 CP no puede ser el incorporar el bien a la esfera de disponibilidad del sujeto activo. Por el contrario, para guardar coherencia con la naturaleza del delito de peculado hay que entender que la razón de ser de esta agravante encuentra su razón de ser en el hecho de que la vulneración de los deberes funcionariales es más grave en los casos en que hay un resultado material superior a cien mil balboas. Así, sigue siendo irrelevante si el servidor público se apodera de dicha cantidad o es un tercero (en cuyo caso se aplica la modalidad del peculado que consiste en consentir que otro se apropie, sustraiga o malverse el bien o dinero), pues lo relevante es que el Estado no tiene dentro de su esfera de disponibilidad tal cantidad.

La segunda agravante, referida al destino del dinero, valores o bienes (fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social) se justifica en la medida en que se admita que

compete al Estado –a través de los servidores públicos– administrar los recursos públicos para hacer frente a fines asistenciales o programas de desarrollo o de apoyo social. Es claro que resulta más reprochable desde el punto de vista jurídico, que es el que aquí interesa, que un servidor público incumpla con sus deberes de buen administrador cuando el cumplimiento de tales deberes permite la asistencia o el desarrollo.

C. Peculado por error ajeno. Artículo 333 CP

Artículo 333. "El servidor público que, en ejercicio de su cargo y aprovechándose de error ajeno, se apropie, sustraiga o utilice en beneficio propio o de tercero, dinero, valores o bienes nacionales o municipales será sancionado con prisión de cuatro a ocho años."

El delito de peculado por error ajeno es una figura particular de la legislación penal panameña que se encuentra tipificada en el Código Penal actual. El **sujeto activo** en esta modalidad de peculado es siempre el servidor público. Sin embargo, a diferencia del peculado doloso por sustracción del Artículo 322 CP, en el peculado por error ajeno el deber funcionarial se expresa en la frase "en ejercicio de su cargo". Así, no cualquier servidor público responderá como autor de este delito; únicamente aquel cuyo cargo le faculte a recibir bienes, dinero o valores de parte de terceros. La correcta comprensión de este elemento permitirá la diferenciación del delito de peculado por error ajeno del delito de exacción tipificado en el Artículo 347 CP. En efecto, sin perjuicio de regresar sobre esto cuando se analice el delito de exacción, en el peculado por error ajeno se pone el acento en el estado de error en que actúa el particular, mientras que en la exacción el particular que entrega el impuesto, tasa, gravamen, contribución o derecho conoce que es un pago no debido.

Ahora bien, el estado de error en el peculado por error ajeno puede ser consecuencia de algún engaño atribuible al servidor público, o puede tratarse de un error que haya sido generado por otro factor. Tanto en uno como en otro caso, el servidor público se hace responsable de informar al particular su error, por lo que deviene en irrelevante si el servidor público causa o no el equívoco. Su deber le obliga, bien a no engañar, bien a sacar del error al particular.

Lo dicho en el párrafo anterior permite establecer con claridad quiénes pueden ser autores del delito de peculado por error ajeno: aquellos que, por su cargo, tengan la función de administrar dineros, valores o bienes nacionales o municipales. Administrar no significa solamente cobrar, pues tal función se advierte también en el delito de exacción, aunque en aquel delito el cobro está referido a algún impuesto, tasa, gravamen, contribución o derecho. Administrar, en el peculado por error ajeno, simboliza ser responsable de los dineros, valores o bienes nacionales o municipales, ya que sólo así el sujeto puede violentar sus deberes funcionariales cuando se apropia, sustrae o utiliza en beneficio propio o de tercero tales dineros, valores o bienes. Por lo dicho, será peculado por error ajeno el caso del contribuyente que, por un error imputable a él mismo y detectado por el servidor público, paga por algún concepto no debido, como también el caso del servidor público que engaña al particular, y éste, en estado de error, realiza una disposición patrimonial no debida. Con todo, en ambos casos se ha de exigir no sólo que el particular incurra en error, pues ése es tan sólo uno de los elementos objetivos del tipo. Se requiere, además, que se trate de dinero, valores o bienes nacionales o municipales.

Los conceptos "**dinero**", "**valores**" **y** "**bienes**" son bastante claros en su significado, Cabe, sin embargo, precisar que los bienes han de tener un valor patrimonial, aun cuando sea mínimo. Esta idea viene avalada por dos razones. La primera es que tratándose de objetos cuya titularidad recae en la nación o en

los municipios y que son entregados por particulares, se trata de objetos patrimonialmente valorables, pues un particular no tiene la obligación de entregar al Estado algún objeto que no tenga contenido patrimonial. La segunda es que la inclusión de los términos "dinero" y "valores" junto al de "bienes" da una idea certera de que el contenido de estos tres objetos materiales ha de ser patrimonialmente valioso.

La **titularidad de los dineros,** valores o bienes es del Estado. Con mayor precisión el Artículo 333 CP señala que son dineros, valores o bienes *nacionales* o *municipales*. El que el legislador haya contemplado expresamente la titularidad de los bienes facilita entender que el objeto material está vinculado a aspectos tributarios, pues en tales casos el particular podrá incurrir en error y creer que debe contribuir con el pago de algún tributo.

Los **verbos rectores** del delito de peculado por error ajeno son apropiarse, sustraer y utilizar. Como se vio anteriormente, la lesión del deber funcionarial inherente al peculado no precisa que el servidor público logre incorporar a su esfera de disponibilidad el bien, sino que basta y sobra con que el bien sea detraído de la esfera del Estado, lo cual puede suceder incluso cuando es un tercero, ajeno al servicio público, quien se apodera del bien. En tal medida, la consumación del delito de peculado por error ajeno se produce en el momento en que el dinero, valor o bien nacional o municipal es detraído de la esfera estatal por parte del servidor público que, por su cargo y por error ajeno, ha tenido acceso a él. A partir de aquí carece de importancia si el bien logra ser realmente objeto de apropiación (es decir, si el servidor público consigue incorporarlo a su esfera de disposición) o de sustracción (en cuyo caso sale simplemente de la esfera del Estado). De hecho, la sustracción del bien precederá al apoderamiento.

Los casos en que se ***utiliza*** el dinero, valor o bien merecen una consideración especial, pues es menester sentar las bases para poder diferenciarlo del peculado por uso del Artículo 335 CP.

Si el peculado por uso tiene una pena de prisión de uno a tres años, mientras que el peculado por error ajeno una de prisión de cuatro a ocho años, es porque existe una diferencia valorativa entre estos dos injustos. La diferencia de penas expresa que el peculado por uso, sin dejar de ser grave, es menos grave que el peculado por error ajeno. A partir de aquí se sigue que el concepto de "usar" en el peculado por uso implica que el servidor público usa el bien en beneficio propio o de tercero, pero sin detraerlo de la esfera de disponibilidad del Estado. En el peculado por uso el Estado puede seguir haciendo uso del bien. Mientras que en el peculado por error ajeno la utilización del dinero, valores o bienes impiden que el Estado pueda utilizar el bien. En el peculado por error ajeno el servidor público logra detraer el bien de la esfera del Estado. Sobre el peculado por uso se volverá luego. Basta por ahora con recalcar que el peculado por error ajeno tiene que tener alguna diferencia frente al peculado por uso que justifique el tratamiento penológico diferenciado que reciben, y que lo único que lo puede justificar en ubicar dicha diferencia no en la vulneración del deber funcionarial, pues en ambos casos tal vulneración se da, sino en la posibilidad de que el Estado pueda o no pueda seguir haciendo uso del bien.

Según la ley, el servidor público que comete peculado por error ajeno ha de actuar **en beneficio propio o de un tercero**. Esta exigencia subjetiva, que se configura como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, supone que son atípicos aquellos comportamientos en los que el sujeto, aprovechándose de error ajeno, se apropie, sustraiga o utilice dinero, valores o bienes nacionales o municipales, pero no en provecho propio o de tercero. Compete pues al juez acreditar que el servidor público ha actuado en beneficio propio o de terceros, lo que no implica que haya logrado obtener el beneficio que perseguía. En efecto, una cosa es que el sujeto haya guiado su accionar por una tendencia determinada (en este caso, obtener algún beneficio para sí o para un tercero) y otra, muy distinta, que lo haya logrado. Para la consumación del delito se requiere lo primero.

D. Peculado culposo. Artículo 334 CP

***Artículo 334**. "El servidor público que culposamente da ocasión a que se extravíen o pierdan dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo, o da ocasión a que otras personas los sustraiga, utilice o se apropie de ellos, en beneficio propio o de terceros, será sancionado con prisión de tres a seis años.*

La persona que, aprovechándose de dicha conducta, sustraiga, utilice o se apropie del dinero, valores o bienes a que se refiere el párrafo anterior, será sancionada con prisión de cuatro a seis años."

Si se admite, como es común hacerlo, que entre un tipo penal doloso y su modalidad culposa no hay más diferencia que el título de imputación subjetiva, esto es, que en el primero el sujeto conoce y quiere el resultado o lo acepta como posible (Artículo 27 CP), mientras que en la segunda el sujeto actúa inobservando el deber objetivo de cuidado que le incumbe de acuerdo a las circunstancias y las condiciones personales (Artículo 28 CP), es posible admitir a continuación que el peculado culposo comparte con el peculado doloso la misma estructura objetiva. Esto significa que **desde el punto de vista objetivo, ambas modalidades de peculado tendrían los mismos elementos objetivos**. Acorde con este planteamiento, el peculado culposo sancionaría, al igual que el doloso, la infracción de los deberes que tiene el servidor público como administrador con respecto a los bienes que se le confían por razón de su cargo.

La tesis apuntada en el párrafo anterior, de que en el peculado culposo se sanciona el no cumplimiento de los deberes que como administrador estatal tiene el servidor público, se condice con el hecho de que en el Artículo 334 CP se prevén como modalidad delictiva (junto a los casos en que el servidor público, por culpa, da ocasión a que se extravíen o pierdan los dineros, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo) el que el servidor público, siempre por culpa, de ocasión a que otra persona sustraiga, utilice o se apropie de los dineros, valores o bienes. La previsión de estas dos modalidades demuestra pues que **el comportamiento típico está enmarcado en el rol del sujeto como administrador público**. Así, es exactamente lo mismo desde el punto de vista del desvalor de acción y del desvalor de resultado, que los bienes confiados al servidor público se pierdan o extravíen, a que dichos bienes sean sustraídos, apropiados o utilizados por terceras personas. Pues en ambos casos se violentan los deberes de administración frente a dichos bienes.

La razón por la cual en el peculado culposo no se ha previsto una modalidad que, como en el peculado doloso, sancione al servidor público que sustrae él mismo los bienes, es bastante obvia: no es posible apropiarse de algo por culpa. Así como no existe una modalidad de hurto culposo, tampoco existe una de peculado culposo que sancione al servidor público cuando se apropia de los bienes.

Con todo, **la primera modalidad** consiste en que el servidor público da ocasión a que se extravíen o pierdan dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo. Se ha explicado ya, con ocasión del delito de peculado doloso, en qué consiste el elemento funcional “por razón de su cargo” que vincula al autor del delito con los objetos materiales (dinero, valores o bienes). Resta, por tanto, precisar que en esta modalidad se tipifican aquellos casos en que el dinero, el bien o el valor no es sustraído

o apropiado por tercera persona (pues tal es el supuesto de hecho de la segunda modalidad), sino los casos en que el bien se deteriora. Si bien es cierto que se podría argumentar que desde el punto de vista literal los términos "extraviar" y "perder" hacen referencia a no conocer el paradero o ubicación de los bienes, una interpretación teleológica y a su vez sistemática por comparación arroja como resultado que tales vocablos significan no sólo que los bienes no se encuentren donde deben encontrarse, sino también –y, sobre todo– se refieren a los daños que sufren los bienes confiados al servidor público ocasionados por la inobservancia de sus deberes de administrador, que le obligaban a proveer a dichos bienes de los cuidados debidos.

En este primer supuesto del delito de peculado culposo se subsumen aquellas hipótesis en las que no se logra acreditar con certeza que el bien ha sido sustraído o apropiado por un tercero. En tal caso, si bien no se podrá imputar al servidor público la comisión del delito de peculado culposo al no poder acreditarse que alguien se ha apropiado del bien, queda intacta la posibilidad de imputarle la pérdida del bien.

En **la segunda modalidad** del delito de peculado culposo se sanciona el dar ocasión a que otra persona sustraiga, utilice o se apropie del dinero, bienes o valores que se le han confiado en administración el servidor público. Aquí es claro que se requiere la intervención de un tercero que se apropia, sustrae o utiliza el bien y que actúa dolosamente. Este tercero podrá ser, y de hecho en la mayoría de casos será, un particular. Sin embargo, nada impide que el tercero que se apropia, utiliza o sustrae los bienes sea un servidor público. La única restricción en este caso será que no ha de tener la custodia o administración del referido bien, pues, de lo contrario, no respondería como tercero *extraneus* en el peculado culposo que comete el servidor público, sino como autor de peculado doloso por sustracción, al tener una relación funcionarial con el bien que le obliga como administrador.

La **sustracción** que realiza el tercero no implica que logre incorporar a su esfera patrimonial el bien; simplemente que los detraiga o sustraiga de la esfera de disponibilidad del Estado. Si consigue incorporarlos en su esfera de disponibilidad entonces se habrá apropiado de los bienes, pero antes, como es obvio, los habrá sustraído, habiéndose consumado ya el delito. La inclusión del término utilizar puede generar ciertas complicaciones frente al delito de peculado por uso del Artículo 335 CP. Ya con ocasión del peculado por error ajeno (*supra* II.C) se precisó que el término "utilizar" se diferencia del peculado por uso en que en la utilización se priva al Estado de usar el bien, circunstancia que no se da en el peculado por uso (con mayor detalle, *infra* II.D). Empero, tal diferenciación tenía sentido para marcar un límite entre el peculado por *error ajeno doloso* y el peculado *por uso doloso*, además de que en ambos casos era el servidor público el que personalmente utilizaba o usaba el bien. Pero, como quiera que en el peculado culposo el acto de utilización no lo realiza el servidor público sino un tercero, no hay motivo para diferenciarlo del peculado por uso. Para expresarlo con otras palabras, al ser bastante clara la diferencia entre el peculado culposo y el peculado por uso (el primero es culposo y el acto de utilización del bien no lo ejecuta el servidor público, mientras que el segundo es doloso y el uso del bien lo realiza el servidor público) no es preciso establecer que el verbo "utilizar" en el peculado culposo se refiere únicamente a los supuestos en que el bien se usa y con ello se impide que el Estado disponga de él. Por el contrario, una de las consecuencias de la interpretación efectuada es que constituye delito de peculado culposo cuando el servidor público, por culpa, da ocasión a que un tercero utilice los bienes confiados en administración, percepción o custodia al servidor público, aun cuando ello no impida que el Estado pueda hacer uso del bien.

La **imposibilidad de poder reconducir la conducta del tercero a la categoría de la participación criminal**, ya sea como cómplice necesario o como cómplice accesorio (Artículos 44

y 45 CP), ya que el autor en este caso actúa por culpa, hace que sea necesaria la tipificación expresa de la responsabilidad en la que incurre el tercero que se apropia, utiliza o sustrae los bienes. No obstante, llama la atención que la pena para éste *extraneus* sea prisión de cuatro a seis años, mientras que la pena para el servidor público es de tres a seis. Esta diferencia podría explicarse por el hecho que el servidor público, si bien infringe su deber funcionarial (algo que no se puede predicar con respecto al tercero), actúa con culpa, mientras que el *extraneus* interviene con dolo.

E. Peculado por uso. Artículo 335 CP

> ***Artículo 335***. *"El servidor público que, para fines ajenos al servicio, use en beneficio propio o ajeno, o permita que otro use dinero, valores o bienes que estén bajo su cargo por razón de sus funciones o que se hallen bajo su guarda será sancionado con prisión de uno a tres años, o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.*
>
> *La misma pena se aplicará al servidor público que utilice trabajos o servicios oficiales en su beneficio o permita que otro lo haga."*

Al igual que las figuras de peculado doloso por sustracción (Artículo 332 CP), peculado por error ajeno (Artículo 333 CP) y peculado culposo (Artículo 334 CP), el peculado por uso es un delito que sólo puede cometer como autor aquel servidor público que tiene el deber de **administrar** –y, por ende, de custodiar– los bienes objeto de peculado. Es, pues, un **delito especial propio**. Esta similitud con las otras modalidades de peculado no es la única, pues en todas ellas el **objeto material** del delito lo constituyen el dinero, valores o bienes. El significado de ta-

les conceptos ya se analizó (*supra* II.B y II.C), por lo que resta aquí simplemente recalcar, por un lado, que la titularidad de los bienes, dinero o valores no tiene que ser siempre y en todos los casos del Estado; puede pertenecerle también a un particular o a una empresa de economía mixta. Y, por otro lado, que han de tener contenido patrimonial, lo que no significa que tengan que ser siempre de lícito comercio. Por ejemplo, un servidor público puede tener bajo su guarda armas incautadas.

La **relación funcional** que en todo delito de peculado tiene que existir entre el sujeto activo y los bienes, valores o dineros se advierte en el peculado por uso en la frase "que estén bajo su cargo por razón de sus funciones o que se hallen bajo su guarda". Dicha terminología es suficientemente clara para denotar que no cualquier dinero, bien o valor puede ser objeto del peculado por uso. Sólo aquellos que han sido confiados al sujeto como administrador. Como se ha dicho anteriormente, en el ámbito del delito de peculado "administrar" significa ser responsable de darle un correcto y adecuado uso a los bienes. De ahí que sean supuestos equivalentes cuando el servidor público usa, él mismo y en beneficio propio o ajeno los bienes que administra, a cuando permite que otro los use. En ambos casos se contravienen los deberes que tiene como administrador.

Cuando el peculado por uso se imputa en la modalidad de **permitir** que otro use el dinero, valores o bienes, es necesario considerar la responsabilidad penal que le cabe a quien usa dichos bienes. En este caso, la atribución de responsabilidad penal no ha de limitarse al servidor público, sino que ha de abarcar al tercero que usa el bien. Este tercero puede ser un particular o un servidor público, pero, si es servidor público, no ha de tener bajo su guarda o cargo los bienes. Este tercero responde como cómplice primario (Artículo 44 CP) pues participa con una contribución sin la cual el autor no habría podido cometer el delito.

