

## Informe de Investigación

### TÍTULO: LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Criminología
<b>Tipo de investigación:</b> Simple	<b>Palabras clave:</b> enriquecimiento ilícito, Convención Interamericana contra la Corrupción, estructura de los tipos, corrupción en América Latina, Unión Europea y Asia.
<b>Fuentes:</b> Doctrina	<b>Fecha de elaboración:</b> 10/2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>2</b>
<b>2. DOCTRINA.....</b>	<b>2</b>
a) Noción de corrupción en España.....	2
b) Control de la corrupción en el derecho comparado.....	4
i. Argentina.....	4
ii. España.....	5
iii. Francia.....	6
iv. México.....	7
c) Actos de enriquecimiento ilícito en América Latina.....	10
Colombia.....	10
Chile.....	11
Argentina.....	12
Perú.....	12
República Dominicana.....	12
México.....	13
Bolivia.....	14
Costa Rica.....	14
Convención Interamericana.....	15
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	15
d) Análisis comparado de la estructura de la tipicidad del delito en la Unión Europea, Asia y Estados Unidos.....	18
1. Panorama de los tipos de cohecho de funcionarios.....	18
2. El campo de regulación de los delitos de cohecho de funcionarios.....	20
a) Definición de la calidad de funcionario.....	20
b) La discusión acerca del bien jurídico.....	23
3. Estructura de los tipos.....	24



a) Diferenciación de los tipos según cohecho activo o pasivo.....	25
b) Diferenciación de los tipos según cohecho simple o agravado.....	26
4. Configuración de los elementos del tipo de los delitos en particular.....	27
a) El concepto de ventaja en el sentido de las normas aplicables.....	27
b) El receptor de la dádiva.....	28
c) La naturaleza de la acción de dádiva.....	28
d) Acción funcional u otra acción relevante.....	29
e) Autor del cohecho activo.....	29
f) El monto de la ventaja patrimonial y otras posibilidades de corrección de los tipos.....	30
g) Tipos calificados.....	31
h) Tipo subjetivo.....	32
i) Tentativa.....	32

## 1. RESUMEN

El presente informe de investigación incluye una recopilación de información sobre la corrupción en el Derecho Comparado, se incluye doctrina extranjera que estudia de manera comparada, el tratamiento de éstos actos en distintas legislaciones.

## 2. DOCTRINA

### a) *Noción de corrupción en España*

[MALEM SEÑA]<sup>1</sup>

*“Son actos corruptos aquellos que reúnen las siguientes características.*

*Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional. Quienes se corrompen transgreden, por activa o por pasiva, o provocan la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen. Quienes se corrompen manifiestan, en ese sentido, un claro sentimiento de deslealtad hacia la regla violada. El caso típico es el de un funcionario de Hacienda que debido a un soborno de una empresa transnacional no aplica las tasas fiscales correspondientes. Al hacerlo viola los deberes impuestos por su cargo, expresando de ese modo su desprecio hacia la función que cumple. Pero este ejemplo -como se ha señalado con anterioridad- no ha de inducir al error de pensar que es necesaria la presencia de un funcionario público para que haya un caso de corrupción. También la corrupción es posible entre agentes privados. Así, cuando un ejecutivo o una secretaria de dirección revela a una empresa*



competidora a la que presta servicios un material clasificado como confidencial para favorecer sus negocios a cambio de dinero, se corrompe. Aquí también se incumplen algunos de los deberes de la posición que se ocupa como directivo o secretaria de dirección.

Para que exista un acto de corrupción, pues, debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia. La noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo. Por esa razón la corrupción puede tener una naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar de estos distintos niveles a la vez. Esta característica se infiere del apartado anterior. Un caso claro es el de un encargado de compras de una determinada empresa que es sobornado para adquirir cierta mercancía por un precio superior al valor del mercado. El marco normativo de referencia que este acto ha contravenido es el del libre mercado, de la competencia leal y la lealtad en el trabajo.

Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica. Que el acto de corrupción sea legal o ilegal, desde un punto de vista penal, dependerá, por cierto, del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia. Este es uno de los problemas con los que se enfrenta la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. Según muchas legislaciones sobornar a un funcionario público extranjero para alcanzar, conseguir o asegurar un acuerdo mercantil puede no ser considerado una actividad ilícita, pero no por ello deja de ser un acto de corrupción. Por otra parte, en ocasiones se soborna a una persona no para que tome una resolución contraria a derecho, sino para que cumpla una obligación legal. Tal es el caso de los llamados «pagos de engrase», «pagos acelerador» o «pagos de peaje». Que este tipo de pagos esté prohibido dependerá de cada sistema jurídico. Corrupción e ilegalidad penal son, en ese sentido, términos independientes.

Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. Y no es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etcétera. Y tampoco es necesario que el beneficio que se pretende conseguir sea elevado. En ocasiones es suficiente, para que se perfeccione el acto de corrupción, que una parte espere recibir algo con la convicción de que ese algo sea valioso. Que efectivamente lo sea es una cuestión empírica irrelevante. Alguien se corrompe, además, a pesar de que inmediatamente después de haber realizado la acción objeto de la práctica corrupta decide no aceptar la contraprestación pactada, renuncie al reclamo del pago [o reclame lo pagado previamente] o una vez obtenidos los fondos pertinentes los devuelva íntegramente. Hay que distinguir entre el que permanece incorrupto y el corrupto arrepentido. Y no es necesario que la contraprestación que constituirá el beneficio extraposicional esté perfectamente determinada. Un corruptor inteligente puede dejar abierta la acción exigible a su contraparte para ser precisada en el futuro.

Los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción. La noción de secreto o de discreción se vincula aquí -siguiendo a Michael Reisman- con un cierto intento por ocultar la acción corrupta, incluso en aquellos casos en que el apartamiento de las normas del sistema de referencia «se sabe que se practican ampliamente y casi nunca se sancionan». La corrupción, al implicar una actitud de deslealtad, tiene una carga negativa y, por lo tanto, tiende a ser sustraída del público.

Naturalmente, que la acción corrupta se mantenga efectivamente en secreto o en un marco de discreción dependerá de lo exitoso de la estrategia de ocultación utilizada o del nivel de impunidad con que se opera, pero eso es una cuestión empírica que no afecta al concepto que se propone. Los corruptos siempre tratarán que sus acciones pasen lo más inadvertidas posibles.