Como ya se ha adelantado, en el peculado por uso el objeto material **del delito no ha de salir de la esfera de disponibilidad del Estado,** pues, en tal caso, se trataría de un delito de peculado por sustracción del Artículo 332 CP. Esta idea se sustenta en la necesidad de diferenciar el peculado por error ajeno del Artículo 332 CP en su modalidad de utilizar con el peculado por uso y tiene como principal argumento el tratamiento penológico que cada figura delictiva recibe. Así, constituye delito de peculado por uso, por ejemplo, destinar para fines privados material que le ha sido confiado al servidor público (computadoras, papel, llamadas telefónicas). Si a esta idea se le suma el hecho que la cantidad de dinero o el valor del bien no es relevante, se comprende en su verdadera dimensión el sentido del peculado por uso: los bienes que se le entregan al servidor público tienen que ser usados para cumplir los fines que el Estado establece, y no otros. Cualquier alejamiento de esos fines, que no presuponga la detracción del bien de la esfera de disponibilidad del Estado, constituye peculado por uso.

En esta línea, el Artículo 335 CP expresa que el uso que se le da a los bienes en el peculado por uso ha de ser **un fin ajeno al servicio**. Por ello no es necesario que el bien tenga un fin asignado de manera expresa y concreta. Es posible, y frecuente además, que el servidor público tenga autonomía para determinar cuál ha de ser el fin al que se afecte el bien. Ello, sin embargo, no puede ser tenido como sinónimo de impunidad. Por el contrario, determinar en estos casos si el fin es ajeno o no al servicio es un análisis que habrá de realizarse teniendo en cuenta los objetivos que persigue la institución en la cual presta servicios el servidor público y la idoneidad del empleo del bien. Esta idea se desprende de aquella otra en cuya virtud el autor del delito de peculado es un administrador estatal, de manera que su deber es que el dinero, valores o bienes que se le confían por razón de su cargo sean empleados única y exclusivamente para la consecución de las finalidades establecidas, y no para otros fines. De hecho, el

Artículo 335 CP no se pronuncia, como sí lo hace el delito de peculado por destinación del Artículo 336 CP, sobre las consecuencias del uso de los bienes para fines ajenos al servicio. Esto indica que el delito de peculado es un delito de **mera actividad** que, como tal, se consuma con el uso indebido del bien, sin necesidad de que el servicio o función al cual estaba destinado el bien se vea afectado. Ésta es una razón más para afirmar que en el peculado por uso el bien no ha de salir de la esfera de disponibilidad del Estado.

Por más que se haya previsto expresamente como modalidad de peculado por uso, es discutible que el **uso de *dinero*** para fines ajenos al servicio pueda ser, en realidad, un caso de peculado por uso. Pues el dinero, como cualquier otro bien fungible, no puede ser utilizado sin dejar de ser consumido. Ello demuestra que el uso del dinero para fines ajenos al servicio debe ser tratado como un peculado doloso por apropiación. Dicho con otras palabras y a modo de ejemplo, cuando el servidor público encargado de administrar la caja menuda de una determinada institución pública toma el dinero ahí depositado para gastarlo el fin de semana con sus amigos, no sólo lo usa para un fin ajeno al servicio, sino que se apropia de él. La situación no cambia si se devuelve el dinero, ya que en tal caso se devolverá el valor del mismo, pero no el mismo bien.

El peculado por uso precisa que el uso que se le da al dinero, valores o bienes ha de ser en **beneficio propio o ajeno**. Esta frase ha de interpretarse en clave subjetiva, exigiéndose en consecuencia únicamente que el sujeto activo haya actuado con el propósito de obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero, sin que sea menester demostrar que lo ha logrado. La razón es que la obtención del beneficio que pretende el autor no siempre dependerá de él, sino que muchas veces –y la casuística es aquí infinita– estará supeditado a la intervención de terceras personas. Para decirlo con un ejemplo, comete peculado por uso el servidor público que utiliza la línea telefónica de la institución

pública en donde labora para ofrecer en venta una propiedad inmueble, aun cuando no logre que alguien se la compre.

El **beneficio**, si bien puede ser patrimonial, puede ser también de naturaleza no patrimonial. Por lo tanto, hay que entender el término "beneficio" como la pretensión de obtener alguna ventaja que no es lícito procurar mediante el uso de bienes o valores asignados a un fin público. El beneficio ajeno incluye los casos en que se persigue favorecer tanto a una persona natural como a una jurídica y, si es jurídica, puede ser nacional o extranjera, regular o irregular.

En el Artículo 335 CP se prevé como modalidad del delito de peculado por uso el que el servidor público **utilice trabajos o servicios oficiales en su beneficio o permita que otro lo haga**. La inclusión de esta fórmula es correcta, pues en muchos casos el Estado les asigna a los servidores públicos personal para que les presenten servicios (seguridad, chóferes, etc.), y muy difícilmente estos supuestos de servicios personales podrían ser considerados como bienes, valores o dinero. Así, tanto el servidor público que requiere al personal de su seguridad para que le asistan en labores de mantenimiento de su domicilio, como el que requiere a su chofer para que transporte a sus amigos, incurren en responsabilidad por delito de peculado por uso. La razón que justifica este delito es la misma que justifica la asignación por parte del Estado a un servidor público de trabajos o servicios oficiales: hacerse viable y posible el cumplimiento de su función pública. A partir de ahí se acepta que esos trabajos y servicios oficiales tienen que ser administrados y por ende usados sólo para el cumplimiento de los fines para los cuales han sido asignados.

Al igual que la modalidad anterior referida al uso de dinero, bienes y valores, en ésta no se requiere que el servicio se perjudique. Así también, en los casos en que sea un tercero el que use la persona o los servicios oficiales, éste habrá de responder como cómplice primario.

F. Peculado por desviación o destinación. Artículo 336 CP

> ***Artículo 336**. "El servidor público que da a los caudales o efectos que administra una aplicación o función pública distinta de aquella a la cual estuvieran destinados y resulta afectado el servicio o función encomendado, será sancionado con prisión de uno a tres años.*
>
> *La pena será de tres a seis años de prisión, si se actúa con el propósito de obtener un beneficio propio o para un tercero, o si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social y resulta afectado el servicio o función encomendado."*

Esta modalidad de peculado, conocida como peculado por desviación o destinación, precisa, al igual que todas las formas de peculado, que el autor infrinja sus deberes **como leal y fiel administrador estatal**. Para decirlo una vez más, cuando se califica la administración estatal de leal y fiel, no se piensa en términos morales o éticos, sino en términos jurídicos: una administración estatal leal y fiel es aquella que se ejerce respetando y observando los principios jurídicos que inspiran la actividad pública, a saber, probidad, oportunidad y proporcionalidad en el cumplimiento de los encargos asumidos. Esto es especialmente importante en el peculado por desviación, sobre todo en aquellas hipótesis en las que los causales o efectos no tuvieran un destino expresamente previsto, sino que el uso de los bienes depende de la discrecionalidad del servidor público. Ello será analizado en detalle más adelante.

El **autor** del delito es un servidor público que administra los caudales o efectos que constituyen el objeto material del delito.

El servidor público que tiene el deber de administrar el bien no es siempre aquel que determina a qué aplicación o función se destina el bien. Ello puede ocurrir cuando, efectivamente, el sujeto tiene la potestad de decidir el destino de los caudales o efectos, quedando obligado a respetar dicha disposición. Esto no significa que no pueda cambiar el destino o función al cual fueron aplicados los bienes, pero tendrá que hacerlo cumpliendo las formalidades que establece la normativa del caso. Lo mismo ocurre cuando es una persona distinta al servidor público que tiene que administrar los caudales y efectos quien establece la función o destino de los bienes. También en este supuesto el administrador queda vinculado por la disposición.

En el peculado por destinación o desviación, el tipo penal se refiere a **caudales y efectos**, y no, como en las otras modalidades de peculado, a dinero, valores o bienes. Esta diferencia, en realidad, no le quita eficacia al precepto penal, pues por caudales se entiende toda clase de bienes en general –especialmente el dinero– que tiene valor económico, mientras que "efectos" hace referencia a los documentos de crédito negociables. Queda la incertidumbre de si los **bienes inmuebles** pueden ser comprendidos en el concepto de caudales, como, sin duda, sucede con los bienes muebles. Ello depende del tipo de interpretación que se siga; si se asume una interpretación formal y restrictiva, probablemente se tenga que descartar que el término "efectos" incluye a los bienes inmuebles, pero si, de conformidad con el espíritu de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se utiliza una interpretación teleológica que no pierda de vista que el delito de peculado cumple la función de sancionar penalmente las infracciones que comete el servidor público en su faceta de administrador, habrá que preguntarse si el servidor público administra bienes inmuebles y si a éstos puede dárseles una función pública distinta a la determinada. En otras palabras, ¿es posible que el servidor público cometa el delito de peculado por destinación cuando el objeto material es un bien inmueble? La respuesta tiene que ser positiva. Para decirlo con

un ejemplo: cuando el servidor público encargado de administrar un departamento incautado a una red de narcotraficantes lo usa, no como almacén, conforme la directiva de su superior, sino para celebrar reuniones de trabajo, es claro que le da al bien inmueble una función pública distinta.

El **comportamiento típico** en el delito de peculado por destinación o desviación es darle a los caudales o efectos que se administran una aplicación o función pública distinta de aquella a que estuviesen destinados. Esto genera las siguientes cuatro reflexiones:

1. En primer lugar, el peculado por destinación **presupone** que los efectos y caudales hayan sido destinados a una concreta aplicación o función pública. Como se adelantó, no interesa quién decide cuál ha de ser el destino del bien, sino que lo relevante es que la decisión de darle al bien tal o cual destino haya sido tomada por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones.

2. En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, cuando el bien **no tiene un destino concreto** y le compete al servidor público darle un uso que sea propio y compatible con los fines del sector o de la entidad en la cual labora, es posible también incurrir en responsabilidad penal por el delito de peculado por destinación. En efecto, que no exista una aplicación o función precisa, concreta o detallada, no significa que los caudales o efectos no estén destinados al cumplimiento de una función pública. Por ejemplo, utilizar el local de una comisaría para realizar un remate público es darle a un bien (caudal) un uso público distinto al que tiene asignado. Que en este caso no exista una directiva o normativa que indique expresamente que en el local no se puede llevar a cabo un remate público no quiere decir que se pueda hacerlo. El uso público que se tiene que dar al local se desprende de la naturaleza de las cosas. Sólo si existiera una autorización que permitiera el uso del local para fines ajenos a los

de la policía se podría utilizar el bien para otra función pública. En los casos en los que los caudales o efectos tienen una aplicación ya establecida y el servidor público les da una aplicación pública distinta, la responsabilidad penal se fundamenta en la infracción a los deberes de administración, que en este caso es apartarse de la función a la cual estaba destinado el bien. Lo misma razón se advierte en los supuestos en que lo caudales y efectos no tiene una aplicación o función establecida con precisión y detalles. Aquí cabe recurrir siempre a la naturaleza de las cosas, que indica que también se incumplen los deberes de administración cuando se le da al bien una aplicación que no se corresponda con los fines que cumple la institución.

3. En tercer lugar, la aplicación o función que se le da a los caudales y efectos ha de **ser pública y no privada**. Aquí se advierte la diferencia que existe entre el peculado por destinación o desviación del Artículo 336 CP y el resto de modalidades de peculado. En efecto, en el peculado por destinación del Artículo 336 CP el servidor público no llega a apropiarse, a sustraer o a malversar el bien; los bienes no son detraídos de la esfera de disponibilidad del Estado, como sucede en el peculado por apropiación, sustracción o malversación del Artículo 332 CP, en el peculado por error ajeno del Artículo 333 CP y en el peculado culposo del Artículo 334 CP. En el peculado por uso del Artículo 335 CP, por su parte, si bien los bienes no son detraídos de la esfera de disponibilidad del Estado, sí se les da un uso ajeno al servicio público. Con todo, el que en el peculado por destinación del Artículo 336 CP se requiera que la aplicación o función que se le da a los caudales o efectos sea pública descarta que se cometa este delito cuando el destino para el cual se utiliza el bien sea uno privado. Por eso, en el peculado por destinación o desviación no se requiere que el autor actúe en beneficio propio o ajeno, como se exige en el peculado por uso del Artículo 335 CP.

4. En cuarto lugar, la aplicación o función pública distinta que se les da a los caudales y efectos no ha de ser necesariamente de-

finitiva, pudiendo ser, simplemente, **temporal**. Esto significa que se comete el delito con independencia de si los caudales o efectos son reconducidos luego a la función original.

La punición del peculado por destinación o desviación se encuentra condicionada a que el servicio o función encomendado resulte afectado. Este resultado, que en modo alguno depende del autor del delito, es una **condición objetiva de punibilidad**; es decir, una circunstancia que debe concurrir para que el comportamiento sea delictivo, sin necesidad de que haya sido abarcada por el dolo del autor. Ello no quiere decir que, en caso no se produzca la afectación al servicio el comportamiento del sujeto activo no sea penalmente relevante. Lo es, pero en grado de tentativa (Artículo 48 CP). Así, por ejemplo, si el servidor público encargado de administrar el dinero que ha sido destinado para construir diques de contención ante la inminencia de lluvias torrenciales decide utilizar el dinero para asfaltar carretas, pero, por cuestiones del destino, las lluvias no se producen, el servicio no se afecta. En tal caso el delito de peculado por destinación no llega a consumarse, pero puede ser sancionado en grado de tentativa.

En todo caso, es posible que el servidor público pueda invocar en su defensa el estado de necesidad justificante, cuando existe la necesidad y premura de atender alguna circunstancia que no ha sido considerada en el presupuesto del sector. Por ejemplo, es dable que el funcionario público utilice las partidas destinadas para pintar las paredes del local municipal para comprar medicinas o alimentos en caso de alguna catástrofe. Como en todo estado de necesidad justificante, se trata de ponderar los bienes en conflicto y de preferir el de mayor valía.

El Artículo 336 CP contempla dos **supuestos agravados**. El primero está referido al propósito que persigue el autor del delito de obtener un beneficio propio o para un tercero. El beneficio puede ser patrimonial, pero puede ser también de otra naturaleza. Por ejemplo, en vez de construir una posta médica se construye una

carretera que facilita el acceso al predio del servidor público o de algunos amigos. La segunda agravante encuentra su razón de ser en que los caudales y efectos han de estar destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social. En cualquiera de los supuestos agravados, el Código Penal exige que el servicio o la función encomendada resulten afectados.

G. Peculado por extensión. Artículo 337 CP

***Artículo 337**. "Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:*

1. *A quien se halle encargado, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos de una entidad pública.*
2. *Al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos.*
3. *Al administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*
4. *A las personas o a los representantes de personas jurídicas que se hallen encargados de administrar dinero, bienes o valores que formen parte de una donación realizada para el Estado proveniente del extranjero o hecha por el Estado para obras de carácter público y de interés social.*
5. *A los trabajadores de empresas de servicios públicos en las que el Estado tenga participación económica, salvo que una ley especial establezca otra situación."*

En el Artículo 337 CP se prevé una cláusula en virtud de la cual se amplía al campo de aplicación de las disposiciones que regulan el delito de peculado en todas sus formas. Ya se dijo que algunos de estos supuestos en los que se incluye a personas que, en principio, no son servidores públicos, demuestra que la determinación del círculo de autores del delito de peculado en particular, y de los delitos contra la Administración Pública en general, responde a criterios materiales, compatible con la idea de que servidor público es toda aquella persona en quien se ha delegado la función de administrar al Estado y por ende tiene capacidad para vincularlo con sus actos. A partir de ahí se tiene que aceptar que la titularidad de los bienes puede que no recaiga en el Estado, sino en un particular, y ello no impedirá que el sujeto encargado de la administración de dichos bienes no sea un servidor público, ni que no pueda cometer el delito de peculado. Por el contrario, de conformidad con lo que se viene sosteniendo, también en el supuesto descrito se comete peculado cuando el título por el cual el sujeto administra el bien perteneciente a un particular ha sido conferido por el Estado. Así sucede, por ejemplo, con los bienes embargados.

La **primera modalidad** del peculado por extensión consiste en que se apliquen las reglas del peculado: "*a quien se halle encargado, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos de una entidad pública*". En este primer supuesto no se dice nada distinto a lo que propone el concepto material de servidor público de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Pues una persona que se encarga de fondos, rentas y efectos de una entidad pública lo que hace en realidad es administrar dichos fondos, rentas y efectos. En todo caso, la bondad de esta primera modalidad de peculado por extensión radica en que se deja en claro que no interesa el concepto por el cual el sujeto administre los bienes públicos. Da lo mismo que sea un servidor público que ha sido nombrado con todas las formalidades que prevé la ley, a que sea uno cuyo contrato de trabajo es nulo,

por ejemplo, pues en ambos casos se encuentra encargado de los bienes. Lo mismo hay que decir con respecto a si el sujeto percibe una remuneración o labora ad honórem.

En la **segunda modalidad** se menciona: "*al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos*". La razón por la cual en este caso el derecho penal trate a un particular como si fuera un servidor público es porque ha sido legalmente designado como depositario de los bienes. Ser depositario implica la obligación de preservar en depósito los bienes; es decir, implica la obligación de administrar los bienes de conformidad con las reglas del contrato de depósito.

La **tercera modalidad** se refiere: "*al administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares*". Como se dijo, en este supuesto se aprecia que el concepto de servidor público se extiende –correctamente– a personas que, según el derecho administrativo, no ejercen función pública. Sin embargo, si no se pierde de vista que lo trascendente es el título en virtud del cual se administra los bienes, y que dicho título es concedido por el Estado pues se trata de una autoridad pública quien decreta el embargo, el secuestro o el depósito, se tiene que, aun cuando la persona que tenga que cuidar el bien no sea la autoridad pública que decretó el embargo, el secuestro o el depósito, tiene sí el deber de administrar un bien según los términos del encargo recibido por parte del Estado.

La **cuarta modalidad** del peculado vincula: "*a las personas o a los representantes de personas jurídicas que se hallen encargados de administrar dinero, bienes o valores que formen parte de una donación realizada para el Estado proveniente del extranjero o hecha por el Estado para obras de carácter público y de interés social*". La razón de esta extensión radica en que, en un caso, se trata de bienes que han sido donados por el Estado provenientes del extranjero y, el que el Estado no administre dichos bienes no

significa que deje de ser responsable por el destino de los bienes que la cooperación internacional ha donado. En el otro caso, la razón consiste en el destino de los bienes, pues se trata de bienes destinados para obras de carácter público y de interés social.

La **quinta modalidad** está referida: "*a los trabajadores de empresas de servicios públicos en las que el Estado tenga participación económica, salvo que una ley especial establezca otra situación*". Este precepto podría dar a entender de manera equivocada que toda persona que labora para una empresa de económica mixta es automáticamente servidor público. En realidad, sólo se puede considerar servidor público a aquellas personas que administran algún segmento del Estado y que tienen la capacidad de vincular al Estado con sus actos. De ahí que no todos los que laboren en una empresa estatal o en una empresa de economía mixta sean servidores públicos. Por ejemplo, el portero del edificio público no ejerce función pública. Por otro lado, no interesa el porcentaje de la participación estatal en la empresa, sino que participe. En otras palabras, una empresa es de economía mixta cuando el Estado tiene participación en ella, aun cuando dicha participación sea minoritaria.

H. Disminución de la pena por reintegro de dineros e intereses. Artículo 338 CP

> ***Artículo 338***. *"Cuando antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio, el responsable de los delitos descritos en los Artículos 332, 333 y 335 reintegra los dineros y sus intereses, bienes o valores objeto de los delitos, la sanción se reducirá a la mitad. Si lo hace después de dictado el auto y antes de la sentencia de primera instancia, la reducción será de una tercera parte."*

El Artículo 338 CP responde a una **lógica premial** con la cual se pretende promover ciertos tipos de arrepentimientos de quienes han cometido peculado por apropiación, sustracción o malversación (Artículo 332 CP), peculado por error ajeno (Artículo 333 CP) y peculado por uso (Artículo 335 CP). En efecto, si el sujeto reintegra los dineros y sus intereses, los bienes o valores objeto del delito, es posible que su pena sea reducida. El **reintegro** tiene que ser entendido como la **devolución del total** de los bienes objeto del delito más sus intereses. No cabe pues invocar el Artículo 338 CP ante casos de reintegro parcial. Del mismo modo, el reintegro tiene que ser entendido como la devolución de los bienes, y no la promesa o compromiso de hacerlo. Así, cuando el sujeto no tiene la capacidad de reintegrar los bienes, ya sea porque los bienes se han deteriorado, perdido o destruido, se imposibilita la aplicación del Artículo 338 CP. Esto no debería llamar la atención, pues esta cláusula, como manifestación del derecho penal premial, es una excepción a la regla general que emana del principio de legalidad, que obliga a sancionar los delitos con la pena establecida en los tipos de la parte especial. Si aquí el legislador ha establecido esta excepción no es por hacerle un favor al responsable, sino para motivar la devolución de los bienes cuando ello sea posible.

De conformidad con lo dicho en el párrafo anterior, la cláusula del Artículo 338 CP **no altera la tipicidad del delito**, sino, simplemente, modifica el marco de pena, pues su concurrencia se da después de consumado el delito. No se trata, pues, de un desistimiento anterior a la consumación del delito. Así, si el reintegro se da antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio la sanción se reducirá a la mitad; mientras que si el reintegro se produce después de dictado el auto, pero antes de la sentencia de primera instancia, la reducción será de una tercera parte. Ahora bien, si la razón de ser de esta cláusula es que sólo tiene sentido beneficiar al sujeto que reintegra los bienes con la rebaja de la pena porque con dicho acto descarga al Estado en su actividad probatoria, tiene lógica luego que la

aplicación del Artículo 338 CP se reserve para aquellos casos en que el reintegro es un acto voluntario, de motu proprio del sujeto. En otras palabras, ahí donde la actividad jurisdiccional ha detectado ya los bienes, en cantidad y calidad, y por lo tanto el reintegro no descargaría al Estado de ninguna actividad probatoria, no procede la utilización del Artículo 338 CP.

Así visto, en realidad el Artículo 338 CP describe un supuesto de **arrepentimiento**, pues cuando el sujeto reintegra los bienes, es porque se sabe responsable del delito que se le imputa. Con el acto de reintegro no sólo se consigue recuperar aquello que fue apropiado, sustraído o malversado con el delito, sino que dentro de las bondades de esta cláusula hay que ubicar aquella en virtud de la cual el sujeto que reintegra confiesa o reconoce la comisión del delito. No en vano el Artículo 338 CP se refiere al sujeto que reintegra como "responsable", término que despeja cualquier duda sobre el hecho de que si alguien es penalmente responsable es porque ha cometido el delito que se le imputa.

Con todo, no deja de llamar la atención el hecho de que el reintegro de los bienes se ha previsto únicamente para los delitos de peculado por apropiación, sustracción o malversación (Artículo 332 CP), peculado por error ajeno (Artículo 333 CP) y peculado por uso (Artículo 335 CP), dejando de lado casos en los que también se produce una detracción de los bienes de la esfera de disponibilidad del Estado, como en el peculado por culpa (Artículo 334 CP), o en el peculado por destinación o desviación (Artículo 336 CP) cuando los bienes son fungibles. En estos últimos casos, si el responsable llega a reintegrar los dineros y sus intereses, bienes o valores objeto del delito, si bien queda vedado el uso del Artículo 338 CP, es posible recurrir a las **reglas procesales de la confesión sincera**.

Si el reintegro se procede antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio, la pena se reduce a la mitad, mientras que si se produce después de dictado el auto y antes de la

sentencia de primera instancia, la reducción será de una tercera parte. Esto significa que el reintegro ha de verificarse o realizarse antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio, o antes de la emisión de la sentencia de primera instancia; es decir, el simple acuerdo de reintegrar, o la promesa de hacerlo, no tienen eficacia, se requiere **el acto de reintegro**. En otras palabras, se exige que los bienes sean restituidos a la esfera de disponibilidad del Estado, y no que se ofrezca hacerlo. La reducción de la pena ha de establecerse a partir del marco de **pena abstracta** que regula el delito que se imputa, y no de la pena que se le hubiera impuesto al sujeto en caso que no hubiera reintegrado los bienes.

III. Delito de corrupción de servidores públicos

A. Introducción

El término corrupción se utiliza para denotar distintas situaciones. Por un lado, se emplea para significar el fenómeno social de la corrupción, por otro, para hacer referencia al delito de corrupción como una de las modalidades de delitos contra la Administración Pública. Es esta segunda acepción la que aquí se utiliza.

A partir de ello se deduce que el objeto jurídico de protección, es decir, el bien jurídico, no tiene que ver con la ética ni con la moral, aunque ciertamente son aspectos importantes en la planeación de una adecuada política contra la corrupción. El bien jurídico está referido a la **imparcialidad** con que deben actuar los servidores públicos, en el sentido de que el comportamiento de los servidores públicos debe estar sujeto a las reglas que informan la Administración Pública. Imparcialidad no implica que sólo en aquellos casos en los que el servidor público tiene que dirimir entre dos posturas (como por ejemplo en un proceso contencioso) se pueda vulnerar este interés. También se puede violentar cuando se trata, por ejemplo, de un asunto no contencioso sino declarativo, si es que el interesado entrega algo indebido al servidor público para agilizar los trámites. Imparcialidad es pues sujeción a las reglas de fondo, forma y plazos de la función pública. Al mismo tiempo, se protege también la gratuidad en el ejercicio de la función pública. Sin embargo, que se proteja la **gratuidad** no significa que el particular no deba, en algunas ocasiones y cuando así lo establezca la ley, asumir los costos de la actividad del servidor público. Es el caso, por ejemplo, de las tasas. Aceptando que tanto la imparcialidad como la gratuidad se protegen en el delito de corrupción de servidores públicos, se

entiende luego que el delito de corrupción de servidores públicos es un delito de infracción de un deber, pues no interesa el resultado del acto de corrupción, ya que se castiga como delito tanto los casos en que el servidor público hace algo en cumplimiento de su deber a cambio de una contribución indebida, como cuando deja de hacer algo debido o hace algo indebido, a cambio de contribución. Lo relevante es el alejamiento por parte del sujeto activo de sus deberes de actuar con imparcialidad y gratuidad.

El titular de los bienes jurídicos protegidos es el Estado. Es el Estado el perjudicado directo en todos los delitos de corrupción de funcionarios.

Todo acto de corrupción puede ser definido, en principio, como un **contrato bilateral que versa sobre ponerle precio a la función pública**. Con esto queda claro que no sólo ha de responder el servidor público que infringe su deber, sino también la otra parte en la negociación, que puede ser un particular u otro servidor público. A partir de esta apreciación es que la doctrina ha efectuado la diferenciación entre el **cohecho activo y el cohecho pasivo**, entendiéndose por el primero el acto de corrupción que lleva a cabo el particular (Artículo 341 CP) y por el segundo el acto de corrupción que realiza el servidor público (Artículos 339 y 340 CP). Ambos son delitos en el nuevo Código Penal. Por otro lado, y teniendo en cuenta que en el delito de corrupción de servidores públicos se pone precio a la función pública, se diferencia también entre cohecho antecedente y cohecho subsiguiente. El **cohecho antecedente** es aquel en el cual el acuerdo entre las partes se produce o se pretende antes del acto que realiza el servidor público contrario a su deber (acepte donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja *para* realizar, omitir o retardar). El **cohecho subsiguiente**, por su lado, hace referencia al acuerdo que se realiza o se pretende después de que el servidor público realiza el acto contrario a su deber (aceptar donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja *a consecuencia* de haber faltado a sus obligaciones).

Se suele establecer una diferencia también con arreglo al criterio de si el acto de corrupción se da para que el servidor público realice algún acto que le viene impuesto por sus deberes, o si, por el contrario, se da para que el servidor público falte a sus obligaciones. Así, el **cohecho propio** (Artículo 339.1 CP) se refiere al incumplimiento de los deberes por parte del servidor público (aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja, para realizar, omitir o retardar un acto en violación de sus obligaciones, o aceptarlas a consecuencia de haber faltado a ellas), mientras que el **cohecho impropio** (Artículo 339.2 CP) versa sobre aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, dinero o cualquiera 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.

A partir de lo descrito en los párrafos anteriores se infiere que ahí donde el acuerdo entre el servidor público y el particular para que el primero realice, omita o retarde algún acto en violación de sus obligaciones no tenga una **contraprestación a favor del servidor público** no se comete delito de corrupción. En efecto, los actos que realiza algún servidor público para favorecer o perjudicar a alguien en el ejercicio de su función pública no son constitutivos del delito de corrupción de servidores públicos a no ser que acepte, reciba o solicite alguna contraprestación. Con un ejemplo, cuando el servidor público se pone de acuerdo con una de las partes del proceso para favorecerle porque es su amigo, sin recibir, solicitar o aceptar contraprestación alguna, se trata, a lo sumo, de un delito de abuso de autoridad, sin perjuicio –claro está– de la responsabilidad administrativa que le incumba.

Lo anterior se aprecia en su verdadera dimensión si se admite que el donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja que acepta, recibe o solicita el servidor público normalmente serán para él, pero nada impide que sean para un tercero. Aunque los tipos penales de corrupción de servidores públicos no lo prevean

expresamente, se acepta que la contraprestación a cambio de la cual el servidor público se aleja de sus deberes puede ser **para él o para un tercero**. La razón es que, tanto en uno como en otro caso, el servidor público muestra el mismo menosprecio por sus deberes públicos al aceptar alejarse de ellos a cambio de una contraprestación. Que el beneficio sea para él, para un familiar suyo, o para un amigo suyo es algo irrelevante.

En ese mismo sentido, se discute arduamente si los, así denominados, "**actos de cortesía**" deben ser considerados como delitos de corrupción de servidores públicos. Es el caso, por ejemplo, de los presentes que se entregan a los servidores públicos en época de navidad, o cuando es su cumpleaños. Para afirmar que hay delito habrá que establecer que el presente fue entregado por el particular y aceptado por el servidor público para que éste realice, omita, o retarde algún acto propio de su cargo o para que realice algún acto propio de su acto o empleo sin faltar a sus obligaciones.

B. Cohecho pasivo propio. Artículo 339.1 CP

> ***Artículo 339***. *"Será sancionado con prisión de dos a cuatro años el servidor público que, personalmente o por persona interpuesta, incurra en las siguientes conductas:*
>
> *1. Acepte, reciba o soliste donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja, para realizar, omitir o retardar algún acto en violación de sus obligaciones, o quien las acepte a consecuencia de haber faltado a ellas."*

Al igual que la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, el delito de corrupción de servidores públicos tipificado en el Artículo 339 CP es un **delito especial** que, como tal, exige que el autor sea un servidor público. El universo de autores que-

da pues definido por dicha calidad. Se trata, pues, de un delito de cohecho pasivo. Pero, además, el tipo penal contiene un elemento funcionarial que viene descrito por "el acto en violación de sus obligaciones". Esto significa que si bien, en principio, cualquier servidor público puede incurrir en responsabilidad penal por el delito de cohecho pasivo propio, lo cierto es que sólo podrá responder como autor del delito aquel servidor público que incumple su deber. Por eso es que la ley ha tomado la precaución de sancionar por igual los casos en los que el servidor público personalmente acepta, recibe o solicite la contraprestación y los casos en que lo hace por persona interpuesta, pues en ambos supuestos el servidor público incumple su deber.

En los casos en que el servidor público actúa por medio de persona interpuesta ésta última responderá como cómplice primario, pues se trata de una colaboración sin la cual el autor no habría podido cometer el delito.

Los **verbos rectores** del tipo penal que determinan el momento consumativo del delito son aceptar, recibir o solicitar. El término **recibir** significa incorporar a la esfera de disponibilidad algo, se hace referencia a la tradición del bien. Así, cuando el servidor público recibe donativo, dinero o cualquier beneficio o ventaja, es porque un tercero se lo ha entregado. No es posible conjugar el verbo recibir con la promesa, pues cuando un particular promete algo indebido a un servidor público, éste no incurre en responsabilidad penal hasta el momento en que acepta dicha promesa. El verbo **aceptar**, por su parte, para no superponerse con el verbo recibir, debe ser reservado para los casos en que las partes se ponen de acuerdo sobre una futura recepción. Es decir, constituye un momento anterior a la recepción, que es necesario castigar penalmente porque el desvalor de acción en el delito de corrupción de servidores públicos se presenta no cuando el servidor público recibe físicamente la contraprestación, sino cuando acuerda con el particular en ponerle precio a la función pública que realiza. Es entonces irrelevante que el

servidor público perciba físicamente el bien objeto de contraprestación. Esta irrelevancia queda absolutamente clara desde el momento en que el legislador ha tipificado también el verbo **solicitar**. Con él, se sanciona al servidor público que, *motu propio*, comunica a un tercero su pretensión de ponerle precio a su función pública.

Se tiene entonces que los verbos recibir y aceptar representan situaciones en las que el particular entrega y ofrece, respectivamente, un negocio ilícito al servidor público y éste acepta. Son supuestos en los que el acuerdo entre las partes se consuma. En los casos en que el servidor público solicita, por el contrario, no es necesario que el particular acepte la propuesta, pues con tal solicitud el servidor público deja en claro su predisposición para alejarse de sus funciones. Es, a diferencia de los casos anteriores, un acto unilateral y no un acuerdo bilateral. Por eso, incluso cuando el particular rechaza la solicitud del servidor público hay que afirmar que el delito de cohecho pasivo se ha consumado.

Los **objetos materiales** del delito que pueden formar parte de la contraprestación son donativo, promesa, dinero o cualquier otro beneficio o ventaja. Resulta conveniente que el legislador haya previsto una lista amplia de posibles objetos materiales, considerando expresamente al dinero y a la promesa, pues en la mayoría de casos es, precisamente, el dinero lo que conforma la contraprestación, pero no siempre es así. Pues nada impide que acepte, reciba o solicite algún otro bien. En general, sobre los objetos materiales cabe precisamente lo siguiente:

1. La **promesa**, como entidad abstracta e inmaterial, no tiene que materializarse. En otras palabras, si el compromiso asumido por el particular de entregar algo (la promesa) no se llega a ejecutar, el delito de cohecho igual se consuma, pues una promesa aceptada o solicitada por el servidor público para realizar, omitir o retardar un acto en violación de sus

obligaciones, o aceptada a consecuencia de haber faltado a ellas representa un alejamiento penalmente relevante de sus funciones públicas.

Por lo mismo, no es necesario que la promesa sea concreta. Puede ser también, genérica. Así, por ejemplo, no es necesario que el servidor público y el particular se pongan de acuerdo en el monto exacto de la contraprestación. La promesa tiene que ser interpretada a la luz de lo que el tipo penal sanciona: el acuerdo entre las partes para ponerle precio a la función pública. Así, basta y sobra que la promesa comunique la disposición del servidor público de alejarse de sus deberes y la disposición del particular de retribuirlo por ello.

2. Se discute si el donativo, la promesa, el beneficio o ventaja ha de tener **contenido económico** y, si lo tiene, si debe tratarse de un objeto de **lícito comercio**. Con respecto a lo primero hay consenso en que la única condición que ha de cumplir el donativo, la promesa, el beneficio o ventaja es que ha de ser idónea para que el servidor público incurra en el delito. Esto significa que no sólo los bienes de contenido económico pueden ser suficientemente interesantes y cautivantes para el servidor público, sino que cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial, puede tener capacidad de alejar al servidor público del cumplimiento de su deber. Así, por ejemplo, favores sexuales, ascensos laborales, beneficios en el trato, etc.

   Para responder a la segunda interrogante, referida a si los bienes han de ser de lícito comercio, ha de respetarse el criterio ya expuesto. Es decir, no sólo los bienes de lícito comercio pueden ser atractivos para que el servidor público se interese en ellos; también los de comercio ilícito (por ejemplo, algún bien hurtado o robado, o droga). En realidad, en la medida en que el delito de corrupción de servidores públicos no es un delito contra el patrimonio, sino uno contra la Administración Pública, no tiene sentido condicionar la punición del compor-

tamiento a que el servidor público obtenga un beneficio patrimonial. Por lo mismo, si lo obtiene no habrá que supeditar la aplicación del delito a que el objeto sea de lícito comercio.

3. El delito de corrupción de servidores públicos no exige un monto mínimo o valor para el bien. Ello es así porque, como se ha dicho, este delito no protege el patrimonio, por lo que es perfectamente posible que el bien no tenga un contenido patrimonial.

En tanto, el delito de cohecho pasivo propio (Artículo 339.1 CP) sanciona al servidor público que acuerda una contraprestación con el particular para **realizar, omitir o retardar un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.** En ambos casos se aprecia con nitidez la relación funcional que debe existir entre el autor y el deber que incumple: ha de tratarse de una obligación que le viene impuesta (en los casos de omitir o retardar) o impedida (para el caso de realizar) por el cargo y no por otra causa o razón, y ello, precisamente, es la contraprestación del servidor público en este acto ilícito.