Se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen una violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica



realizados en marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza.<sup>1</sup>”

## **b) Control de la corrupción en el derecho comparado**

[BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL CHILE]<sup>2</sup>

### **i. Argentina**

*“El Índice de Percepciones sobre la Corrupción del año 2002, elaborado por la organización Transparencia Internacional, muestra que Argentina descendió del puesto 57 al 70, entre los 102 países incluidos, con una nota de 2,8 en una escala de 1 a 10, donde 1 representa el grado máximo de corrupción y 10 el de transparencia, la antecedieron 69 países con mejor nota y la siguieron 25 con más bajas calificaciones.*

*Para quienes creen que la vigilancia sobre las actuaciones del gobierno por parte de la sociedad es un poderoso mecanismo para combatir a la corrupción y que, por lo tanto, defienden la dictación de leyes sobre transparencia y acceso a la información pública gubernamental, el Índice de Percepciones sobre la Corrupción (de la organización Transparencia Internacional) constituye la mejor demostración: los países que presentan los niveles más bajos de corrupción cuentan con leyes de acceso a la información pública, mientras que los más corruptos no tienen leyes de esta naturaleza.*

*Desde esta perspectiva el caso argentino parece paradigmático. La República Argentina, carece de una ley federal sobre acceso a la información pública. Un proyecto de ley sobre la materia quedó sin quorum para su aprobación en la última sesión de la Cámara de Diputados, realizada en diciembre de 2002, ya que varios legisladores abandonaron la misma obstruyendo en esa forma la nueva normativa. Por su parte, el gobierno, a pesar de haberse comprometido con los grupos cívicos, omitió el tratamiento de esta ley en el decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso.*

### **El marco jurídico de la corrupción**

*El Código Penal argentino, en el Título XI, tipifica los “Delitos contra la Administración Pública”. El bien jurídico tutelado es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la Administración Pública, la*

1 Esta deficiencia coincide en lo esencial con la propuesta por Ernesto Garzón Valdés en “Acerca del concepto de corrupción”, op. Cit., especialmente pág. 39 y ss.



que puede verse afectada en su funcionamiento por la conducta corrupta de un funcionario público. Entendiendo por funcionario público “a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente” (CP. Art. 77).

El Art. 256 del Código Penal establece la figura del cohecho pasivo referido a cualquier funcionario público y el Art. 257, referido al Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. El tipo penal del “cohecho activo” se encuentra en el Art. 258.

El Art. 259 prevé la admisión de dádivas “que fueran entregadas en consideración a su oficio”.

El Art. 265 se refiere a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas de un funcionario que se interesa en miras a un beneficio propio o de un tercero en cualquier operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición es aplicable también a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

El Art. 266 del Código Penal tipifica las exacciones ilegales, es decir, la exigencia por parte del funcionario de una dádiva o de un pago mayor, con o sin la circunstancia agravante de aparentar actuar por orden superior o con alguna autorización legítima y el Art. 268 el delito de concusión, en el caso que el producto de las exacciones sea convertido en provecho propio. Argentina aprobó la Convención Interamericana Contra la Corrupción<sup>6</sup> (en adelante, CICC), por medio de la ley 24.759, de 1997, que entró en vigencia el 7 de noviembre de 1997. Desde la reforma de 1994 a la Constitución, en este país, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, Art. 75, inc. 22). De donde surge, entonces, la necesidad de adaptar el derecho positivo argentino a lo que ha sido legislado como delito en el marco de la CICC. Es el caso del delito tipificado de soborno transnacional (Art. VIII de la CICC<sup>7</sup>). No existía en el Código Penal argentino y fue incorporado a él, en el artículo 258 bis, a través de la ley 25.188, sobre Ética de la Función Pública<sup>8</sup>.

Tratándose del delito de enriquecimiento ilícito (Art. IX de la CICC), en cambio, al momento de suscribir la Convención, el Estado argentino ya contaba en su legislación interna con un tipo penal que describía una conducta similar a la descrita por aquella. Sin embargo, la misma ley 25.188 que tipificó el soborno transnacional incluyó una leve reforma a aquel tipo penal y adicionó otros dos, relacionados (Art. 268, del Código Penal).”

(...)

## **ii. España**

“En su informe sobre España, de junio de 2001, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) destacó la complejidad que presenta en aquel país el fenómeno de la corrupción y la percepción cambiante que la sociedad española tiene de él. Este estado de cosas sería explicable en gran medida por la historia reciente del país y por su paso de la dictadura a la democracia. Según las informaciones proporcionadas al equipo croata- norteamericano de evaluación, en noviembre de 2000, la corrupción española está estrechamente ligada al financiamiento de los partidos políticos. Estos, en la fase de transición, no habrían respetado siempre las reglas estrictas para financiar sus actividades estimando que un cierto grado de corrupción política debía ser aceptado si se tenían en cuenta las circunstancias particulares de la época. Sin embargo, con los

años, el fenómeno ha llegado a ser injustificable a los ojos del público, especialmente cuando se revelaron algunos casos notables de corrupción individual que involucraban a altos funcionarios, como el Director General de la Guardia Civil o el Gobernador del Banco de España. A fines de los años 90, la lucha contra la corrupción ha marcado el debate político y la credibilidad política ha emergido, socialmente, como un valor superior a los otros. Según el Índice de Percepciones sobre la Corrupción, para el año 2002, publicado por la organización Transparencia Internacional, España se encuentra en el lugar 20, entre 102 países –en el mismo nivel que Japón y Bélgica– con una nota de 7,1 sobre 1018. No existe en el orden jurídico español una definición única de corrupción respecto a los funcionarios públicos sino más bien se logra la especificidad de esta noción, desde el punto de vista jurídico, a través de la tipificación de diversas infracciones en el Código Penal español de 1995. Los artículos 419 a 427 tratan de la corrupción pasiva y activa de las autoridades y de los funcionarios públicos –definidos en el artículo 24 del mismo Código<sup>19</sup>– a través de la determinación del delito de cohecho. Los artículos 428 a 431 se refieren al tráfico de influencia. El artículo 445<sup>a</sup> se refiere a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Los artículos 404 a 406 acotan el delito de prevaricación y otros comportamientos injustos y el artículo 442, el mal uso de información reservada. Los artículos 432 a 435, la malversación de fondos públicos. Los artículos 436 a 438, los fraudes y exacciones ilegales. Los artículos 439 a 441 penalizan las negociaciones y las actividades prohibidas a los funcionarios públicos y sus abusos en el ejercicio de su función y los artículos 506 a 508, la usurpación de funciones.

El plazo de prescripción varía en función de la gravedad de la infracción de corrupción (C.P. Art. 131). Estas infracciones tienen el carácter de “públicas” en el derecho español por lo cual las pesquisas sobre ellas pueden ser ejercidas automáticamente desde la recepción de la “notitia criminis” por el juez u otro representante de la ley. Por lo mismo, el mecanismo judicial permitiendo perseguir esta categoría de infracciones puede ser originado, además, como consecuencia de una querrela presentada por un particular o por el Ministerio público, o por la iniciativa de un particular que ejerce la “actio popularis”.