La modalidad de cohecho **antecedente** (acuerdo ilícito *para* realizar omitir o retardar un acto en violación de sus obligaciones) se ha tipificado a través de los verbos realizar, omitir o retardar el acto en violación de las obligaciones. En esta modalidad resulta irrelevante si el servidor público logra cumplir con su contraprestación. En otras palabras, el delito se consuma en el momento en que el servidor público recibe, acepta o solicita donativo, promesa, dinero o cualquier otro beneficio o ventaja, sin que sea necesario que a cambio cumpla con realizar, omitir o retardar el acto en violación de sus obligaciones. El deber funcionarial se vulnera aun en los casos en que el servidor público, por las razones que fueran, no realiza, omite o retarda el acto en violación de sus obligaciones. Por lo mismo, los casos en que el servidor público, por ejemplo, acepta un donativo para omitir un acto en violación de sus obligaciones, pero

llegado el momento realiza el acto debido hay que afirmar que se ha cometido el delito de cohecho pasivo propio. La razón es que el cumplimiento al deber –que bien puede ser visto como el "incumplimiento" del contrato ilícito que representa el cohecho– no borra el hecho de que el servidor público ha infringido su deber al haber aceptado el donativo.

La frase **realizar** algún acto en violación de las obligaciones se refiere a aquellas situaciones en las que el acto no está permitido, mientras que cuando el acto es en violación de las obligaciones que se **omiten**, es porque su ejecución le viene impuesto al servidor público por razón de su cargo. En el primer caso se trata de un deber negativo; en el segundo de un deber positivo. **Retardar** el acto en violación de las obligaciones presupone que el cumplimiento del acto tiene un plazo perentorio, y que el servidor público lo cumple, pero de manera extemporánea.

La modalidad de cohecho **subsiguiente** ha quedado definida en el Artículo 339.1 CP como el acuerdo ilícito entre el servidor público y el particular a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones. Sin embargo, y a diferencia del cohecho antecedente, en la modalidad de cohecho subsiguiente se ha tipificado sólo el acto de **aceptar** donativo, promesa, dinero o cualquier otro beneficio o ventaja. Es decir, los casos en que el servidor público solicita o recibe alguna contraprestación no debida a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones no constituyen delito de cohecho; sí lo constituye el aceptar. Esta precisión, en todo caso, no impide advertir que cuando el servidor público solicita, por ejemplo, un donativo a consecuencia de haber faltado a sus deberes, lesiona sus deberes funcionariales. Pero se trata de una afectación relevante para el derecho administrativo, no para el derecho penal.

En todo caso, visto correctamente, en el cohecho subsiguiente existen dos momentos en los cuales el servidor público vulnera

sus deberes. El primero se da cuando, sin mediar acuerdo con el particular, omite, retarda o realiza un acto en violación a sus deberes. Esta es una infracción administrativa. El segundo momento se da cuando acepta el donativo, promesa, dinero o cualquier otro beneficio o ventaja a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones. Esta segunda infracción es la penalmente relevante.

C. Cohecho pasivo impropio. Artículo 339.2 CP

> ***Artículo 339***. *"Será sancionado con prisión de dos a cuatro años el servidor público que, personalmente o por persona interpuesta, incurra en las siguientes conductas:*
>
> *2. Acepte, reciba o soliste 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."*

En la medida en los delitos de cohecho pasivo impropio (Artículo 339.2 CP) y propio (Artículo 339.1 CP) tienen como elementos en común al sujeto activo (servidor público), los verbos rectores (aceptar, recibir y solicitar) y los objetos materiales (donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio), lo dicho sobre estos temas cuando se trató el delito de cohecho pasivo propio es válido aquí (*supra* III.B). Sin embargo, en el delito de cohecho pasivo impropio se califica el donativo, la promesa, el dinero, la ventaja o el beneficio de **indebido**. Esto responde a la necesidad de dejar en claro que el propio sistema jurídico admite que en ciertas ocasiones –cuando así se regule expresamente–, el particular tiene la obligación de asumir los costos del acto administrativo que realiza el servidor público, como sucede, por ejemplo, con las notificaciones judiciales. En la medida en que no tendría sentido sancionar al servidor público que solicita el

pago que legalmente tiene que realizar el particular para acceder al acto administrativo, es que se reserva la sanción penal para aquellos casos en que la solicitud, la recepción o aceptación del donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio sea indebida, en cantidad o calidad.

Como delito de cohecho pasivo impropio, se sanciona el acuerdo ilícito que se logra entre el servidor público y el particular que tiene como objetivo que el servidor público realice un acto propio de su cargo. Al no tratarse de un acto contrario a sus deberes u obligaciones, el desvalor de acción se ubica en el acuerdo ilícito. Así, cuando se tipifica el cohecho **antecedente** (para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones) la sanción penal se justifica por el alejamiento por parte del servidor público de sus deberes de objetividad y gratuidad que se produce cuando condiciona el cumplimiento de sus deberes a la contraprestación indebida. En esta modalidad de cohecho antecedente sólo se sanciona el acuerdo ilícito que tiene por finalidad *realizar* un acto propio del cargo, y no omitirlo o retardarlo. Y es correcto que sea así, pues tratándose de un acto que le compete al servidor público, la omisión o retardo del acto tendría que ser reconducido al Artículo 339.1 CP al tratarse de un cohecho pasivo propio.

En el caso del cohecho pasivo impropio **subsiguiente** (acuerdo ilícito entre el servidor público y particular a consecuencia del acto ya realizado) se sanciona el aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, dinero o cualquier ventaja o beneficio indebido. A diferencia del cohecho pasivo propio subsiguiente (Artículo 339.1 CP) que en únicamente se reprime el aceptar la contribución a consecuencia de haber faltado a las obligaciones, el campo de aplicación del cohecho impropio subsiguiente es más amplio. Ello significa que no sólo es delito el lograr un acuerdo con el particular después de haber cumplido con el deber, ya que no sólo se sanciona el aceptar la contraprestación, sino que también lo es el intentar llegar a ese acuerdo, pues se tipifica el solicitar o aceptar.

En el delito de cohecho pasivo impropio se aprecia con claridad que el **bien jurídico protegido** no lo constituye la imparcialidad del servidor público, pues el sujeto realiza un acto que le viene impuesto por su empleo o cargo, sin faltar a sus obligaciones. Pero eso no significa que permanece fiel a sus deberes, pues solicita, acepta o recibe una contraprestación indebida, protegiéndose entonces la gratuidad de la función pública.

D. Cohecho pasivo especial por razón del cargo. Artículo 340 CP, primer párrafo

> ***Artículo 340***. *"El servidor público que, desempeñándose como miembro del Órgano Judicial o del Ministerio Público, autoridad administrativa, árbitro o cualquier cargo que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia, personalmente o por persona interpuesta, acepte, reciba o solicite donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja para perjudicar o favorecer a una de las partes en el proceso, o a consecuencia de haber perjudicado o favorecido a una de ellas, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años."*

Este delito se caracteriza por la calidad del autor. No se exige sólo, como en el resto de delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos, que el sujeto activo sea un servidor público, sino que, además, en el cohecho pasivo especial por razón del cargo se requiere que el servidor público tenga ciertas **cualidades especiales**. Dichas cualidades tienen que ver con el ejercicio del cargo, pues responderá como autor el servidor público que se desempeña como miembro del Órgano Judicial o del Ministerio Público, como autoridad administrativa, árbitro o como cualquier otro cargo en el que tenga que decidir un asunto de su conocimiento

o competencia. No es pues un delito que se pueda aplicar a cualquier servidor público que labore en el Órgano Judicial, Ministerio Público o a cualquier autoridad administrativa. Ha de tratarse de alguien que por motivo de su cargo deba resolver un asunto de su conocimiento o competencia. Así, los jueces y fiscales, pero también las autoridades administrativas y los árbitros son sujetos activos de este delito. Pues todos ellos comparten como común denominador el tener que resolver asuntos.

Cuando el Artículo 340 CP establece que también responde como autor "*cualquier cargo que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia*", lo que hace es establecer un criterio de equiparidad para determinar qué otros servidores públicos, además de jueces, fiscales y árbitros, tienen la obligación de dirimir asuntos. En el Órgano Judicial no sólo los jueces tiene dicha posibilidad, sino que también, por ejemplo, un secretario judicial en lo que a sus deberes atañe. Lo mismo en el caso de los asistentes del Ministerio Público. No hay razón alguna para limitar la aplicación de este delito exclusivamente a los jueces, fiscales y árbitros, pues si bien ellos resuelven asuntos de manera definitiva, los casos en que emiten resolución contraria a la ley se tipifican en el segundo párrafo del Artículo 340 CP. Además, el propio Código Penal establece de manera expresa que cualquier otro servidor público que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia puede responder como autor.

Decidir un asunto de su conocimiento o competencia no significa opinar o recomendar, pues ahí no se decide. Por el contrario, decidir un asunto de su conocimiento o competencia hay que entenderlo como, cuando por razón del cargo, se tiene la posibilidad de emitir un pronunciamiento que dirime una controversia y que vincula a las partes interesadas en la misma. Así, por ejemplo, un juez dirime un proceso por alimentos, un fiscal una denuncia por malos tratos, un árbitro

un incumplimiento contractual, pero también la autoridad del medio ambiente dirime un reclamo frente a una empresa que contamina el medio ambiente, o el juez resuelve un cambio de nombre.

El propio Artículo 340 CP señala que el actuar del autor ha de ser, bien para perjudicar o favorecer a una de las partes en el **proceso**, bien a consecuencia de haber perjudicado o favorecido a una de ellas. Es decir, el contexto en el cual actúa el autor es un proceso, judicial o administrativo, pero un proceso en el que existan, como mínimo, dos partes, pues se requiere que se actúa con la finalidad de favorecer o perjudicar a una ellas o a consecuencia de haberlo hecho. Esto condiciona que el proceso deba ser uno contencioso, en el sentido de que dos o más partes solicitan a la autoridad que dirima una controversia. A partir de ahí se sigue que en los casos de procesos no contenciosos no se comete este delito. Por ejemplo, cuando se trata de un cambio de nombre o de un proceso declarativo.

La tipificación del delito de cohecho pasivo especial por razón del cargo se ha hecho también diferenciando el cohecho **antecedente** del cohecho **subsiguiente**. En el primero se sanciona al servidor público que acepte, recibe o solicita donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja *para* perjudicar o favorecer a una de las partes en el proceso; mientras que en el segundo al servidor público que acepte, recibe o solicita donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja *a consecuencia* de haber perjudicado o favorecido a una de ellas. Esto implica que el momento consumativo del delito no puede ubicarse en el momento en que el servidor público perjudica o favorece a una de las partes en el proceso, ya que puede ser que nunca llegue a perjudicar o favorecer, sino en el momento en que acuerda (acepta o recibe) o pretende llegar a un acuerdo (solicita). De hecho, cuando el Artículo 340 CP establece que el autor ha de actuar "*para perjudicar o favorecer a una de las partes en*

el proceso", lo que hace es describir una intencionalidad del sujeto y no un resultado.

Asimismo, cuando el servidor acepta, reciba o solicita donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja a consecuencia de haber perjudicado o favorecido a una de ellas, en realidad incurre en dos infracciones. La primera de naturaleza administrativa, que consiste en perjudicar o favorecer a una de las partes en el proceso, y la segunda, de naturaleza penal, cuando acepta, reciba o solicita donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja.

El **favorecer o perjudicar** tiene que ser interpretado teniendo en cuenta que un servidor público, cuando dirime una controversia, puede causar perjuicios o beneficios a las partes. Por ejemplo, cuando la autoridad judicial declara fundada una demanda por incumplimiento contractual y ordena el pago de una reparación civil, no hay duda que, objetivamente, favorece a quien presentó la demanda y perjudica a la otra parte. Pero estos actos, que son consecuencias naturales del ejercicio del cargo público, no pueden reputarse como perjuicios o beneficios penalmente ilícitos, sino que forman parte del ámbito de funciones del servidor público. Por lo mismo, sólo se favorece o perjudica cuando la decisión sobre el asunto no se corresponde con los criterios que ha de seguir la autoridad para resolver la controversia. Además, como delito doloso, se requiere que el sujeto activo conozca que la forma como resuelve no se encuentra amparada por el derecho y que quiera actuar de dicha manera.

Lo dicho sobre los objetos materiales (donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja), sobre los verbos rectores (aceptar, recibir o solicitar) y sobre posibilidad de que el servidor público actúe personalmente o por persona interpuesta con motivo del cohecho pasivo propio (s*upra* III.B) es trasladable aquí.

E. Cohecho pasivo cometido por funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público. Artículo 340 CP, segundo párrafo

> ***Artículo 340**. "Igual sanción (prisión de cuatro a ocho años) se aplicará al funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público que:*
>
> *1. Por colusión o por otros medios fraudulentos, profiera resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la Ley, de modo que cause perjuicio.*
>
> *2. Por colusión o por otros medios fraudulentos, reciba o dé consejos jurídicos a cualquiera de las partes, de modo que cause perjuicio.*
>
> *3. Por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, dicte sentencia manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la Ley, de modo que cause perjuicio.*
>
> *4. Retarde maliciosamente un proceso sometido a su decisión."*

En esta modalidad agravada del delito de cohecho pasivo el universo de posibles autores se reduce aún más que en la anterior. En efecto, en esta figura delictiva sólo responderán como **autores los funcionarios del Órganos Judicial o del Ministerio Público**, y no los árbitros, autoridades administrativas y cualquier otro servidor que tenga que resolver algún asunto de su conocimiento o competencia. La razón es, básicamente, que la naturaleza e importancia del deber que en ellos recae es sumamente importante y, por ende, el incumplimiento de dichos deberes es sustancialmente grave. Con todo, según la redacción del Artículo 340 CP, segundo párrafo, no cualquier funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público puede incurrir en este delito, pues depende de la concreta modalidad de que se trate.

En el numeral primero se sanciona a quien: "***Por colusión o por otros medios fraudulentos, profiera resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la Ley, de modo que cause perjuicio***". Al respecto:

1. En la medida en que únicamente los jueces y fiscales pueden emitir resoluciones, sólo ellos pueden ser **autores** de esta modalidad delictiva.

2. Una **resolución** puede tomar la forma de sentencia (que pone fin al proceso a la instancia), auto (que resuelve alguna incidencia) o decreto (resolución de mero trámite). La resolución ha de ser manifiestamente contraria a la Constitución o a la Ley. No se trata pues de cualquier contrariedad, sino de una manifiesta y clara. A partir de aquí se sigue que lo que se sanciona es que el juez o fiscal se aparte de la discrecionalidad con que puede y debe resolver, pues en un Estado de Derecho se reconoce que las autoridades judiciales gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones, pero también que están sometidas a actuar de conformidad con la ley. El equilibrio entre estos dos polos es lo que permite declarar como lícitas las interpretaciones novedosas y hasta aventuradas que pueda plasmar un juez en alguna resolución y, por lo mismo, permite declarar como ilícita (delictivo) una resolución que contraviene manifiestamente la ley. En otras palabras, la contrariedad manifiesta se da cuando el contenido de la resolución no soporta interpretación jurídica alguna, cuando no puede ser subsumida en algún precepto legal o cuando expresamente atenta contar lo estipulado por ley. Es en estos casos cuando se aprecia la vulneración del deber que recae exclusivamente en el fiscal o juez.

3. Al ser una modalidad **dolosa**, la contrariedad de la resolución frente a la Constitución o ley tiene que ser conocida y querida por el autor. Al tratarse también de delito de in-

fracción de un deber, no interesa si el fiscal o juez es quien redacta la resolución, o si es redactada por el secretario o por un tercero. En cualquier caso el único que tiene el deber y autoridad para proferir la resolución es el fiscal, juez o magistrado. Por lo mismo, él es el único que tiene la posibilidad de vulnerar tal deber.

4. La **contrariedad** manifiesta de la resolución ha de ser frente al a Constitución Política o ley. Es correcto que se mencione expresamente a la Constitución, pues en ella también prevén principios y normas rectoras que inspiran la actividad jurisdiccional. La interrogante surge cuando se analiza si las normas jurídicas de rango inferior a la ley pueden ser también tenidas en cuenta. En otras palabras, cuando una resolución contraviene de manera manifiesta alguna resolución ministerial o decreto supremo, ¿es también delito? La respuesta se deriva del ámbito de discrecionalidad del juez, de conformidad con lo cual toda resolución que no pueda ser tenida como manifestación de la discrecionalidad del fiscal o juez contraviene la ley. Para decirlo en otras palabras, el fiscal, juez o magistrado está sujeto al derecho vigente en el país, y no sólo a las normas jurídicas con rango de Ley. Las normas jurídicas que tienen un rango inferior a la ley también delimitan el ámbito de discrecionalidad del fiscal o juez.

5. Sin embargo, no toda resolución contraria a la Constitución o ley que se profiera constituye, per se, delito. La resolución tiene que ser consecuencia de una **colusión** o cualquier otro medio fraudulento entre el servidor público que la profiere y un tercero. La colusión es sinónimo de confabulación, convivencia, contubernio, en definitiva, acuerdo ilícito. Y cualquier otro **medio fraudulento** hace alusión a valerse de algún engaño, en el sentido de que el servidor público aparenta resolver de conformidad con el Derecho,

valiéndose de la apariencia de legalidad que confiere todo proceso judicial. Si lo que se sanciona es que el servidor público se aparte de la discrecionalidad que el derecho le confiere para resolver, y que lo haga por haberse coludido, nada obliga a que el otro interviniente en la colusión, además del servidor público, sea un tercero ajeno al proceso. Por lo mismo, es también delito si el tercero que participa en la colusión es parte en el proceso, y por ende, favorecido con la resolución prevaricadora. En cualquier caso, el tercero que se colude con el servidor público responde penalmente como cómplice primario, pues interviene con una contribución sin la cual el autor no habría podido cometer el delito.

6. La última condición que establece la modalidad delictiva es que se cause perjuicio. El **perjuicio** ha de ser entendido no sólo como perjuicio económico, sino como cualquier tipo de perjuicio, como por ejemplo al honor. La exigencia de la resolución contraria a la Constitución o ley cause un perjuicio, obliga a entender que el delito se consuma cuando la resolución surte efecto, es decir, cuando cobra validez. Pero también obliga a aceptar que este tipo de delito se produce únicamente cuando hay alguna controversia que tiene que ser dirimida por el servidor público. Así, por ejemplo, la colusión que lleva a cabo el servidor público con el interesado para agilizar el trámite judicial de rectificación de nombre sin que ello cause perjuicio alguno, no es delito.

7. No es necesario que el servidor público obtenga algún **beneficio** o actúe con tal interés. Lo contrario sería condicionar absurdamente la punición de la violación del deber jurisdiccional a que el servidor público obtenga un beneficio. En realidad, la lesión al deber que lleva a cabo el servidor público es lo suficientemente grave que no necesita que, además, obtenga o pretenda alcanzar algún beneficio.

En el numeral segundo se sanciona a quien: "***Por colusión o por otros medios fraudulentos, reciba o dé consejos jurídicos a cualquiera de las partes, de modo que cause perjuicio***". Al respecto:

1. El círculo de **autores** en esta modalidad delictiva se amplía para comprender no sólo a los jueces y fiscales, sino en general a cualquier servidor público que por su cargo se encuentra impedido de orientar con consejos jurídicos a las partes de un proceso. Con un ejemplo, al igual que el juez o fiscal, el secretario judicial o asistente del Ministerio Público tampoco puede dar consejos de contenido jurídicos a las partes.

2. Por **consejo jurídico** se entiende alguna indicación u orientación que escape al rol del servidor público. Esto es importante porque forma parte de las obligaciones de algunos servidores públicos que laboran en el Órgano Judicial o en el Ministerio Público orientar la actuación de las partes en el proceso. Así, por ejemplo, cuando el secretario del juzgado le comunica al demandado el plazo que establece la ley para interponer el recurso impugnatorio o que tiene que señalar domicilio procesal para que se le notifique, a pesar de tratarse de consejos jurídicos, no pueden ser vistos como delictivos. Por el contrario, si el consejo versa sobre la estrategia que ha de seguir para obtener una resolución favorable, o se comunica alguna omisión en la que haya incurrido la otra parte que pueda ser utilizada, sí se comete el delito. Se trata, en definitiva, de diferenciar aquellos actos que son propios de abogado de parte y lo que le compete al servidor público. Al primero se le reserva el diseño de la estrategia, la redacción de los recursos, la decisión de impugnar, etc.; al segundo se le reserva ofrecer la información pública que el litigante tiene derecho a conocer. De hecho, acudir al criterio de la *publicidad* de la información resulta útil: cuando la información que se brinda es pública (porque consta en el Código Judicial, por ejemplo) no se incurre en delito.

3. De lo dicho en el párrafo anterior se deduce que el bien jurídico protegido es la **imparcialidad** con la que han de actuar todos los servidores públicos involucrados, de manera directa o indirecta, en la administración de justicia. No se protege la gratuidad de la administración de justicia, pues en este delito no se requiere que el servidor público reciba, acepte o solicite algún tipo de contraprestación a cambio del consejo que brinda.

4. Es difícil entender la razón por la cual el legislador incluyó el verbo **recibir** junto al verbo **dar**. Pues parece obvio que cuando el servidor público da un consejo cuando no está facultado a hacerlo incurre en responsabilidad, pero cuando simplemente lo recibe, en la medida en que no puede evitar recibirlo, no se justifica su sanción. Es por eso que conviene reservar la modalidad de recibir consejos jurídicos a aquellos casos en los que, después de recibir el consejo jurídico, se utiliza en perjuicio de una de las partes.

5. Con respecto a la exigencia de causar un **perjuicio**, y con respecto al significado de la frase "por **colusión** o por otros medios fraudulentos" es trasladable aquí todo lo dicho *supra* III.E.(5), III.E.(6) y III.E.(7).

En el numeral tercero se sanciona al que: "***Por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, dicte sentencia manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la Ley, de modo que cause perjuicio***". Al respecto:

1. El universo de **autores** en esta modalidad delictiva se limita a los jueces, ya que sólo ellos tienen la potestad de dictar sentencias. La sentencia ha de ser, además, contraria a la Constitución Política o a la ley. Sobre la contrariedad de la sentencia con el derecho, resulta válido lo dicho *supra* III. B.(2). De la misma manera cabe proceder con respecto al perjuicio que como resultado tipifica esta modalidad delictiva (*supra* III.B).

2. Esta figura delictiva se caracteriza porque se trata de una infracción **culposa**. Como tal, juez habrá de actuar por inobservancia del deber objetivo de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y las condiciones personales, o representándose el hecho punible como posible, actúa confiado en poder evitarlo (Artículo 28 CP). Sin embargo, en la modalidad objeto de comentario no se sanciona cualquier tipo de imprudencia, sino la imprudencia grave o la ignorancia inexcusable. Esto significa que no cualquier infracción al deber objetivo de cuidado en que incurra un juez al dictar una sentencia contraria a la Constitución o a la Ley constituirá delito, aunque sí será infracción administrativa. Sólo será delito aquella sentencia contraria a derecho que sea producto de un descuido inexcusable. Ésta es, por lo demás, la razón por la cual no se exige que haya colusión u otro medio fraudulento: al ser la imprudencia grave y la ignorancia inexcusable formas de descuido penalmente relevantes, no tiene sentido condicionar la punición a que el servidor público se haya coludido con un tercero. Si hay colusión habrá dolo y estaremos en presencia de cualquiera de las modalidades anteriores.

   La imprudencia grave y la ignorancia inexcusable han de ser determinados sobre la base de aquello que, siempre y en todos los casos, se exige que conozca el juez. Así, por ejemplo, es un caso de imprudencia grave o de ignorancia inexcusable el omitir un precepto constitucional que regula la materia sobre la cual versa el caso, o un precedente de observancia obligatoria.

En el numeral cuarto se sanciona a quien: "***Retarde maliciosamente un proceso sometido a su decisión***". Al respecto:

1. Los **autores** de esta modalidad delictiva son aquellos servidores públicos del Órgano Judicial y del Ministerio Público que tienen un proceso sometido a su decisión. Es decir, jue-

ces y fiscales, ya que únicamente ellos tienen dentro de su ámbito de competencia la de decidir un proceso. Es verdad que también los árbitros y algunos otros servidores públicos deciden procesos, como sucede, por ejemplo, con un tribunal administrativo. Sin embargo, por principio de legalidad no se puede ampliar el universo de autores a casos distintos de aquellos expresamente consignados como tales.

2. El comportamiento consiste en **retardar** la decisión, lo que presupone que el servidor público tenga un plazo perentorio para cumplir con decidir el asunto. Esto no significa, sin embargo, que sólo en aquellos supuestos en los que se prevea expresamente un plazo pueda cometerse este delito, pues también cuando tal plazo no se encuentra claramente regulado, sino que se deja a la discrecionalidad del servidor público, es posible afirmar que se retarda el pronunciamiento. Esto es posible si se admite que la actuación de todo servidor público, y más de aquel que tiene la misión de decidir un proceso, tiene que regularse por los criterios de proporcionalidad, oportunidad y probidad. Con arreglo a ello, se afirma que se retarda la decisión si, a pesar de no tener un plazo legal, no se emite el pronunciamiento sino hasta un momento en el cual la decisión pierde sentido (es el caso de las medidas cautelares).

   El retardo ha de ser **malicioso**, lo que implica que el sujeto ha de actuar con dolo. *A contrario*, no será delito el retardo en la decisión que viene justificado por la sobrecarga laboral, aun cuando se haya vencido el plazo establecido.

3. En esta modalidad delictiva no se requiere que el servidor público se haya coludido, ni que cause un perjuicio a alguna de las partes. De ahí se sigue que el proceso cuya decisión se retarda de manera maliciosa puede ser uno en el cual se dirima una contienda –es decir, que existan dos o más partes en litigio– o que se trata de un proceso no contencioso. Es el

caso, por ejemplo, de una rectificación de estado civil. Aquí también se puede retardar maliciosamente la decisión.

F. Cohecho activo propio e impropio. Artículo 341 CP

> ***Artículo 341***. *"Quien, bajo cualquier modalidad, ofrezca, prometa o entregue a un servidor público donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja para que realice, retarde u omita algún acto propio de su cargo o empleo o en violación a sus obligaciones, será sancionado con prisión de tres a seis años."*

El cohecho activo es un delito que sanciona el comportamiento del **particular** que interviene en el negocio ilícito que significa todo acto de corrupción. En realidad, la tipificación de esta modalidad delictiva determina que un comportamiento que, en principio, es un acto de colaboración primaria en el delito que comete el servidor público (pues él infringe su deber al incurrir en el delito de corrupción) sea elevado a la categoría de autoría. Con ello gana autonomía, lo que se traduce en que el autor del cohecho activo puede tener cómplices, que responderán penalmente como tales, algo que no se podría afirmar si la responsabilidad penal del particular que, por ejemplo, soborna a un servidor público, tendría que reconducirse a la categoría de colaboración necesaria en el delito de cohecho pasivo que comete como autor el servidor público. En todo caso, es correcto desde el punto de vista político criminal que se tipifique de manera autónoma el delito de cohecho que comete el particular, pues el acto de corrupción de un servidor público es un acto ilícito en el que intervienen, como mínimo, dos personas, el servidor público y el particular, y no existe razón alguna para dejar fuera del ámbito del derecho penal a ninguno de ellos.

En doctrina se conoce al autor de este delito como ***extraneus***, término que se opone al de *intraneus*. *Extraneus* significa aquí que el sujeto no tiene la cualidad especial que normalmente se requiere para responder como autor, es decir, la calidad de servidor público. Pero, como ya se ha dicho, la calidad de servidor público no es requisito imprescindible para poder lesionar el bien jurídico correcto en ejercicio de la Administración Pública, pues también un particular lo puede hacer. El ejemplo más claro lo constituye la existencia del delito de cohecho pasivo del Artículo 341 CP. Sin embargo, lo cierto es que la lesión que ocasionar el *intraneus* a la función pública es muy superior a la que puede generar el *extraneus*, pues el primero, a diferencia del segundo, infringe un deber inherente a su cargo, y ésa es la razón por la cual el cohecho pasivo que comete el servidor público se sanciona con penas superiores a las penas con que se conmina el cohecho activo que comete el particular.

El autor del delito de cohecho activo puede valerse de **cualquier modalidad**. Esto ha quedado plasmado en el tipo penal cuando se señala que el autor puede actuar "personalmente o por persona interpuesta". Es correcto que se haga esta precisión, pues en muchas ocasiones quienes intentan corromper a un servidor público se valen de terceras personas para trasladar la oferta ilícita. En tales casos, tanto la responsabilidad penal de quien se vale del intermediario como la del intermediario se subsume en el tipo del Artículo 341 CP. La locución "cualquier modalidad" permite entender también que el comportamiento del autor del delito de cohecho activo puede ser uno en el que expresa y directamente le proponga al servidor público un negocio ilícito, pero puede ser también un comportamiento en el que, de manera ambigua, le indique que está dispuesto a sobornarlo.

Los verbos rectores son ofrecer, prometer o entregar. Estos tres verbos se corresponden con los verbos que tipifican el delito de cohecho pasivo, manteniéndose una coherencia que viene impuesta por el hecho de que el acto de corrupción es un acto

bilateral, de manera que la forma como actúa el servidor público se corresponde con la forma en que actúa el particular. Así, la forma cómo el Artículo 341 CP describe el comportamiento ilícito del particular tiene que ser compatible con la forma cómo el Artículo 340 CP describe el comportamiento del servidor público. Así, cuando el particular **entrega** es porque el servidor público recibe (recibir es una modalidad del cohecho pasivo). Cuando el particular **promete** es porque el servidor público ha aceptado (aceptar es una modalidad de cohecho pasivo). La tercera modalidad es que el particular **ofrezca**, lo cual no implica aceptación ni acuerdo por parte del servidor público destinatario de la oferta. De hecho, cuando el servidor público rechaza la oferta ilícita que formula el particular el servidor público no incurre en responsabilidad alguna, aunque sí el particular, del mismo en que el delito de cohecho pasivo sanciona al servidor público que solicita alguna contraprestación ilícita y el particular rechaza tal propuesta.

Aquello que el particular ha de entregar, prometer u ofrecer ha de un ser un **donativo, una promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja**. Ello ya se ha analizado con ocasión del delito de cohecho pasivo, por lo que cabe remitirse a lo dicho anteriormente (*supra* III.B). Sin embargo, si vale la pena recordar que no es necesario que el objeto material tenga un valor económico o cuantía mínima, ni que deba ser de lícito comercio.

Como no podría ser de otro modo, la entrega, promesa u ofrecimiento de donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja que el particular efectúa, debe ser dirigido a un servidor público. Y no a cualquiera, sino a alguno determinado para que, o bien **realice, retarde u omita algún acto propio de su cargo o empleo, o bien haga algo o deje de hacer algo en violación de sus obligaciones.** Es decir, como delito de cohecho, en esta modalidad activa que comete el particular se ha tipificado tanto el cohecho **impropio** (realice, retarde u omita algún acto propio de su cargo o empleo) y el **propio** (en violación de sus obli-

gaciones). Como ya se dijo con ocasión del cohecho pasivo, es conveniente que el Código Penal tipifique ambas modalidad de cohecho, pues así no sólo lo recomiendan las Convenciones contra la Corrupción, sino que es una sana costumbre en derecho comparado que permite sancionar penalmente cualquier acto o cualquier omisión que suponga un desvío de la función pública.

En ninguno de los casos que tipifica el delito de cohecho activo es necesario que el servidor público haga u omita aquello que le viene impuesto por su cargo o empleo, o que haga algo en violación de sus obligaciones. Sería absurdo condicionar la punición de particular que corrompe a un servidor público a que tenga éxito en su intento. De hecho, la existencia de la modalidad en que el particular ofrece algo indebido al servidor público, habla a favor de esta interpretación, ya que ni siquiera es necesario que el servidor público acepte. Luego, si la razón de ser de esta modalidad es la necesidad de blindar al servidor público para que ni siquiera esté expuesto a propuestas ilícitas, tiene sentido entender que no es necesario que el servidor público cumpla con su contraprestación en el negocio ilícito, sino, simplemente, que el particular le ofrezca, entregue o prometa una contraprestación indebida con la intención, objetivo, finalidad o propósito de que el servidor público realice, retarde u omita algún acto propio de su cargo o empleo o haga o deje de hacer algo en violación de sus obligaciones.

La única laguna que existe en el delito de cohecho activo con relación del delito de cohecho pasivo es que en el Artículo 341 CP no se regula la modalidad de cohecho subsiguiente, sólo la de antecedente. En efecto, si se recuerda lo dicho al respecto (*supra* III.A y III.B) se podrá advertir que en el cohecho pasivo que realiza el servidor público se sanciona incluso cuando pretende o recibe alguna contraprestación ilícita a consecuencia de haber faltado a sus deberes, mientras que en el cohecho activo esa modalidad no se sanciona expresamente. Sin embargo, ello, no es problema, pues en los casos en que el servidor público reciba o acepte donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio

o ventaja, a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones, será porque el particular le ha entregado o prometido dicho donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja y, si bien el particular no responderá como autor de cohecho activo, sí lo hará como cómplice primario del delito de cohecho pasivo que comete el servidor público. Y ello, con independencia de a quien le corresponda la iniciativa del acto de soborno.

G. Uso de información reservada. Artículo 342 CP

> ***Artículo 342***. *"El servidor público que utilice a favor suyo o de un tercero, información o dato de carácter reservado o confidencial y de acceso restringido del que tenga conocimiento por razón de su cargo, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años."*

En este delito, conocido como uso de información reservada, se sanciona al **servidor público** que, teniendo el deber de guardar reserva sobre algún dato o información, incumple dicho deber. El presupuesto para que este delito se haya regulado es entender que el buen y correcto ejercicio de la función pública implica muchas veces que los servidores públicos son depositarios de la confianza del Estado, pero no sólo en un sentido metafórico, sino en un sentido real. En otras palabras, por el ejercicio del cargo y para poder cumplir adecuadamente su cargo, el servidor público conoce datos e información, muchos de los cuales puede comunicar libremente, pero otros no. Así visto, el delito de uso de información reservada es, como todo delito de corrupción de servidores públicos, un delito de **infracción de un deber**. En este caso, el deber que se vulnera es el deber de **confidencialidad y reserva** que impone al servidor público.

Por ello, si bien el delito de uso de información reservada es un delito especial, pues sólo puede ser autor un servidor público y no cualquier persona, el universo de autores se restringe incluso más, ya que no todos los servidores públicos acceden a información o datos de carácter reservados. Únicamente podrán ser autores del delito de uso de información reservada los servidores públicos cuyo cargo público traiga aparejada ese tipo de información.

El delito del Artículo 342 CP sanciona el **utilizar** la información y datos de carácter reservados y de acceso restringido, y **no el abusar** de ellos. Esta diferencia, que a primera vista puede parecer irrelevante, en realidad no lo es. En efecto, es correcto que se sancione el uso y no se supedite la tipicidad del comportamiento a que el servidor público abuse de la información. Si no se pierde de vista que la naturaleza de este delito es ser una infracción al deber de confidencialidad y reserva que tiene el servidor público, se entiende que cualquier uso de la información reservada que no se corresponda con la razón por la cual se mantiene en reserva la información es delito. En otras palabras, no todo uso de la información o de datos reservados representa una lesión al deber de confidencialidad y reserva, sino sólo aquel uso no autorizado, pues sería absurdo afirmar que la información reservada no se puede utilizar. La razón de ser de la reserva es, precisamente, que el dato o información no se convierta en uno de carácter público; por lo mismo, el servidor público no sólo puede utilizar la información y datos de carácter reservado y de acceso restringido, sino que tienen la obligación de usarlos, pero ha de hacerlo manteniendo la confidencialidad y reserva.

El tipo penal **no exige** que el servidor público, o un tercero, obtenga algún **provecho de naturaleza patrimonial o de otra índole**. Se requiere, simplemente, que la información se utilice a favor de alguien, que puede ser el propio servidor público. Es conveniente que el legislador haya tipificado este delito sin exigir que el servidor público reciba, solicite o acepte algún tipo

de contraprestación, pues en tal caso se trataría del delito de cohecho pasivo del Artículo 340 CP. En el delito de uso de información reservado se requiere simplemente que el servidor público use la información a favor suyo o de un tercero. Qué se ha de entender por usar a favor de alguien la información reservada, es algo que se desprende de la propia naturaleza del deber de reserva. En otras palabras, si bien es cierto que lo normal y frecuente será que el servidor público infrinja su deber de confidencialidad a cambio de alguna retribución (por ejemplo, venta de información reservada), nada impide advertir que también se vulnera el mismo deber cuando no se recibe o solicita contraprestación alguna. Por ejemplo, cuando el servidor público que ha accedido a datos reservados por razón de su cargo se los comenta a un amigo periodista para que éste los publique, incurre en el delito, pues los usa a favor de un tercero (periodista), aun cuando el amigo no llegue a publicarlos. De la misma manera, puede ser que el servidor público use los datos o información reservada sin ánimo de perjudicar a alguien, simplemente con un afán de demostrar que ostenta información reservada, como es el caso en que le comenta a su cónyuge la información reservada, aun cuando sepa que ésta nunca se lo contará a otra persona. Aquí también se incurre en el delito tipificado en el Artículo 342 CP.