(...)

### **iii. Francia**

“Es difícil encontrar en Francia investigaciones empíricas sobre la corrupción, y las informaciones de la justicia y de la policía francesas no proporcionan datos completos sobre ella. En todo caso, según esas notas las tendencias generales de la criminalidad en el país no difieren de la del resto de los países de Europa occidental<sup>24</sup>. En el Índice de Percepciones sobre la Corrupción, para el año 2002 –sistematizado desde 1995 por la organización Transparencia Internacional<sup>25</sup>– Francia se encuentra en la posición 25<sup>a</sup>, la misma de Portugal, entre 102 países, con una nota de 6,3 sobre 10.

El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, en un informe de evaluación sobre Francia publicado en Septiembre de 2001, ha puesto en evidencia ciertas condiciones favorables a la corrupción que constituyen una particularidad francesa<sup>26</sup>. Entre ellas, pueden mencionarse la concentración del poder político en las manos del Ejecutivo, el surgimiento entre las autoridades elegidas y los funcionarios de un tipo de relaciones basado sobre la lealtad



personal más que sobre la lealtad hacia las instituciones, la persistencia de ciertas formas de clientelismo político, el carácter inadecuado de los procedimientos de control, y la ausencia –en ciertos momentos– de un consenso político claro sobre la necesidad de reaccionar con firmeza respecto de estas prácticas.

### **El marco jurídico de la lucha contra la corrupción**

La legislación francesa que incrimina a la corrupción es considerada muy desarrollada<sup>27</sup>. Ella no cubre solamente las infracciones tradicionales de corrupción activa y pasiva (“pots de vin” [coimas]) sino que también se aplica a situaciones que pueden ser calificadas como sus precursoras.

Las primeras se encuentran en el Capítulo II: Atentados contra la Administración Pública cometidos por personas que ejercen una función pública, del Título III: Atentados contra la Autoridad del Estado, correspondientes al Libro Cuarto del Código Penal: Crímenes y Delitos contra la Nación, el Estado y la Paz Pública<sup>28</sup>. La corrupción en el sistema del Código Penal francés supone – conforme estima la doctrina<sup>29</sup>– por su naturaleza misma, dos hechos principales entre los cuales uno no podría ser considerado como accesorio del otro puesto que cada uno de los dos agentes que concurren a la infracción –uno corrompiendo y el otro dejándose corromper– juega un rol igual y singularmente calificado. De esto se sigue que la corrupción pasiva prevista en el artículo 432-11 –por la cual las personas depositarias de la autoridad pública, encargadas de una misión de servicio público o investidas de un mandato electivo público solicitan o aceptan un beneficio para cumplir o abstenerse de cumplir un acto que les corresponde por su función– constituye un delito distinto del de corrupción activa previsto en el artículo 433-1, a través del cual se tipifica y penaliza la acción del particular que ofrece el beneficio a las personas depositarias de la autoridad con los fines señalados. Lo mismo sucede con el tráfico de influencia activo y pasivo penalizado en estos mismos artículos.

El Código Penal francés –refundido en 1994– considera también la corrupción activa y pasiva de los magistrados, jurados, árbitros, expertos, conciliadores etc. (Art. 434.9); el soborno de testigos, expertos e intérpretes (Art. 434.15-19-21). Asimismo, castiga –en relación con las personas depositarias de la autoridad pública o encargadas de una misión de servicio público– la concusión, es decir, el hecho que reciban o exijan a título de derechos o contribuciones, impuestos o tasas públicas una suma que ellas saben no es debida o que excede lo debido (Art. 432.10); el cobro ilegal de intereses (Arts. 432.12 y 432.13), y la concesión de ventajas injustificadas o favoritismo (Art. 432.14); la corrupción activa y pasiva de un funcionario comunitario, de un funcionario nacional de otro Estado miembro y de los miembros de las instituciones de las comunidades (Arts. 435.2 y 435.1); la corrupción activa de un agente

público extranjero en las transacciones comerciales internacionales (Arts. 435.3 y 435.4).

El Código de Aduanas contiene disposiciones especiales que se refieren a la corrupción de los agentes aduaneros (Art. 59).

(...)

### **iv. México**

México ocupa con Colombia, el lugar 57, entre 102 países en el Índice de Percepciones sobre la Corrupción, elaborado por Transparencia Internacional. Con una nota 3,6 sobre 1037.

### **El marco jurídico de la corrupción**

*“Entre los artículos 212 y 227, el Código Penal de México establece las figuras de los delitos de corrupción atribuibles a los servidores públicos (denominación conforme con la nomenclatura constitucional). Los servidores públicos están definidos en el artículo 212 y los tipos de delitos en el Título Décimo: Delitos cometidos por Servidores Públicos y en el Título Décimo Primero: Delitos cometidos contra la administración de justicia.*

*Entre los delitos se encuentran el ejercicio indebido del servicio público (Art. 214), el abuso de autoridad y la desaparición forzada de personas realizada por un servidor público (Art. 215), la coalición de servidores públicos para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, o para impedir su ejecución (Art. 216), el uso indebido o abusivo de atribuciones y facultades (Arts. 217 y 220), la concusión (Art. 218), la intimidación (Art. 219), el tráfico de influencia (Art. 221), los cohechos activo y pasivo y el realizado ante servidores públicos extranjeros (Arts. 222 y 222 bis 38), el peculado (Art. 223) y el enriquecimiento ilícito (Art. 224). El artículo 225 detalla y castiga diversas infracciones que pueden cometer los jueces en el ejercicio de sus funciones. Por último, el artículo 226 penaliza el empleo de la violencia por un servidor público para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho.*

*La Comisión Intersecretarial para la Transparencia y el Combate a la Corrupción –creada en diciembre de 2000, de la cual se hablará más adelante– incluyó dentro su marco regulatorio a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de 13 de marzo de 2002, con su instrumento de aplicación, el Oficio-Circular de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo por el que se dió a conocer el Código de Ética de los Servidores Públicos de la Administración Pública Federal, de 31 de julio de 2002, y a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 12 de junio de 2002.”*

### **Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos**

*Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2002<sup>39</sup>. Tiene por objeto reglamentar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a los sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público, sus obligaciones, las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público, las autoridades competentes y el procedimiento para aplicar dichas sanciones y el registro patrimonial de los servidores públicos (Art. 1º).*

*Respecto a los sujetos, son los servidores públicos, definidos en el artículo 108 constitucional, con el agregado de todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales. El artículo 3º señala a las autoridades facultadas para aplicar la ley y el artículo 4º, a los contralores internos y los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República, como autoridades competentes para realizar la investigación, la tramitación, la sustanciación y la resolución, en su caso, de los procedimientos y recursos establecidos.*



*En el artículo 8º, distribuidas en veinticuatro puntos, se fijan las obligaciones en el servicio público, y en el artículo 9º las medidas que deberán observar los funcionarios hasta un año después de haber dejado sus actividades. La infracción comprobada de algunas de estas obligaciones o medidas, que impliquen responsabilidad penal significará, conforme con el artículo 19 de la ley, la obligación de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (en adelante la Secretaría) o del contralor interno correspondiente de hacer la denuncia ante el Ministerio Público o, en su caso, instar al área jurídica de la dependencia o entidad respectiva a que formule las querellas a que hubiere lugar.*

*El artículo 6º indica que las dependencias y entidades establecerán unidades específicas para que cualquier interesado presente quejas o denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.*

*Las sanciones por falta administrativa consistirán, conforme al artículo 13, según el caso, en amonestación privada o pública; suspensión del empleo, cargo o comisión por un período no menor de tres días ni mayor a un año; destitución del puesto; sanción económica, e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.*

*El Capítulo II de la Ley se dedica a estas materias. El Título Tercero de la Ley está dedicado al Registro Patrimonial de los Servidores Públicos. “La Secretaría –dice el artículo 35– llevará el registro y seguimiento de la evolución de la situación patrimonial de los servidores públicos de las dependencias y entidades, así como de las autoridades que tienen obligación de presentar declaraciones de situación patrimonial, ante la autoridad competente”.*

*Estos son: en el Congreso de la Unión: Diputados y Senadores, Secretarios Generales, Tesoreros y Directores de las Cámaras; en la Administración Pública Federal Centralizada, todos los servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento u homólogo hasta el de Presidente de la República; en la Administración Pública Federal Paraestatal, todos los servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento u homólogo o equivalente al de los servidores públicos obligados a declarar en el Poder Ejecutivo Federal hasta el de Director General o equivalente; en la Procuraduría General de la República, todos los servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento u homólogo hasta el de Procurador General, incluyendo agentes del Ministerio Público, Peritos e integrantes de la Policía Judicial; en el Poder Judicial de la Federación: Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejeros de la Judicatura Federal, Magistrados de Circuito, Magistrados Electorales, Jueces de Distrito, secretarios y actuarios de cualquier categoría o designación. En general, en las demás reparticiones que detalla la Ley, desde el nivel de jefe de departamento u homólogo hasta el de los titulares de aquellas.*

*Asimismo, todos los servidores públicos que manejen o apliquen recursos económicos, valores y fondos de la Federación; realicen actividades de inspección o vigilancia; lleven a cabo funciones de calificación o determinación para la expedición de licencias, permisos o concesiones, y quienes intervengan en la adjudicación de pedidos o contratos. Código de Ética de los Servidores Públicos de la Administración Pública Federal*

*Elaborado, por mandato de la ley anterior, por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo. Como un modo de orientar el desempeño de los servidores públicos “hacia lo que es benéfico para la sociedad”, su contenido está dividido a través del desarrollo de doce tópicos, la mayor parte de índole ética: bien común, integridad, honradez, imparcialidad, justicia, transparencia, rendición de cuentas, entorno cultural y ecológico, generosidad, igualdad, respeto y liderazgo.”*

## **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental**

*“La creencia en que la vigilancia sobre las actuaciones del gobierno por parte de la sociedad es un poderoso mecanismo para combatir a la corrupción ha hecho que en México, todos aquellos que están comprometidos con esta lucha, hayan celebrado la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante LFTAIP), el 11 de junio de 2002 41. Es innegable que una ley de ese tipo puede contribuir a una mayor transparencia pero, no solo por el hecho de ser promulgada, ya que el beneficio que puede traer consigo depende, además, del actuar de sus autoridades de aplicación y de la calidad de la participación ciudadana. Los ciudadanos participan poco en México por lo cual se considera previsible que en su inicio los principales usuarios de la ley sean los medios de comunicación, los partidos políticos, las organizaciones no gubernamentales y los grupos empresariales .*

*La LFTAIP está constituida por tres ejes principales. Al primer eje corresponde la obligación de los órganos del Estado de poner a disposición de los ciudadanos –de manera permanente y sin que medie una solicitud por parte de ellos– la información que les permita tener un conocimiento directo de sus funciones, de sus acciones, de sus resultados, de su estructura y de los recursos asignados. Queda establecido que la mayor parte de la información, para su amplia difusión, debe estar en Internet y presentada con valor agregado, es decir, facilitando su uso y comprensión y la evaluación de su calidad, confiabilidad, oportunidad y veracidad.*

*El segundo eje lo constituye el derecho de los particulares de requerir información, para lo cual la ley entrega un procedimiento de acceso detallado aplicable a las dependencias de las instituciones.*

*El tercer eje lo constituyen las instituciones creadas responsables de la aplicación e interpretación de la ley, de las cuales se hablará en seguida.”*

### **c) Actos de enriquecimiento ilícito en América Latina**

[RODRÍGUEZ]<sup>3</sup>

*“El crimen de Enriquecimiento ilícito ha sido introducido en varias legislaciones regionales, y en otras legislaciones pero no como un crimen independiente. A continuación citaremos varias legislaciones del hemisferio que contienen provisiones sobre el tema.”*

#### **Colombia**

*“En el Código Penal de Colombia, podemos encontrar varias formas de peculado, por ejemplo, peculado por apropiación, por uso, por error de un tercero, peculado por aplicación oficial diferente,*



por extensión, etc. El artículo 133 establece el peculado por apropiación, estableciendo que el funcionario público que se apropie para su beneficio o el de otros, de propiedades del Estado o bienes de particulares o propiedad administrada por el funcionario público en virtud de función será sancionado con prisión de seis a quince años, multa por el valor del bien apropiado e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término.

En el artículo 136 se estipula el peculado por aplicación oficial diferente, estableciendo que el servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”

## Chile

“En el Código Penal de Chile encontramos que en el artículo 233 se sanciona el crimen de malversación estableciendo que el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
2. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
3. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Si la malversación dañase el servicio público, el empleado público sufriría también una inhabilitación temporal de sus funciones. Por otro lado el empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.”