La información o datos han de ser de carácter reservado y de acceso restringido. El **carácter reservado** significa que el servidor público ha de mantener la reserva de la información. Esto significa que dicha obligación puede estar prevista en alguna directiva, ley, contrato o disposición, pero puede ser también que no esté expresamente estipulada por escrito o que no haya sido comunicada al servidor público por su superior, pues también ahí es posible acudir al criterio de la naturaleza de las cosas. Con arreglo a este criterio se exige reserva y confidencialidad al servidor público en aquellos casos en que el correcto, oportuno y adecuado cumplimiento de sus deberes importa dicha reserva, o cuando la información o dato pertenece a la esfera

de intimidad de otra persona y, por respeto a su honor e intimidad, no puede hacerse pública. Para efectos de este delito, no interesa si el servidor público está o no de acuerdo con las razones por las cuales la información es reservada. El deber de confidencialidad y reserva le obliga a mantener en reserva la información aun cuando él considere necesario hacerlos públicos. Por lo demás, siendo el carácter reservado de la información una frase de contenido normativo y que, por lo mismo, no hace referencia a una situación de hecho, el sustraer y difundir públicamente información o datos reservados, contraviniendo las disposiciones que obligan a mantenerlos en reserva, no hace que la información o datos dejen de tener carácter reservado. Aquí, con independencia de la responsabilidad penal y administrativa que pueda tener aquel que sustrajo y difundió la información reservada, el servidor público mantiene su deber de reserva y confidencialidad y no puede referirse a la información sin tener en cuenta las limitaciones que tiene por el hecho de que la información sigue siendo reservada.

La información y datos han de ser, además, de acceso restringido. Esto significa que no cualquiera puede tener acceso a la información, sino que el círculo de personas autorizadas a tener la información es un círculo restringido. Así por ejemplo, es información de acceso restringido los secretos de Estado, los precios de una licitación pública, etc. Que la información y datos sean de acceso restringido, indica que este delito sólo puede ser cometido por aquel servidor público que forma parte del círculo de personas autorizadas a conocer la información.

Por último, cuando el Artículo 342 CP señala que el servidor público ha de tener conocimiento de la información o datos de carácter reservados y de acceso restringido **por razón de su cargo**, lo que hace es dejar en claro que la forma en que el sujeto ha de haber accedido a la información es por ejercicio de la función pública. Así, por ejemplo, si el servidor público accede a la información reservada porque el interesado se la comenta, la forma

cómo ha conocido de la información no le permite ser autor de este delito. Esto se deriva de la naturaleza del delito que, como se ha dicho, es un delito que consiste en la infracción del deber de confidencialidad y reserva que el Estado –y no un tercero– deposita en el servidor público. El servidor público autor del delito de uso de información privilegiada es, pues, un *insider*.

H. Omisión de prestar servicio. Artículo 343 CP

> ***Artículo 343***. *"El servidor público que acepte un nombramiento para un cargo público o perciba remuneración del Estado sin prestar el servicio al cual ha sido designado, sin causa justificada, será sancionado con ciento cincuenta a trescientos días-multa o trabajo comunitario."*

Este delito contiene **dos modalidades**. La primera modalidad está referida al servidor público que acepta un nombramiento si prestar el servicio para cual ha sido designado. La segunda modalidad consiste en que el servidor público percibe remuneración del Estado sin prestar el servicio para el cual ha sido designado. El común denominador de ambas modalidades es que no exista causa justificada, lo cual es correcto, pues una licencia por enfermedad, por ejemplo, no tiene porqué suponer una infracción penal.

En cuanto a la **primera modalidad**, consistente en aceptar un nombramiento si prestar el servicio para cual ha sido designado, en la medida en que el delito castiga a los servidores públicos hay que entender que el nombramiento confiere tal condición al sujeto, y el hecho de no prestar el servicio encomendado en nada altera el que sea un servidor público. Esta interpretación se ve avalada por el hecho de que sólo siendo un servidor público se le puede reprochar el incumplimiento de los servicios

asignados. El delito no consiste en aceptar el cargo sabiendo que no se cumplirá con el servicio asignado, sino en incumplir el servicio. Esto significa que cuando el sujeto acepta el cargo público todavía no consuma el delito, sino que habrá que esperar que incumpla los servicios encomendados.

Esta primera modalidad permite incluir en ella los casos en que el cargo público es ad honórem, pues, como se vio (*supra* I.B) es perfectamente posible considerar que aun cuando no se percibe remuneración alguna por el desempeño de la función cargo, el sujeto asume un cargo de administración que le confiere el Estado. Así, en esta primera modalidad no interesa si el servidor público obtiene un beneficio ilícito al percibir una remuneración sin prestar servicios (tales casos se tipifican en la segunda modalidad), sino que lo que interesa es no preste servicios sin que exista una razón que lo justifique.

La **segunda modalidad** consiste en percibir remuneración del Estado sin prestar el servicio al cual ha sido designado. El monto de la remuneración, la frecuencia de la misma y la forma en que se percibe la remuneración no son elementos constitutivos del delito, por lo que puede tratarse de una sola contraprestación, como ser un sueldo pagadero por tres años. El desvalor de acción en esta modalidad del delito de omisión de prestar servicios radica no sólo en que el sujeto incumple con su deber de prestar servicios, sino que, además, el Estado incurre en un gasto al pagarle su remuneración. Estos son, en realidad, los casos más frecuentes, conocidos como "botellas", en los que, por la propia redacción del tipo penal, se requiere que el cargo sea remunerado.

Lo que llama la atención de este delito es, en primer lugar, la pena tan nimia con que se encuentra conminado, la que no resulta proporcional frente a las penas del resto de delitos contra la Administración Pública. Esto es más grave, si se tiene en cuenta que en el delito de omisión de prestar servicios el servidor público incumple sus deberes de administración –como en el resto

de delitos contra la Administración Pública–, pues no presta el servicio para el cual fue nombrado o por el cual percibe una remuneración. Lo segundo que llama la atención, es que no haya previsto un tipo penal para el servidor público que efectúa el nombramiento de quien no presta el servicio, a pesar de haber sido nombrado y percibir una remuneración. Este vacío legal es tan amplio como la sospecha que suscita, pues es sabido que este tipo de delitos se dan con la anuencia del servidor público que nombra a quien luego no presta el servicio y, encima, recibe parte de la remuneración que el autor percibe del Estado. Ante tamaña laguna queda simplemente acudir a las reglas de la participación criminal, y entender que el servidor público que hace el nombramiento a sabiendas de que el sujeto no prestará servicios es cómplice primario, ya que el servidor público nombrado, no hubiera podido cometer el delito sin la colaboración de quien le nombró en el puesto. Lo mismo cabe decir con respecto a la responsabilidad penal en la que incurre el obligado a supervisar que el autor de este delito cumpla con sus servicios.

I. Corrupción trasnacional. Artículo 344 CP

> ***Artículo 344***. *"Cuando cualquiera de las conductas descritas en los Artículos 339, 340 y 341 de este Código, se realice sobre un servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, para que dicho servidor o funcionario realice, omita o retarde cualquier acto en violación de sus obligaciones, o para que realice algún acto propio de su cargo o empleo, o a consecuencia de los actos ya realizados, la sanción será de prisión de cinco a ocho años."*

Este delito de corrupción trasnacional es una exigencia de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. Esta última, en su

Artículo VIII, recomienda la tipificación del delito de Soborno Internacional: "*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en las Convenciones, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan*". Con la regulación del delito previsto en el Artículo 344 CP, Panamá da cumplimiento a una obligación internacional en material de lucha contra la corrupción.

Este delito de corrupción transnacional se encuentra referido sólo a los delitos de cohecho pasivo (Artículo 339 CP), cohecho pasivo agravado por razón del cargo (Artículo 340 CP) y cohecho pasivo (Artículo 341 CP). En tal medida, se contempla en el delito de corrupción transnacional las modalidades de **cohecho propio** ("*para que dicho servidor o funcionario realice, omita o retarde cualquier acto en violación de sus obligaciones*") y **cohecho impropio** ("*para que realice algún acto propio de su cargo o empleo*"), así como las de **cohecho antecedente** ("***para que** omita o retarde cualquier acto en violación de sus obligaciones o **para que** realice algún acto propio de su cargo o empleo*") y **cohecho subsiguiente** ("***a consecuencia** los actos ya realizados*"). Por lo mismo, las modalidades delictivas del soborno transnacional son **aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, dinero o cualquier otra ventaja o beneficio**.

Son trasladables aquí las apreciaciones efectuadas con ocasión del análisis de los Artículos 339, 340 y 341 CP (*supra* III.B, III. C, III.D, III.E y III.F).

Lo relevante de este delito es determinar quién es un servidor público de otro Estado y un funcionario de organismo internacional público. Al respecto:

1. Como delito que presupone la existencia de **dos ordenamientos jurídicos** (uno el panameño, el otro el del país en el cual presta servicios el servidor público corrompido) se ha de aplicar el derecho del país en donde labora el servidor público. Los problemas que podrían surgir a partir de esta idea, referidos básicamente a los aquellos en que un Estado considera al sujeto servidor público pero otro Estado no, quedan superados con el recurso a la Convención Interamericana contra la Corrupción. En efecto, asumiendo un concepto material y amplio de servidor público es posible homogeneizar el tratamiento de este delito con independencia del país en donde trabaje el servidor público.

2. Cuando el servidor público no sea de un Estado, sino que pertenezca a un **organismo internacional público** (por ejemplo, ONU, OEA, FAO, tribunales internacionales, etc.), habrá que estar a las reglas del derecho internacional que regulan el funcionamiento de dicho organismo. Sin embargo, al igual que los casos anteriormente analizados, aquí también cabe acudir a la Convención Interamericana contra la Corrupción si se trata de un organismo perteneciente a la Organización de Estados Americanos, y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción si se trata de un organismo perteneciente a la ONU.

IV. Delito de enriquecimiento injustificado. Artículo 345 CP

***Artículo 345**. "El servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incremente indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia ilícita no pueda justificar será sancionado con prisión de tres a seis años.*

La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00). La misma pena se aplicará a la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento injustificado no sólo cuando el patrimonio se hubiera incrementado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban."

A. El concepto de enriquecimiento injustificado

El delito de enriquecimiento ilícito encuentra su razón de ser en la **necesidad** de brindar una mayor protección penal a la función pública, sobre todo frente a aquellos actos en los que, a veces por dificultades probatorias ó por dificultades en la detección del origen del dinero que obtiene el servidor público, se prefiere considerar que el incremento patrimonial tiene que ser justificado por el propio servidor público. Esto, que podría parecer una presunción *contra reo,* en realidad no lo es, pues,

por lo general, el servidor público, ya sea que labore a dedicación exclusiva o no, tiene la obligación de presentar al Estado su Declaración Jurada de Estado Patrimonial (Artículos 1 y siguientes de la Ley 59). En todo caso, y recogiendo experiencias de otros países, es deseable que existan leyes administrativas que obliguen a todos los servidores públicos sin excepción, a presentar su Declaración Jurada de Estado Patrimonial o información patrimonial.

Junto a la razón anteriormente apuntada, se suele afirmar que, desde el punto de vista político-criminal, resulta conveniente perseguir las ganancias y, a partir de eso, investigar si provienen de un origen ilícito. La opción clásica es intentar determinar la ilicitud del acto, pero, sin perjuicio de no desistir de ella (por ello se tipifican los delitos de peculado, de corrupción de servidores públicos, etc.) es positivo adoptar nuevas estrategias. Así, si el servidor público que incurre en algún ilícito contra la Administración Pública normalmente lo hace para obtener un provecho patrimonial, resulta lógico tipificar delitos que impidan o dificulten el disfrute de dicho provecho. Tal es el cometido del delito de enriquecimiento ilícito.

El autor del delito de enriquecimiento ilícito es un **servidor público**. Es irrelevante que su labor sea remunerada o ad honórem, pues en ambos casos puede enriquecerse injustificadamente. Como en todo delito contra la Administración Pública cometido por servidor público, se requiere que el autor tenga un vínculo con la función pública, que en este caso está dado por el hecho de que el enriquecimiento injustificado tiene que ser a consecuencia de la actividad pública que realiza el sujeto. Así, por ejemplo, si el servidor público es accionista de una sociedad anónima, o tiene inversiones en la Bolsa de Valores, o hereda una suma de dinero, no puede considerarse que incurre en responsabilidad penal, pues lo que se le prohíbe no es enriquecerse, sino hacerlo de manera injustificada. Por la misma razón, y como se verá en detalle más adelante, si lo que se prohíbe es

el enriquecimiento ilícito –que no puede justificarse– tampoco constituye delito de enriquecimiento ilícito el obtener un provecho ilícito por medio de otro delito. Por ejemplo, cuando el servidor público incurre en delito de cohecho pasivo o de peculado y obtiene una ganancia ilícita a consecuencia de dichos delitos, no comete enriquecimiento injustificado, pues en tales casos el enriquecimiento, aunque ilícito, es justificado. Lo dicho hasta aquí es suficiente para entender que el calificativo de injustificado significa que **el enriquecimiento no pueda ser imputado a una causa conocida**, lícita o ilícita, y no, como podría pensarse, que la causa sea ilícita. Es lo mismo si el enriquecimiento ilícito proviene de un delito contra la Administración Pública o de un delito contra el patrimonio, o de cualquiera otra infracción. Por ejemplo, el servidor público puede ser miembro de una banda de ladrones y cometerá sólo delito de hurto agravado.

Como lo establece el propio Artículo 345 CP, el autor del delito de enriquecimiento injustificado puede actuar **personalmente o por persona interpuesta**. Esta previsión es importante, pues lo normal es que aquel servidor público que incurre en este delito sea lo suficientemente cauteloso como para no registrar a su nombre los bienes que constituyen el incremento patrimonial, sino que se vale de **testaferros**. Como los cuidados que tome el infractor para evitar ser descubierto (valerse de terceras personas) no deberían asegurar la impunidad, con la ampliación de los círculos de responsables que lleva a cabo el Artículo 345 CP, para incluir a los testaferros, se pretende que el efecto preventivo del delito abarque también a éstos. Ello, sin embargo, no significa que los testaferros puedan ser autores del delito de enriquecimiento injustificado, pues, en principio, ellos no son servidores públicos; son simplemente cómplices primarios, para los cuales el propio Artículo 345 CP prevé de manera expresa una pena.

Por enriquecimiento injustificado se entiende el incremento del patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos y cuya procedencia ilícita no pueda justificar. Luego, el mismo Código

Penal señala que: "*Se entenderá que hay enriquecimiento injustificado, no sólo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban*". Al respecto:

1. **Cualquier bien** puede ser considerado como objeto material del delito de enriquecimiento injustificado. No sólo se trata de dinero y bienes de comercio lícito, sino en general de cualquier bien mueble o inmueble, tangible o intangible, consumible o no, que el sujeto haya incorporado a su esfera de disponibilidad por razón de su cargo. A partir de esta observación, se sigue que no interesa el destino final del bien, ya que si el servidor público regala el bien, lo vende, lo destruye o lo pierde, se trata siempre de actos posteriores a la incorporación del bien a su esfera de disponibilidad. De la misma forma, tampoco interesa si el bien proviene de un particular o del Estado, ya que en ambos casos son bienes idóneos para que el servidor público incremente su patrimonio.

2. Es obvio que no se exige que el incremento haya sido consignado contablemente por el servidor público. Lo que sí se exige es que el **incremento no se corresponda con los ingresos legítimos que pudiera tener el servidor público.** Como ya se dijo, todo servidor público tiene derecho a incrementar su patrimonio lícitamente, no sólo a través de su trabajo como servidor público, sino también a través de la actividad empresarial o de cualquier otra actividad que no sea incompatible con su función pública.

3. Se exige además que el incremento sea uno que **el servidor público no pueda justificar**. Esto es sumamente importante porque determina el momento **consumativo** del delito. En la medida en que lo que se sanciona no es tanto el incremento, sino el no poder justificar el incremento, la consumación del delito se producirá cuando el sujeto sea emplazado por la

autoridad competente para que justifique el origen del incremento y no pueda hacerlo. Por lo mismo, si el sujeto es emplazado y logra justificar el incremento, el delito de enriquecimiento injustificado no se consumará.

Ubicar el momento consumativo del delito cuando no se puede justificar el incremento y no cuando se produce el enriquecimiento tiene sus ventajas. En primer lugar, se guarda coherencia con la redacción del delito y la propuesta del mismo que efectúa la Convención Interamericana contra la Corrupción en su Artículo IX ("*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*"). En segundo lugar, es conveniente desde el punto de vista político criminal, pues mientras el servidor público permanezca ejerciendo función pública se dificultará la investigación del delito. En tercer lugar, al consumarse el delito cuando el sujeto no pueda justificar el incremento, recién en ese momento empezará a computarse el plazo de prescripción de la acción penal, teniendo el Estado más tiempo para investigar la infracción. De no ser así, se podría llegar al absurdo de tener que admitir la posibilidad de que algunos delitos de enriquecimiento injustificado prescribirían antes de que el servidor público haya cesado en el cargo y no haya habido posibilidad de investigar la infracción.

4. Uno de los mayores logros de la tipificación del delito de enriquecimiento injustificado es que se prevé expresamente que constituye delito, tanto cuando se aumente el patrimonio con dinero, cosas o bienes, como cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. Es decir,

también a través de **gastos** que no se correspondan con el nivel de ingresos del servidor público, y no sólo a través de incrementos propiamente dichos, puede exteriorizarse el enriquecimiento injustificado. Es el caso, por ejemplo, de quien acude a los mejores restaurantes, veranea en el extranjero, y tiene, en general, signos exteriores de riqueza que no puede justificar por sus ingresos legítimos.

Con frecuencia se critica al delito de enriquecimiento ilícito de **inconstitucional** porque, se dice, constituye una inversión de la carga de la prueba. Ello, sin embargo, no es correcto. Hay que partir de que cuando el servidor público tiene la obligación de presentar su Declaración Jurada de Estado Patrimonial, dicha obligación ha de cumplirla no sólo cuando empieza y termina su cargo público, sino también cada determinado lapso (Artículo 1, Ley 59). Y la razón de ser de esta obligación, que el servidor público asume voluntariamente al asumir voluntariamente el cargo, es que el Estado no puede invertir tiempo ni dinero en investigar el real estado financiero de todos los servidores públicos, otorgándoles entonces a las declaraciones que hacen los funcionarios públicos sobre su patrimonio la calidad de declaración jurada. A partir de ahí es que no se podrá justificar el incremento patrimonial, cuando el servidor público no haya cumplido previamente con declarar con veracidad y objetividad su real situación patrimonial. El incumplimiento de un deber que le compete, exclusivamente, al servidor público y no al Estado (declarar por juramento su real situación patrimonial) no podría cargar al Estado y pretender que sea el Estado quien deba probar que el origen del incremento no se corresponde con los ingresos lícitos, sino que el incumplimiento de tal deber sólo puede suponer una carga para quien lo incumple, es decir, para el propio servidor público. Para decirlo en otras palabras, el servidor público no puede escudarse en su propia infracción.