## **Argentina**

*“En Argentina, el Código de Etica del Funcionario Público prevé el crimen de malversación en su artículo 260 que establece que será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.*

*El artículo 261 estipula que será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.*

*El capítulo IXbis de este mismo Código prevé la criminalización del enriquecimiento ilícito estableciendo que será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado, de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.*

*El artículo siguiente estipula que será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.*

*Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.*

*La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.”*

## **Perú**

*“En el caso de Perú el Código Penal criminaliza igualmente el enriquecimiento ilícito en su artículo 401, que establece que será sancionado con prisión de 5 a 10 años, el funcionario público que en virtud de su cargo se enriqueciera ilícitamente.”*

## **República Dominicana**



*“En el caso de la República Dominicana<sup>2</sup>, el Código Penal establece la criminalización de los actos de malversación. Estipula que la apropiación por un funcionario público del dinero, propiedades o valores del Estado, con un fin diferente en virtud del cual se le confiaron dichos bienes. La persona acusada de malversación será sancionada con una multa no menor a la suma del bien malversado hasta tres veces dicha suma y con prisión de dos a tres años.*

*En el Código se prevé también el crimen de concusión en el artículo 174 y consiste en ordenar la percepción de cantidades y valores que en realidad no se adeuden a las cajas públicas o municipales, o exigir o recibir sumas que exceden la tasa legal de los derechos, cuotas, contribuciones, ingresos o rentas, o cobrar salarios y mesadas superiores a las que establece la ley.”*

## **México**

*“Por otra parte, en México la legislación prevé el delito del peculado y establece que comete el delito:*

*I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.*

*II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.*

*III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y*

*IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.*

*Las penas para dicho crimen van de tres meses a dos años de prisión, o de dos a catorce años, dependiendo de la cantidad distraída.*

<sup>2</sup> A la caída de la Tiranía de Rafael Leónidas Trujillo, con el objeto de sanconar situaciones injustas acaecidas durante su permanencia por la reforma del 29 de diciembre de 1961 se modifica la prohibición histórica de la confiscación general de bienes, todo con el fin de reprimir a los que cometieron abuso o usurpación del poder o de cualquier función pública para enriquecerse o enriquecer a otros. Por aplicación de dicha reforma, tiene lugar el único caso en que el pueblo dominicano logra recuperar, por lo menos en parte, la fortuna mal habida de uno de sus déspotas, quizás el que mayor patrimonio acumuló. Cfr. Vega, Wenceslao. Persecución al peculado. Gaceta Judicial. Año 5. no. 116. Pag. 20.; Pellerano, Juan MI. Constitución y Política. Ed. Capeldom. Pag. 32.

*El mismo Código en su artículo 224 prevé el crimen de Enriquecimiento Ilícito estableciendo que se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo alimento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.*

*Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia.*

*Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:*

*Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.*

*Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.*

*Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”*

## **Bolivia**

*“En el caso de Bolivia, la propuesta de ley contra la corrupción establece que el funcionario público que incremente su patrimonio o el de otros de manera significativamente excesiva en relación a sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y hasta dos años después de cesar las mismas, será sancionado con prisión de tres a ocho años e inhabilitación especial para ejercer como funcionario público.”*

## **Costa Rica**

*“La Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito de Costa Rica, establece en su artículo 45 que será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el*

*ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.*

*El Artículo 7 de la ley citada anteriormente estipula el libre acceso a la información estableciendo que es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos.”*

### **Convención Interamericana**

*“En cuanto a la Convención Interamericana se refiere tenemos que en el artículo 9 prevé el crimen del enriquecimiento ilícito estableciendo que con "sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él".*

*Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”*

### **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

*“La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 20 dispone que "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.”*

*Podemos notar que la Convención de las Naciones Unidas prevé que el acto de enriquecimiento ilícito debe ser cometido intencionalmente, diferenciándose así, de la Convención Interamericana que no especifica nada al respecto.*



*La Convención Interamericana subraya, por otra parte, como parte de los elementos que tipifican el crimen, que el funcionario no puede justificar razonablemente su enriquecimiento, durante el ejercicio de sus funciones.*

*La Convención de las Naciones Unidas criminaliza en su artículo 17 los actos de malversación o peculado y dispone que "cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo."*

*El crimen de Enriquecimiento Ilícito ha despertado la oposición de algunas delegaciones europeas que afirman que la tipificación de dicha acción implicaría invertir la carga de la prueba en el procedimiento penal. Y qué decir de la cautela con la cual ha sido visto el tema de la recuperación de bienes productos del crimen de corrupción. Tal vez esta sea la razón por la cual la Convención de Legislación Criminal contra la Corrupción no prevé en su texto ninguna provisión para este tipo de crimen.*

*Un factor importante que debe ser subrayado es que la mayoría de la legislaciones nacionales que criminalizan los actos de Enriquecimiento Ilícito no preveen una definición del crimen, dejando por ende la misma a la interpretación de los jueces. Esta es una situación de gran importancia, ya que por un lado, podría ser visto como un factor positivo que permite a los jueces incluir un amplio rango de actos que pueden constituir enriquecimiento ilícito, pero por el otro lado, donde no existe voluntad política para combatir estos actos de corrupción nacería la problemática de dejar el campo abierto para la limitación de los elementos que tipifican el crimen y así evadir el procesamiento de este tipo de ofensa.*

*En el mismo orden de ideas, la legislación nacional como hemos visto, si no criminaliza este tipo de crimen, criminaliza en su lugar, los actos de malversación o peculado, dejando entender que no existe una clara distinción entre estos crímenes.*

*Como hemos expuesto, el crimen de enriquecimiento ilícito está previsto en la Convención Interamericana así como en la Convención de las Naciones Unidas como un crimen especial, ya que sólo puede ser cometido por un funcionario público.*

*Los elementos del crimen son:*

- Un crecimiento del patrimonio del funcionario público.*
- Dicho crecimiento resulta excesivo con respecto a los ingresos legales durante el ejercicio de la función pública.*
- El enriquecimiento no puede ser razonablemente explicado.*

*Existen diferentes posiciones acerca del tipo de crimen que constituye el enriquecimiento ilícito, algunos creen que se trata de un crimen de acción, otros afirman que se trata de un crimen de omisión y otros aseguran que se trata de un crimen complejo.*



*Aquellos que consideran que se trata de un crimen complejo afirman que la tipificación del crimen exige un enriquecimiento apreciable del autor y la falta de justificación respecto al origen de dicho enriquecimiento. El primer elemento, enriquecimiento, apreciable es un acto positivo, mientras que el segundo, falta de justificación, es una omisión al deber de justificación.*

*Otros afirman que este crimen tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito.*

*Vista algunas legislaciones regionales sobre el tema y la situación de la carga de la prueba, cualquier persona pudiera concluir que existen mayores garantías constitucionales para particulares que para los funcionarios públicos, como si la función pública posicionara a los funcionarios en una "capacidad disminuida" ante la ley.*

*El problema del crimen de enriquecimiento ilícito consiste en la carga de la prueba. Es un hecho que los actos a través de los cuales los funcionarios se enriquecen es ilegal: soborno, extorsión, malversación, etc., pero esto no significa que están destinados a ser criminalizados sin poder ejercitar sus garantías constitucionales, y aún más, que sus cónyuges, padres y amigos cercanos puedan ser también criminalizados bajo estas mismas condiciones.*

*En algunos países de la región, como en Argentina, se han realizado varios intentos de criminalizar estos actos basándose en que no se trata de una presunción, sino de una violación positiva de un deber expreso. Afirmando que los casos de efectivo enriquecimiento ocurre como en los casos de delito flagrante donde la persona es atrapada cometiendo el crimen, y por ende, obligada a explicar su accionar.*

*Otra fundamentación a esta inversión de la carga de la prueba, es la asimilación del funcionario público con el administrador de bienes de un tercero, viendo así, la justificación del enriquecimiento como una rendición de cuentas impuesta al funcionario como una condición para la asunción de su puesto. El acto de enriquecimiento ilícito y la falta de justificación del origen de dicho enriquecimiento constituyen el elemento principal del crimen, así pues este crimen se comete con el hecho del enriquecimiento.*

*Algunos escolásticos creen en la constitucionalidad de dicho crimen, afirmando que la ley no crea una presunción sino que impone un deber y lo que es sancionado es la violación a dicho deber. Aquellos que mantienen esta posición afirman también que la presunción de inocencia no es violada sino cuestionada.*

*Se ha dicho que la justificación no es una prueba y que en este particular se ha intentado asignar dos significados al término justificar o explicar utilizado en la mayoría de los instrumentos legales. Así pues, el término justificar podría significar la prueba del enriquecimiento ilícito, así como la explicación del origen de los ingresos.*

*Pero como sabemos no existe la obligación de incriminarse uno mismo, el Ministerio Público conjuntamente con la acusación civil, es quien tiene la obligación de probar el enriquecimiento del funcionario. Algunos aseguran que esta conducta debería ser reformulada y que los términos*

*explicar o justificar deberían ser eliminados, dejando por ende, los actos de enriquecimiento ilícito como una presunción que debe ser probada, siendo la explicación una facultad que el acusado puede ejercer o no. La conducta prohibida debería ser el enriquecimiento ilícito durante la ejecución de las funciones públicas. Debe probarse el enriquecimiento y que su origen es ilícito. La posición pública pudiera servir como base para imponer sanciones accesorias.*

*En todo caso, en cuanto a lo anteriormente expuesto respecta, somos de la opinión de que es más favorable aceptar los principios constitucionales e internacionales, y buscar soluciones acorde con nuestro derecho vigente, en lugar de extender, modificar u omitirlo en orden de combatir conductas que afectan a la sociedad, y que como sabemos proliferan cada vez más. Como afirma Miguel Langon Cuñarro, abordando el problema en el caso específico de la carga de la prueba en materia de lavado de activos, el desafío mayor es armonizar las nuevas orientaciones en materia probatoria, con los principios constitucionales y legales que informan nuestro sistema.”*

#### **d) Análisis comparado de la estructura de la tipicidad del delito en la Unión Europea, Asia y Estados Unidos**

[ÜBERHOFEN]<sup>4</sup>

*“El cohecho de funcionarios y los demás delitos tratados en éste contexto, que, en sentido amplio, también afectan a los funcionarios, fueron resumidos bajo este título, a fin de garantizar la practicidad sistemática. El concepto de funcionario está tomado del derecho penal alemán. Allí tiene un significado bien determinado. Pero éste no es el que aquí subyace sin más, sino sólo una orientación, a fin de lograr la sistematización. Debido a la cantidad de ordenamientos jurídicos, el concepto de funcionario debe ser entendido aquí sólo en un sentido objetivo-material y descriptivo. De este modo, va más allá de la comprensión subyacente al derecho penal alemán y abarca, por ejemplo, también a los obligados especiales, o sea, a grupos de personas que en otros ordenamientos jurídicos presentan características estructurales similares. De todos modos, el acento es colocado en los funcionarios en sentido estricto.”*

#### **1. Panorama de los tipos de cohecho de funcionarios**

*“En todos los Estados analizados existen tipos que se ocupan del cohecho de funcionarios. Sin embargo, pudieron advertirse diferencias sumamente considerables. Esto alcanza, por un lado, a la descripción de la conducta penalizada. Por el otro, se ven diferencias en la forma de las normas, y ocasionalmente, considerables divergencias en cuanto a la ubicación de la regulación.*

*Casi todos los ordenamientos jurídicos analizados tratan el cohecho de funcionarios -y bajo ciertas*



*circunstancias, otros tipos "vecinos"- en el derecho penal central, es decir, en obras de regulación sumamente complejas. Un camino fundamentalmente diferente es el que sigue el derecho inglés y galés. Allí, la persecución penal se apoya -a falta de un Código Penal- en algunas leyes particulares, así como en el common law, que en el último tiempo, sin embargo, ha perdido considerable importancia frente al derecho escrito.*

*Una serie de Estados trata las cuestiones relevantes aquí en forma total o casi total-completamente en el derecho penal central. Entre éstos, Bélgica, Italia, Japón, Colombia, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rusia, Suecia, Eslovenia, España y Turquía. Originariamente, también China se contaba entre ellos, pero allí se fueron separando cada vez más regulaciones, o se las fue remitiendo a normas complementarias. Pero también en este grupo se producen fracturas ocasionales de la regulación unitaria en el derecho penal central. Así, en Portugal, el tratamiento del cohecho de titulares de funciones políticas (de mayor jerarquía que funcionarios de Estado y de gobierno, y miembros del Parlamento) es regulado fuera del derecho penal central.*

*Otros Estados lo tratan, con extensiones totalmente diferentes, en parte, en numerosas leyes especiales. Al respecto, cabe mencionar en primer lugar a Inglaterra y Gales; allí, las normas respectivas pueden ser entendidas como la zona marginal del derecho penal central. También los Estados Unidos de Norteamérica se cuentan entre aquellos países en los que las leyes especiales codeterminan el tratamiento penal delitos de cohecho. En apariencia, también se orienta según modelos extranjeros, especialmente, el de la ex Unión Soviética, lo cual se refleja en las similitudes con las regulaciones rusas hasta ahora vigentes. Sin embargo, recién hace una década y media se produjo la promulgación de un Código Penal, con lo cual la compleja situación que se enfrentaba pudo ser superada. Actualmente, con relación a las normas de cohecho, esta simplicidad se ve limitada nuevamente en forma notable debido a las remisiones, y a través de estas normas se produce una considerable ampliación de los marcos penales.*