Por eso es importante que exista una ley administrativa que obligue a los servidores públicos a presentar declaraciones juradas

sobre sus rentas, ingresos, egresos y, en general, sobre su situación patrimonial.

El **ámbito temporal** del enriquecimiento es desde que el sujeto asume el cargo de servidor público hasta cinco años después de dejarlo. El Artículo 345 CP utiliza la frase "haber cesado en el cargo", pero en realidad que el sujeto haya cesado es tan sólo una de las posibilidades; puede haber sido despedido, puede haber renunciado, etc. Con todo, si se compara con el Código Penal actual, en donde el delito de enriquecimiento injustificado tiene una vigencia temporal de tan sólo tres años después de que el sujeto cesa en el cargo, resulta conveniente que se haya ampliado a cinco años, pues eso favorece el efecto disuasivo. En efecto, si de trata de extender la punición del delito, tanto como sea necesaria para que el servidor público desista de cometer el delito (ya que se le dificulta el disfrute de lo injustificadamente adquirido), pero sin violentar su libertad de empresa, cinco años parece un tiempo adecuado para lograrlo, pues así el servidor público no podrá disfrutar de lo ilícitamente obtenido, sino hasta cinco años después de haber cesado en el cargo.

Todo lo que se ha dicho determina que el delito de enriquecimiento injustificado pueda entrar en **concurso real** (Artículo 84 CP) con otros delitos contra la Administración Pública. Por ejemplo, si el patrimonio del servidor público se ha incrementado y se comprueba que una parte de dicho incremento es la contraprestación que recibió por omitir un acto propio de su cargo (delito de cohecho pasivo propio del Artículo 339.1 CP), y el resto no puede justificarse, es dable condenarlo, además de por corrupción de servidores públicos, por enriquecimiento injustificado.

El delito de enriquecimiento injustificado puede cometerse de manera **continuada**, es decir, cuando la infracción repetida de la misma disposición criminal revela el mismo propósito criminal. Con lo cual, a tenor de lo prescrito en el Artículo 85 CP, la

pena se aumentará en un tercio. Es el caso del servidor público, que durante los tres años que ha ejercido el cargo público ha incrementado ilícitamente su patrimonio con la intención de obtener suficiente dinero para comprarse la casa de sus sueños. Cabe afirmar lo mismo, con independencia del objetivo que persigue el servidor público.

B. Supuesto agravado por la cuantía del enriquecimiento injustificado

El delito de enriquecimiento injustificado tiene un supuesto agravado en el que se sanciona con prisión de 6 a 12 años si la cuantía del enriquecimiento injustificado supera las B/.100.000,00. Este monto tiene que ser determinado en el proceso penal, y abarca tanto el incremento propiamente dicho, como los gastos que no se puedan justificar.

No es necesario que el autor del delito conozca el monto del incremento para que se pueda imputarle la forma agravada. Se trata en realidad de una **condición objetiva de punibilidad**, que no tiene que ser conocida por el dolo del sujeto.

C. Responsabilidad penal del testaferro

Como ya se dijo (IV.A.) el testaferro es un cómplice primario del autor del delito de enriquecimiento injustificado, y como tal, se le impone la misma pena. No existe razón alguna para negar que los parientes del servidor público no puedan ser considerados testaferros y sancionados de conformidad con el Artículo 345 CP.

D. De la prueba sumaria

Es sabido que para sustanciar ciertos delitos –uno de ellos el de enriquecimiento injustificado– la ley prevé la obligatoriedad de

actuar la prueba sumaria. En tal sentido, los Artículos 7 y 8 de la Ley 59 establecen que:

> ***Artículo 7***. *"Cualquier persona puede denunciar un posible enriquecimiento injustificado, ante la Contraloría General de la República. Para tal fin deberá acompañar la denuncia con prueba sumaria, sobre la posesión de los bienes que se estima sobrepasan los declarados, o los que probadamente superen las posibilidades económicas del denunciante.*
>
> *Una vez presentada la denuncia o querella ante el Ministerio Público, éste debe remitir a la Contraloría Generarla de la República, quien a través de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, deberá determinar si los hechos denunciados constituyen efectivamente enriquecimiento injustificado y evacuado dicho trámite, remitir copia autenticada de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación, para que realice las investigaciones que correspondan sobre la responsabilidad penal, a que haya lugar."*

La **prueba sumaria constituye un obstáculo** para la eficaz y oportuna comprobación del delito de enriquecimiento injustificado, pues delega en la Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, la determinación de si los hechos denunciados constituyen enriquecimiento injustificado. Si bien la Ley 59 establece, luego que la Dirección de Responsabilidad Patrimonial debe remitir copia de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación para que realice las investigaciones que corresponda, lo cierto es que, tratándose el delito de enriquecimiento injustificado de un delito que en la práctica se comprueba a través de pericias contables y estudios financieros, el contradictorio entre el Estado y el imputado se realizará no en sede judicial, sino ante la Contraloría General de la República. De hecho, cuando la Dirección de Responsabilidad Patrimonial emplaza a un servidor público para

que informe sobre el origen de ciertos bienes que se presumen injustificados, presentará ante dicha instancia toda la documentación que pueda y tenga, defendiéndose en la Contraloría General de la República de los cargos imputados. Así, cuando la Dirección de Responsabilidad Patrimonial corre traslado a la Procuraduría General de la Nación, será porque considera que existe responsabilidad por el enriquecimiento injustificado y la Procuraduría General de la Nación se limitará a repetir la investigación que ya se ha efectuado en la Dirección de Responsabilidad Patrimonial.

Esto queda aún más claro cuando se recuerda que si la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República considera que no se ha cometido el delito de enriquecimiento injustificado y no remite ninguna copia autenticada de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación, ésta no puede investigar, aun cuando considere que existen indicios suficientes de la comisión del delito. En otras palabras, en los casos en que no existe unanimidad de criterios entre la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y la Procuraduría General de la Nación, con respecto a un caso de enriquecimiento injustificado **prima –en contra de lo que establece la Constitución– el parecer de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial**.

Por lo demás, es particularmente llamativo que el Artículo 7, Ley 59, declare que cualquier persona puede denunciar un posible enriquecimiento injustificado, y que condicione dicha denuncia a que se acompañe con prueba sumaria, sobre la posesión de los bienes que se estima sobrepasan los declarados, o los que probadamente superen las posibilidades económicas del denunciante. Pues la **documentación** que permite constituir una prueba sumaria no se encuentra al alcance de cualquier persona, menos aún tratándose de la información financiera y bancaria que goza de protección constitucional.

Ante estas disfunciones que genera la existencia de la prueba sumaria, y mientras siga vigente, es menester interpretar la Ley 59,

en cuanto regula la prueba sumaria de conformidad con los **principios constitucionales del Estado de Derecho**. Esto significa, que se tiene que respetar la autonomía del Ministerio Público y la exclusividad que tiene en la investigación penal de los delitos, incluido el delito de enriquecimiento injustificado. Por lo mismo, en la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría Generarla de la República, debe limitarse a servir de sede administrativa previa a la investigación de la Procuraduría General de la Nación, y no pretender determinar ni comprobar fehacientemente la comisión del enriquecimiento injustificado, pues eso le compete al Ministerio Público. La investigación de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial en ningún caso deberá ser vinculante para el Ministerio Público, sino, simplemente, referencial.

V. Concusión y exacción

A. Introducción

Con la denominación **concusión y exacción** se hace referencia a ciertos comportamientos que realizan los servidores públicos con los cuales vulneran sus deberes frente al Estado. Como delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos, tanto la concusión como la exacción son delitos en los que el servidor público mantiene contacto con el particular, pero, a diferencia de las modalidades de corrupción de servidores públicos, en la concusión y exacción el particular no responde penalmente, pues su intervención en el delito no es voluntaria y libre. Esto es, precisamente, lo que diferencia los casos de corrupción de servidores públicos de los casos de concusión y exacción: mientras que en los primeros, el servidor público se pone de acuerdo con el particular y juntos le ponen precio a la función pública (por eso el particular responde penalmente), en los segundos, el servidor público ejerce cierta presión sobre el particular para lograr su cometido (por eso el particular no responde).

En este sentido, no debe llamar la atención que, a diferencia del delito de corrupción de servidores públicos, **ni en la concusión ni en la exacción se tipifica la responsabilidad del particular**. Y, aunque se podría afirmar que la intervención del particular es necesaria para que el servidor público cometa el delito y, como tal, debe responder como cómplice primario (Artículo 44 CP), lo cierto es que uno de los requisitos para que alguien responda penalmente, es que haya actuado libremente, lo que no sucede con el particular en los casos de concusión y exacción. En consonancia con todo esto, en los delitos de concusión y exacción, tampoco se tipifica la posibilidad de que sea el particular quien

de inicio a las tratativas, pues es imposible que quien sea objeto de presión o de algún acto de constricción, pueda originar el acuerdo ilícito. De darse el caso, en que el particular solicita o propone algo indebido al servidor público, ello nunca daría lugar al delito de concusión ni al de exacción, sino que sería un supuesto de cohecho activo del Artículo 341 CP.

Por lo mismo, si el servidor público no presiona al particular o no ejerce algún acto de constricción, y se limita simplemente a proponerle algún acuerdo ilícito, se tratará de un delito de corrupción de servidores públicos en la modalidad de cohecho pasivo. Sin embargo, se podría cuestionar esta tesis en el sentido de que cuando un servidor público propone a un particular algún acto de corrupción, ello siempre debería ser tenido como un acto de presión o constricción, pues el servidor público no se encuentra en la misma posición en la que se encuentra el particular, sino que la suya es la de alguien que tiene que decidir algún asunto o cuestión que le interesa al particular. Empero, desde el momento en que existe una modalidad de corrupción de servidores públicos en la que se sanciona al funcionario público que ***solicita*** donativo, promesa, dinero o cualquier beneficio o ventaja, para realizar, omitir o retardar algún acto en violación de sus obligaciones (Artículo 339.1 CP), o para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a sus obligaciones, o como consecuencia del acto ya realizado (Artículo 339.2 CP), es necesario establecer un criterio de diferenciación entre este delito y la concusión, que exige que el servidor público induzca. Dicho criterio, además, tiene que tener en cuenta que la corrupción de servidores públicos, al menos en su tipo básico, tiene una pena de **prisión de dos a cuatro,** mientras que la concusión una pena de prisión de **tres a seis años**, lo cual significa que el desvalor de acción de la concusión es superior al de la corrupción de servidores públicos. Luego, el inducir en la concusión tiene que ser más grave que el solicitar en la corrupción de servidores públicos. De todo se concluye que la única forma de diferenciar la modalidad de solicitar, en

la corrupción de servidores públicos del delito de concusión, es establecer que en el primero, simplemente se propone un negocio ilícito, dejando en libertad al particular para que elija, mientras que en la concusión, se trata de algo más que una mera propuesta, es una presión.

B. El delito de concusión. Artículo 346 CP

> ***Artículo 346***. *"El servidor público que induzca a alguien a dar o prometer indebidamente dinero u otra utilidad en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con prisión de tres a seis años."*

El delito de concusión sólo puede ser cometido por el servidor público. Aunque no lo diga expresamente el Artículo 346 CP, debe exigirse el **elemento funcionarial** en el sujeto activo, con arreglo al cual en la concusión, el autor no sólo ha de ser un servidor público, sino que ha de actuar en el ámbito de sus funciones. Esto significa, que aquello que induce prometer o dar, ha de estar relacionado con sus funciones. Se trata, pues, de una coacción realizada por un servidor público **abusando de su cargo de servidor público**. En otras palabras, la concusión se da cuando el servidor público se vale de la autoridad que tienen como servidor público. Pero si induce a que le entreguen dinero o a que le prometan indebidamente alguna otra ventaja, sin aprovecharse de su cargo no se comete concusión. Por ejemplo, el policía de tránsito que induce al conductor a que le entregue dinero o le prometa indebidamente algo porque le ha amenazado con condenarlo por delito de conducción en estado etílico, comete concusión, aun cuando el emitir sentencias no sea una función que le competa al policía de tránsito, ya que ***abusa* de su cargo**. No cometerá el delito de concusión si amenaza con una pistola al peatón para que le entregue su cartera; en tal caso perpetrará simplemente delito de robo.

El verbo rector es **inducir**. A diferencia del Artículo 329 CP todavía vigente, que habla de inducir y de constreñir, el nuevo Código Penal se refiere sólo a inducir. Inducir es determinar a otro a cometer un acto, hacer surgir en él una idea para que la lleve a la práctica. Esto hace que la concusión no sea un delito de resultado, sino de **mera actividad**, pues no se requiere que el particular inducido llegue efectivamente a darle o prometerle indebidamente dinero u otra utilidad en beneficio propio o de un tercero, sino que simplemente sea receptor de la inducción. Si el particular llega a realizar aquello para lo cual el servidor público le indujo, en nada cambia la tipicidad del delito. Por lo tanto, aquellos casos en los que por la razón que fuera el particular logra resistir la inducción, y no entrega o promete indebidamente nada, son también supuestos de concusión, porque el servidor público ha realizado ya el comportamiento típico. La persuasión que presupone la concusión puede exteriorizarse meditante engaños y mentiras.

Aunque no lo diga el Artículo 346 CP, el servidor público puede actuar personalmente o por **persona interpuesta**, pues nada impide que se valga de un tercero para contactar al sujeto pasivo. En este caso, el tercero que transmite la inducción responderá como cómplice primario del servidor público que responderá como autor.

La inducción ha de ser para que se le **dé o prometa** indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad. Nótese que la inducción que realiza el servidor público puede ser, bien para que el particular de, o bien para que prometa. En la medida en que, como se ha dicho, es irrelevante que el particular ceda ante el acto de inducción, tampoco interesa que se le entregue o prometa lo que el servidor público pretende. Lo importante de todo esto es que ha de tratarse de una inducción para dar o prometer **indebidamente** dinero u otra utilidad. Es decir, partiendo de que el sistema jurídico reconoce la licitud de que un servidor público comunique a un particular las consecuencias negativas

del acto que el particular incumple, y que esto puede ser tenido como una inducción para que el particular le dé o prometa, el límite ha de ubicarse en aquello que el servidor público puede y debe comunicar al particular. Por ejemplo, cuando la autoridad competente le dice al particular que si no paga el peaje no podrá transitar por la autopista, sin duda que le induce a que le entregue el monto del peaje, pero no se trata de algo indebido, sino de algo que se ciñe al cumplimiento de su función.

Cuando el Artículo 346 CP se refiere al **dinero u otra utilidad**, lo hace para dejar en claro que la inducción en la concusión ha de ser para que el servidor público o un tercero obtengan algún beneficio patrimonial. No interesa entonces, que la utilidad sea de comercio lícito (puede ser droga, un objeto robado o un favor sexual, por ejemplo), ni que llegue a entregarse. En efecto, el propio tipo penal establece que la inducción a que se de o prometa indebidamente dinero u otra utilidad, ha de ser en beneficio propio o de un tercero, es decir, la obtención del beneficio no es un resultado material que haya de constatarse; es la intencionalidad que persigue el autor del delito.

C. El delito de exacción. Artículo 347 CP

> ***Artículo 347**. "El servidor público que cobre algún impuesto, tasa, gravamen contribución o derecho inexistente, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si el cobro es legal, pero se usa algún medio no autorizado por la ley, la sanción será de seis meses a un año de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana."*

El **autor** del delito de exacción es el servidor público que tiene dentro sus facultades aquella de cobrar impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos. Pero también, aquel que

sin tener la facultad especial de cobrar o recaudar, su cargo está vinculado con la recaudación de fondos por parte del público. Por ejemplo, el sujeto que labora como recaudador de impuestos puede cometer exacción, pero también el gerente general de la entidad recaudadora aun cuando él no tenga que recaudar, personalmente, el dinero de los contribuyentes. Al igual que el delito de concusión, aunque el tipo penal no lo diga, nada impide que el sujeto activo actúa a través de personas interpuestas. En tales casos la responsabilidad del tercero será a título de cómplice primario.

Es claro que el delito de exacción presupone un **abuso del cargo**, y ahí cabe ubicar la lesión al bien jurídico: si el Estado confía en determinados servidores públicos para que se encarguen de la administración (recaudación) de impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos, es lógico que sancione penalmente el incumplimiento más grave de dichas obligaciones. En el caso de la exacción, lo hace no porque el sujeto se apropie del dinero recaudado (eso sería un caso de peculado), tampoco se sanciona en la exacción porque el servidor público permite que el particular pague menos de los que debe. La sanción en la exacción encuentra su razón de ser en el abuso del cargo que lleva a cabo el servidor público cuando cobra un tributo inexistente o de una forma no legal. En otras palabras, el ciudadano tiene la obligación de pagar tributos, y el servidor público tienen la obligación de cobrarlos ejerciendo, incluso, cierta presión (por eso no existe delito de concusión cuando el recaudador le comunica al contribuyente que si no paga la tasa no podrá hacer uso del servicio público) pero la actividad de quien cobra tributos, tiene que guiarse por el principio de legalidad, en el sentido de que sólo deberá cobrar las cantidades correctas y valiéndose de los medios previsto por ley.

Una de las diferencias de la exacción frente a la concusión es que en la exacción **el beneficiado con el dinero será el Estado**. En efecto, en la medida en que si el servidor público se apropia del dinero que recauda comete peculado, la única forma de entender

que se comete exacción es cuando el sujeto cobra algún impuesto, tasa, gravamen, contribución o derecho inexistente y el monto cobrado permanezca en la Administración Pública. Nótese que la ausencia de enriquecimiento por parte del servidor público, y la ausencia incluso, de ánimo de lucro, no es motivo para dejar de sancionar este comportamiento, pues es suficientemente grave que el servidor público encargado de cobrar algún tributo cobre por un concepto inexistente. El perjuicio para el contribuyente existe desde que se le cobra un tributo que no tiene respaldo legal. Lo mismo se puede afirmar con respecto a la segunda modalidad de exacción, consistente en que el cobro sea legal, pero se usa algún medio no autorizado por la ley, pues aquí, si bien el contribuyente no paga una cantidad excesiva, el servidor público utiliza un medio vedado y eso constituye ya un perjuicio para el contribuyente, ya que si bien es verdad que éste tiene el deber de pagar tributos, tiene el derecho de que el pago sea de la forma en que lo establece el Derecho.