*Finalmente, puede comprobarse que el tratamiento penal de los delitos de cohecho en los diferentes Estados tiene lugar en un marco totalmente comparable. Pero aquí no se puede perder de vista que la realidad jurídica, en parte, diverge en forma bien considerable de la teoría. En numerosos países también se prevén otros tipos, que se separan del esquema conocido en Alemania. Junto a los tipos del cohecho de funcionario, en diferentes Estados existen otros delitos más interesantes en este contexto. En algunos países, se encuentra una categoría de hechos punibles, que se ocupa especialmente de la intermediación de cohechos<sup>71</sup>. Por lo demás, también existen como diferencias, normas que formulan otros tipos penales. Se trata, por ejemplo, de tipos comparables a la "ingérence" o al "trafic d'influence", como los que tienen especial importancia en el derecho francés. Son, en primer lugar, regulaciones en las que, en lo fundamental, se penalizan dádivas a funcionarios. Quedan comprendidas constelaciones en las cuales los funcionarios pueden aprovechar indirectamente su posición, dado que cuentan con competencias importantes para los terceros y, como consecuencia de ello, reciben dádivas encubiertas en la forma de pagos en sí absolutamente legales.*

*En el segundo caso, se amenazan con pena las dádivas para influenciar a ciertas personas del sector público."*

## **2. El campo de regulación de los delitos de cohecho de funcionarios**

*“Antes de ingresar profundamente a la investigación comparativa, deben ser tratados brevemente dos aspectos. En cierta forma, se trata de cuestiones relativas al campo previo. Estos dos criterios guardan una estrecha relación con el contexto de regulación del cohecho de funcionarios. Por un lado, se refieren a la calidad de "funcionario" y, por el otro, con el fin de protección de la norma de que se trata, el cual, ocasionalmente, puede derivarse sólo a partir de una inserción sistemática en el contexto de regulación. A partir de estas dos cuestiones previas se concluye el campo en el cual están regulados los tipos de cohecho de funcionario.”*

### **a) Definición de la calidad de funcionario**

*“Una delimitación y descripción del círculo de autores afectado desde el aspecto pasivo y desde el del compañero del cohecho activo constituye una condición previa para el esclarecimiento de las siguientes cuestiones. No siempre se parte de un modelo de definición similar al del derecho penal alemán. Los ordenamientos jurídicos presentan los más diversos criterios de distinción. Por cierto, no es posible realizar aquí una descripción completa de todos los matices de los respectivos conceptos de funcionario como elementos del tipo de cohecho. Existen también ciertas posibilidades de tratamiento calificado para ciertos grupos destacados de funcionarios, tal como en el ámbito de la justicia.*

*En muchos Estados, el tratamiento del cohecho de funcionarios se vincula a una definición, que, en sentido amplio, debe ser proporcionada por la delimitación entre el ámbito público y el privado. En Alemania, no existe ninguna duda en cuanto a que el cohecho de los empleados -de ellos se trata, por lo general, en el sector privado- es igualmente punible. La punibilidad del cohecho de empleados en la economía privada -en tanto está regulada-, también en otros Estados está asegurada fundamentalmente mediante normas propias. Por cierto, existe en los diversos Estados algunas divergencias para una estricta separación de ambos ámbitos. Puede mencionarse aquí, por ejemplo, a Inglaterra y Gales "1. Sin embargo, no existe allí una equiparación básica entre el ámbito privado y el público. También otros Estados conocen, por lo menos, flexibilizaciones en cuanto a la separación de los ámbitos, que si bien se cuentan todavía en el sector público, afectan el tráfico económico, configurado según formas de derecho privado. Corresponde mencionar aquí, por ejemplo, a Grecia y Austria, las cuales, en regulaciones diversas, prevén una ampliación verdaderamente extensa. Se conserva, sin embargo, la referencia al sector público.*

*Para generalizar, se puede sostener que un gran grupo de ordenamientos jurídicos utiliza para la caracterización del concepto de funcionario público, categorías similares a las del concepto alemán, al menos, en sus efectos. Sin embargo, no es inusual que los conceptos subyacentes sean más amplios. Por ejemplo, frecuentemente quedan comprendidos también los diputados o algunos otros conjuntos de personas. Son Estados con "conceptos de funcionario similares" en sentido amplio, sin embargo: Bélgica, Inglaterra y Gales, Francia, Grecia, Italia, Japón, Colombia, Países Bajos, Austria, Portugal, Suiza, España, Eslovenia, Turquía, Estados Unidos de Norteamérica-en este caso, también respectivamente, California y Nueva York-. Además, se J*



debe señalar que este grupo, a su vez, admite una graduación, en tanto Bélgica, Francia y los Países Bajos no cuentan con una definición general y exacta. Aquí se utilizan categorías relativamente abiertas. Pero, de este modo, pueden quedar comprendidas, por ejemplo, personas de ámbitos marginales al sector público, en los cuales son ejercidas funciones "públicas" por particulares sin la posición formal de funcionario, o aquéllos que cumplen funciones en empresas públicas monopólicas. En la mayoría de los países analizados puede constatarse una comprensión del funcionario o del titular de funciones públicas funcional, de tal modo que no sólo una posición formalmente definida lleva a la aplicabilidad del tipo.

Pero no sólo estos Estados prevén ampliaciones del ámbito de los funcionarios a personas que, en sentido estricto, no son entendidas como tales. En los Estados que conocen una definición más estricta, la ampliación del círculo de autores se produce a través de diversas vías, pero con resultados comparables. Muchas regulaciones describen aquí en forma poco precisa, y permiten a través de cláusulas generales, una apertura, comprendiendo a ciertas personas que, por lo menos materialmente cumplen funciones "públicas", sin ser "funcionarios" formalmente. En cambio, en Grecia, se puede recurrir a un concepto de funcionario público ampliado que, aparentemente, rige para numerosos delitos con connotaciones de derecho penal económico, y que describe en forma enumerativa qué personas quedan comprendidas. Ampliaciones parciales que, sin embargo, sólo resultan comparables desde el punto de vista de la técnica de regulación, se producen, por ejemplo, también en España, dentro de los tipos de cohecho. Otro es el camino seguido por Austria. Allí se prevén tipos especiales, los cuales se encuentran igualmente orientados a ciertos grupos de personas del ámbito público. Aquí la delimitación, sin embargo, no se realiza por medio de una enumeración, sino que se encuentra fuertemente apoyada en criterios formales. Esto significa que no sólo se amplía el concepto de funcionario público, sino que se crea una nueva categoría. Diferente a lo que ocurre en Grecia, de este modo se alcanza una delimitación más fuerte en cuanto al contenido, la cual, sin embargo, puede conducir a una considerable ampliación del ámbito punible.