El verbo rector del delito es **cobrar**. A partir de aquí surge la duda de si el delito se consuma cuando el servidor público pretende el pago por parte del contribuyente y le exhorta a que pague, es decir, cuando realizar los actos propios de cobro, o si, por el contrario, el delito se consuma cuando el particular paga el tributo. Como quiera que el comportamiento del delito se describe desde el punto de vista del autor, pues es éste quien lo comete, **el verbo cobrar, denota un comportamiento con el que el servidor público pretende obtener el pago** del impuesto, tasa, gravamen contribución o derecho inexistente o mediante un medio no autorizado por la ley, **sin que sea necesario que el particular pague**. La exacción es, pues, un delito de mera actividad y no de resultado. De hecho, si el particular paga, es porque el servidor público ha cobrado, pero lo mismo se da, cuando el particular se resiste al pago (por ejemplo porque se da cuenta que el impuesto no existe), ya que aquí también el servidor público ha realizado los actos necesarios para que el particular pague, es decir, ha cobrado.

Se podría criticar lo dicho en el párrafo anterior diciendo que el verbo cobrar, implica el pago por parte del servidor público y que, cuando el particular se resista al cobro, el delito de exacción no se habría consumado, sino quedado en tentativa. Empero, ello partiría de aceptar que a supuestos idénticos se les trataría de modo distinto. Por ejemplo, cuando el mismo servidor público cobra el mismo impuesto inexistente a dos particulares, y uno de ello le paga y el otro no, se tendría que decir que el mismo comportamiento del servidor público constituye delito consumado en el caso del particular que pagó el impuesto, y tentativa en el caso del particular que se resistió. Con otras palabras, la capacidad de resistencia del particular no neutraliza la vulneración de los deberes por parte del servidor público. Además, si se tiene en cuenta que la exacción no es un delito de enriquecimiento para el servidor público, ni un delito contra el patrimonio, sino un delito contra la Administración Pública cometido por servidor público y que, como tal, sanciona el incumplimiento de deberes funcionariales, es correcto concluir que la violación a tales deberes, se da desde el momento en que el servidor público despliega una actividad conducente a que el particular pague el impuesto, tasa, gravamen contribución o derecho inexistente o por un medio no autorizado por la ley, sin necesidad de que el particular haga el desembolso. Por último, entender que el delito de exacción se consuma sin necesidad de que el particular haya pagado, es coherente con lo dicho con respecto al delito de concusión, en el sentido de que era un delito de mera actividad y no de resultado. Esto es particularmente importante, pues tanto la concusión como la exacción tienen la misma pena de prisión (de tres a seis años).

Cuando el Artículo 347 CP califica a los impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos que se cobran de **inexistentes**, lo que hace es prever los siguientes supuestos:

1. El cobro de impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos que no existen, es decir, no tienen respaldo norma-

tivo. Por ejemplo, que se cobre un tributo para respirar aire, un derecho a vivir, una contribución para mantener con salud a determinada autoridad, etc.

2. El cobro de impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos que sí tiene respaldo normativo, es decir, que existen, pero en cantidad superior a la real. En la medida en que la exacción es un delito doloso, el servidor público que responde como autor ha de saber que la cantidad que cobra es superior. En otras palabras, ahí donde la cantidad superior que se cobra sea resultado de un error de cálculo, o ahí donde quien cobra no es quien ha determinado la cuantía del tributo y tampoco le compete determinarla, actúa sin dolo.

3. El cobro de impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos existentes y en cantidades correctas, pero que no tengan fundamentación y el particular no pueda cotejar la legalidad del tributo, no constituyen delito de exacción. Pues en estos casos el cobro es legal, y la ausencia de motivación o argumentación es, en todo caso, una infracción administrativa.

4. El cobro de impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos existentes y en cantidad inferior a la que corresponde no debe ser considerado como delito de exacción, pues, si bien también aquí el sujeto se aparta de su deber como administrador tributario estatal, lo cierto es que cobrar menos de lo que se debe pagar no es compatible con la naturaleza de la exacción que, al igual la concusión, importa un acto de presión o constricción por parte del servidor público en detrimento del particular.

La modalidad de **cobro legal, pero se usa algún medio no autorizado por la ley**, los impuestos, tasas, gravámenes, contribuciones o derechos existen y el pago que se pretende es en la cantidad correcta, pero se utiliza un medio no adecuado. La

sanción de esta modalidad de exacción es menor que la sanción a la modalidad anterior (es tan sólo de 6 meses a 1 año), y ello se justifica en el menor desvalor de acción que contiene, pues tanto el tributo como su cuantía son correctos, pero no el medio que se utiliza para cobrarlo.

VI. Tráfico de influencias

***Artículo 348**. "Quien valiéndose de influencia o simulando tenerla, solicite, reciba, acepte promesa o prometa en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conocimiento o pueda conocer, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.*

La pena será de cinco a ocho años de prisión, si quien ejerce o simule influencia es un superior jerárquico de quien conoce o debe conocer el asunto de que se trata."

A. Introducción y bien jurídico

El delito de tráfico de influencia encuentra su razón de ser en la necesidad de **anticipar la barrera** de punición en aquellos casos en que el sujeto realiza actos inequívocos, que con mucha probabilidad, terminarán en un delito de cohecho. En efecto, en el tráfico de influencias –al menos en la modalidad en que las influencias son reales– el comportamiento consiste en vender u ofertar interceder ante un servidor público sobre un asunto que se encuentre conocimiento o pueda conocer. Si, efectivamente, el vendedor de influencias logra comunicarse con el servidor público y ejercer su influencia, entonces incurre en delito de cohecho activo, por el solo hecho de ofrecerle un negocio ilícito.

Lo anterior también se puede predicar en la modalidad de tráfico de influencias en que el traficante lo que hace es simular tener

influencias, aunque la explicación merece más detalle: cuando el vendedor de influencias simula tenerlas (es decir, cuando no las tiene) puede también incurrir luego en delito de cohecho, aunque será menos probable, pues no conoce al servidor público.

A partir de lo anterior se puede deducir cuál es el **bien jurídico protegido**. En efecto, sólo entendiendo que en el delito de tráfico de influencias se protege el buen prestigio de la Administración Pública, en el sentido de que no es lícito traficar con las influencias que se pudieran tener, o inventar tenerlas, se puede legitimar su inclusión en el Código Penal. Esta apreciación resulta importante porque el tener u ostentar influencias no es delito per se. Si **influencia significa** capacidad de influir en la decisión que un tercero ha de tomar, es posible que, por ejemplo, el cónyuge del servidor público o su madre o padre o amigo, puedan tener influencias sobre él. Y tener esa influencia no puede ser ilícito, pues se deriva de una relación filial o amical. El delito de tráfico de influencia se da sólo cuando dicha influencia se expone ante terceros a cambio de alguna contraprestación. Así la terminología que se suele utilizar para designar a este comportamiento –tráfico de influencias– puede no resultar del todo feliz, pues el delito puede presentarse incluso, sin necesidad de que se trafique con la influencia, sino que en algún supuesto, basta con que quien tiene la influencia solicite alguna contraprestación sin que el destinatario de la oferta llegue con él a un acuerdo. Por lo mismo, la tipicidad del delito no exige que el traficante de influencias llegue a cumplir con su oferta, es decir, no se precisa que llegue a influir en la decisión que tiene que tomar el servidor público.

B. Tipo básico. Artículo 348 CP, primer párrafo

El delito de tráfico de influencias es un **delito común** que, como tal, no requiere que el autor detente alguna condición especial. A diferencia del resto de delitos que se han analizado, éste puede

ser realizado tanto por un servidor público como por un particular. Se podría cuestionar esta interpretación si se creyese que no todos tienen influencias con las cuales traficar, pero lo cierto es que en el Artículo 348 CP se equipara para efectos del delito y de la pena el traficar con influencias verdaderas y el simular tener las influencias. La única limitación que existe para que alguien sea considerado autor del delito, es que se trate del servidor público que tiene que resolver el asunto de que se trate. Es el caso, por ejemplo, del servidor público que solicita una contraprestación indebida para resolver en determinado sentido. En tal caso se cometerá solamente delito de cohecho pasivo.

Como se adelantó, el delito de tráfico de influencias contempla dos modalidades:

1. La primera modalidad consiste en que el sujeto, **valiéndose de su influencia**, solicite, reciba, acepte promesa o prometa en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conocimiento o pueda conocer. En este caso la influencia que se trafica es real, existe. En otras palabras, el sujeto tiene la capacidad de influir en la decisión que ha de tomar le servidor públicos.

2. La segunda modalidad consiste en que el sujeto, **simulando tener la influencia**, solicite, reciba, acepte promesa o prometa en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conocimiento o pueda conocer. En este caso la influencia que se trafica es irreal, no existe; el sujeto no tiene la capacidad de influir en la decisión que ha de tomar el servidor público. Estos casos son

conocidos en doctrina como "venta de humo", pues en ellos no se trafica con influencias –¡éstas no existen!– sino con una ilusión que el comprador cree que tiene el vendedor.

3. En realidad es completamente irrelevante si el sujeto tiene o no tiene influencia. Lo relevante es, que siempre y en todos los casos, que exponga ante alguna persona su interés de hacer valer su influencia. Si se quiere ser preciso con el lenguaje habría que decir que en la primera modalidad, cuando se establece que el sujeto se vale de su influencia, lo que hace es comunicar su predisposición a interceder ante el servidor público. Mientras que en la segunda modalidad, referida a simular influencias, lo que el autor hace es engañar a un tercero haciéndole creer que tiene la capacidad de influir en las decisiones de un servidor público.

Las influencias –reales o simuladas– sirven para que el autor solicite, reciba, acepte promesa o prometa dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico. Los verbos rectores **solicitar, recibir, aceptar promesa o hacer prometer** (en realidad el tipo penal se refiere a prometer, ¡pero sería absurdo entender que el traficante de influencias prometa dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico a quien le compra la influencia!) representan los comportamientos penalmente relevantes. El verbo **solicitar** grafica un momento en el cual el autor del delito ha dado a conocer su capacidad de influir en algún servidor público y ha comunicado cual es la contraprestación que espera recibir a cambio. No se requiere que la persona a la cual le oferta sus influencias acepte o rechace la propuesta; simplemente que solicite dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico. De hecho, si el comprador de las influencias acepta el acuerdo y le entrega al vendedor lo que solicita, será un supuesto de **recibir**, ya que el vendedor de influencias logra incorporar a su esfera patrimonial el bien o dinero. Pero también son casos que pueden ser subsumidos en la modalidad de **recibir** dinero o bienes aquellos en

los que quien tiene la influencia no es quien propone su utilización, sino cuando el interesado en que las influencias se utilicen es quien solicita a quien las tenga que las utilice y le entrega a cambio alguna contraprestación. Aquí se da también el delito de tráfico de influencias, pues el sujeto acepta dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico valiéndose de sus influencias. **Aceptar promesa** presupone que el traficante de las influencias ha acordado ya con el comprador la entrega de dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico.

Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el traficante de influencias puede actuar personalmente o por persona interpuesta. En este último caso el intermediario responderá como cómplice primario.

El traficante de influencias ha de invocar sus influencias o aparentar tenerlas y solicitar **dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico**. Es decir, el objeto material del delito lo constituye cualquier bien (el dinero lo es, así como cualquier otro provecho) que tenga contenido económico o jurídico. Los bienes de contenido económico, además del dinero, son todos aquellos bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tangible o intangibles, consumibles o no, de comercio lícito o ilícito que sea susceptible de ser valorado en el mercado. La previsión de la posibilidad de que los bienes tengan efecto jurídico es correcta, pues permite incluir, por ejemplo, los casos en los que el traficante de influencia no pretende incrementar su patrimonio, sino que pretende acelerar un trámite judicial o administrativo, o un ascenso laboral.

El traficante de influencias ha de invocar las influencias y solicitar dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico **en beneficio propio o de un tercero**. En otras palabras, no se exige que el traficante obtenga realmente un beneficio o que el beneficio lo obtenga un tercero, sino que se actúe con

tal finalidad. Se trata pues de un elemento subjetivo distinto del dolo, caracterizado por el ánimo de lucro, y no, como usualmente se dice, un resultado material. A partir de aquí se sigue que incluso en los supuestos en que el comprador de la influencia "no cumple" con su contraprestación, el delito de tráfico de influencias se consuma. Por ejemplo, cuando el traficante solicita algún bien de contenido económico o con efecto jurídico para interceder ante un servidor público, basta y sobra con que el comprador acepte tal solicitud. Si el comprador llega a entregarle el dinero es algo que no interesa para la consumación de delito, por lo mismo, si "incumple" su compromiso es también irrelevante.

El tráfico de influencias ha de ser para influenciar a un servidor público **en asunto que se encuentre conociendo o pueda conocer**. Asunto significa tanto un proceso judicial, que puede ser contencioso o no contencioso, como procedimiento administrativo, cualquiera sea su naturaleza. El servidor público que se debe influenciar debe estar vinculado al asunto por una relación funcional. En otras palabras, el servidor público debe ser el competente para resolver el asunto, ya sea porque se encuentra conociendo ya el asunto, o porque esté llamado a conocerlo (por turno, competencia u otra razón). Es posible que el tráfico de influencias se haga para causar un perjuicio a alguien que se encuentre sometido a un proceso judicial o administrativo, pues también en este caso se trata de un asunto que el servidor público esté conociendo o deba conocer.

Lo dicho hasta aquí sirve para dejar en claro que el delito de tráfico de influencias es un delito bilateral, pues requiere el concurso del vendedor de influencias y del comprador. A partir de aquí se concluye lo siguiente:

1. Si el comprador de influencias llega a aceptar que el traficante utilice las influencias y le entrega o promete dinero u otra ventaja de contenido económico o de efecto jurídico, responde como cómplice primario.

2. Cuando el traficante logre influenciar al servidor público en algún asunto sin que antes haya ofertado sus influencias no comete delito de tráfico de influencias.

3. Si el traficante de influencias no busca ni pretende obtener un provecho económico, sino que invoca sus influencias para "hacer un favor" sin contraprestación alguna, tampoco comete delito de tráfico de influencias.

4. Si el traficante de influencias, después de haber vendido sus influencias y haber, por ejemplo, solicita dinero, expone sus influencias ante el servidor público, podrá cometer delito de cohecho activo si le propone una contraprestación para que resuelva según sus instrucciones. Pero no cometerá delito de cohecho alguno si simplemente se limita a comunicar al servidor público su punto de vista sobre el asunto que tiene que resolver sin ofrecerle contraprestación alguna.

C. Supuesto agravado. Artículo 348 CP, segundo párrafo

> ***Artículo 348***. *"La pena será de cinco a ocho años de prisión, si quien ejerce o simule influencia es un superior jerárquico de quien conoce o debe conocer el asunto de que se trata."*

Esta única agravante del delito de tráfico de influencias encuentra su razón de ser en que el autor es un superior jerárquico del servidor público que debe conocer o conoce el asunto de que se trata. Esto significa que el autor del delito de tráfico de influencias agravado es también un servidor público, pues es la única forma de entender que sea superior de quien tiene que conocer el asunto. Se trata, por tanto, de un delito especial en donde se

abusa del cargo, pues, por un lado y como se acaba de apuntar, el sujeto ha de ser un servidor público que actúa, obviamente, aprovechándose del cargo y, por otro lado, porque no cualquier servidor público podrá ser autor del tipo agravado; solamente aquel que ocupe un puesto en el escalafón estatal que le ubique por encima de la persona que tiene conocer o conoce el asunto. Por lo tanto, si el traficante de influencias es un servidor público pero situado por debajo de la escala jerárquica del servidor público que tiene que conocer o conoce el asunto, únicamente incurre en responsabilidad penal por el tipo básico.

En la medida en que no se requiere que el traficante de influencias tome contacto con el servidor público e intente ejercitar su capacidad de influencia, el supuesto agravado implica, únicamente, que el autor tenga una posición superior a la del servidor público que conoce o ha de conocer el asunto. Ese dato, por sí solo, legitima la agravante, pues ostentar una posición superior a la del servidor público que conoce o ha de conocer el asunto, confiere una capacidad de influencia que, si bien no es determinante ya que quien conoce el asunto puede resistirse, si implica cierta autoridad y mando.

VII. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*. KONRAD, ADENAUER, STIFTUNG y otros. Medellín, 1997.

ASÚA BATARRITA, Adela (editora). *Delitos contra la Administración Pública*. IVAP, Bilbao, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal, Parte especial*. Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 1993.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y Carmen GARCÍA CANTIZANO. *Manual de derecho penal, Parte especial*. Cuarta edición.. Editorial San Marcos, Lima, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español, Parte especial*. Editorial Eriel, Barcelona, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Manual de derecho penal, Parte especial*. Tomos I y II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1997.

CREUS, Carlos. *Derecho penal, Parte especial*. Astrea, Buenos Aires, 1990.

FERRÉ OLIVÉ, Juan y otro (editores). *Delincuencia organizada*. Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*. Temis, Bogotá, 1995.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal, Parte especial*. Tomos I, II, III, IV y V. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

KELMA, Herbert y otro. *Crímenes de obediencia. Los límites de la autoridad y la responsabilidad*. Planeta, Buenos Aires, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros. *Manual de derecho penal, Parte especial*. Tomos I y II. Akal/Iure, Madrid, 1990.

LÓPEZ PRESA, José (coordinador), *Corrupción y cambio*. FCE, México, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, Parte especial*. 14ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, No.14: 235-263, 2004.

NUÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino, Parte especial*. Tomos III y IV. Editorial Jerves, Buenos Aires, 1982.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español, Parte especial*. Tercera Edición. J.M. Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César y otros. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002.

VIVES ANTON, T.S. y otros. *Tratado de derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Madrid, 1990.

AA/VV. Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte especial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

Serie de Publicaciones

Lecciones aprendidas y buenas prácticas en el Ministerio Público de Panamá

- Pautas para la reestructuración efectiva de Fiscalías Anticorrupción
- Manual de investigación de delitos de corrupción
- Fiscalía Anticorrupción: Sistema de Gestión por Resultados
- Delitos contra la Administración Pública

La corrupción es un
Mal bocado
¡NO LA PRUEBES!

Publicación producida por:

Programa de Transparencia y
Rendición de Cuentas de
USAID-Panamá
www.camtransparencia.com