En la mayoría de los Estados democráticos analizados, se realizan esfuerzos de fundamentación relativamente grandes, a fin de delimitar a los funcionarios de otras personas, que tienen puntos de partida diferentes, pero, aparentemente, con consecuencias comparables. Las diferencias, en parte, se encuentran fundamentadas en la técnica de la definición. Existen Estados que conocen definiciones legales detalladas, los que las prevén sólo brevemente, u otros, que no definen conceptos decisivos. Pero, en última instancia, todos los caminos conducen a un resultado comparable: de lo que se trata es de evitar la inclusión de conjuntos de personas demasiado amplios y típicamente irrelevantes en el ámbito de aplicación del delito de cohecho de funcionario.

Condicionadas por el anterior ordenamiento social socialista, Polonia, y hasta hace poco, tampoco Rusia, no diferenciaban entre el sector público y el privado, y abarcaban un ámbito muy extenso. En Polonia se realiza una diferenciación fuertemente orientada a la actividad. En China, hasta hace poco tiempo, no se realizaba una diferenciación del ámbito público y el privado con relación a los Hechos de cohecho. Allí se produjo una extensa ampliación de los círculos alcanzados. En primer lugar, se fundan en el concepto del "personal de trabajo estatal". En él quedarían comprendidas otras personas además de los funcionarios. En todos estos Estados, de esta forma, se incluían ámbitos muy extensos.

En 1994, en Eslovenia, fue promulgado un nuevo Código Penal, el cual, por cierto, en lo que hace al cohecho de funcionarios, se encuentra fuertemente orientado al derecho anterior, aun cuando, con todo, ya se toma en consideración la transformación del ordenamiento social.

*Mientras que en este dictamen, con relación a Polonia, lo que pudo hacerse principalmente es una interpretación de las normas existentes, pero sin que pudiera conocerse la discusión, en lo que atañe a Rusia, es posible remitir a detalladas reflexiones. Allí fueron creados en el derecho penal tipos separados para el cohecho de funcionarios y el de empleados. También en China existen actualmente tipos separados.*

*Un problema especial en el tratamiento de las constelaciones, por ejemplo en Rusia y Eslovenia, es la cuestión de la privatización de la antes propiedad "social".*

*Suecia constituye un caso especial. Aquí los funcionarios en el servicio público, así como los empleados en sectores públicos y de la economía privada, en lo esencial, se encuentran equiparados. También allí, en lo fundamental, el cohecho de funcionarios es punible. Sin embargo, se sigue un principio de solución absolutamente autónomo, que conduce a una equiparación amplia de las posiciones de funcionarios y empleados de la economía privada. El criterio esencial no es el concepto de funcionario público o titular de una función, sino el del empleador, junto al cual pueden aparecer otras personas que se encuentran equiparadas a él, como también aquéllas que en alguna otra forma ejercen funciones soberanas. De este modo se ha creado como característica de partida, junto a la otra ya existente, prácticamente un género para funcionarios y empleados.*

*En primer lugar, resulta interesante señalar qué ventajas presenta este camino frente al tratamiento "convencional". Al respecto, debe mencionarse aquí, por un lado, el elemento psicológico, pero, por el otro, tampoco puede eludirse el efecto de simplificación. La equiparación del cohecho de funcionarios y de otras personas activas produce que la opinión pública perciba en forma totalmente diferente delitos correspondientes también en el nivel no público. Con estas normas deberían quedar cubiertos todos los ámbitos públicos y de la economía privada. Sin embargo, existen cuestiones que realmente exigen consideraciones críticas. La equiparación entre los ámbitos público y privado no se lleva a cabo en forma completa. El tratamiento de los funcionarios y empleados en el servicio público sigue criterios más estrictos que el del empleador privado. Para hechos de estos últimos, por ejemplos, está previsto el requisito de la instancia de la acción y, por lo general, sólo se da un caso calificado de cohecho pasivo cuando actúa un funcionario público u otro titular de una función. De este modo, nuevamente se llega a una diferenciación.*

*No en todos los Estados se utiliza el criterio del "empleador" como elemento del tipo. La posición de funcionario público -y los funcionarios públicos constituyen el grupo central de las personas designadas aquí como funcionarios- se diferencia básicamente de la del empleador. Esta diferenciación, por cierto, no es realizada por todos los Estados en forma tan estricta como en Alemania, pero predominantemente, y con referencia al círculo de funciones de los grupos correspondientes, también muy similar. Las normas suecas, de este modo, contienen tanto elementos que se asemejan a los de las otras democracias occidentales, como así también, con relación a la equiparación de funcionarios públicos y empleados, guardan una cierta semejanza con las normas en Polonia así como las anteriormente vigentes en Rusia y China.*

*Suecia ofrece el instrumentado más interesante y el menos convencional entre las sociedades democráticas, para la determinación del conjunto de personas que entra en consideración como elemento del tipo de cohecho, tanto en el aspecto activo como en el pasivo. Sin embargo, la distinción entre el cohecho de funcionarios y el de empleados en tipos particulares -como también en el derecho alemán- es considerada razonable en la mayoría de las sociedades democráticas. A pesar de ello, los suecos parecen haber hecho una buena experiencia con su concepción.*

*Los delitos que aquí interesan se vinculan, por regla general, con una posición como titular de una*



función, como funcionario público o concepto equiparable. Se utilizan otras descripciones para la caracterización como persona del ámbito del sector público. Allí se advierte que los conceptos utilizados no sólo se encuentran configurados en forma diferente, sino que también pueden aparecer diferencias básicas. Esto se ve en una medida especialmente grande en los ordenamientos jurídicos que tienen o tuvieron un corte socialista, en los que no se distingue entre el sector público y el de la economía privada. En general, se comprueba que las regulaciones, en parte, varían considerablemente. Por lo menos en los Estados con ordenamientos jurídicos democráticos, sin embargo, es posible alcanzar resultados comparables en el nivel dogmático del derecho penal. Naturalmente, cómo se presenta la realidad jurídica, es otra cuestión.”

## **b) La discusión acerca del bien jurídico**

*“En parte existe una "discusión acerca del bien jurídico" muy fuertemente delimitada. En muchos Estados, la cuestión del bien jurídico -o puntos de vista equivalentes en el contenido, pero designados de otra forma- tiene un valor relativo esencialmente menor que en Alemania. A pesar de ello, para la clasificación de los tipos, resulta importante saber qué bienes deben ser protegidos. Sin embargo, en otros Estados, con frecuencia la cuestión ni siquiera es discutida.*

*Se ven diferencias desde el punto de vista de dos grupos de Estados. Por un lado, deben mencionarse las democracias, y por el otro, los ordenamientos jurídicos anteriormente socialistas y China. Un subcaso del primer grupo, nuevamente, lo constituye la regulación sueca, la cual, por su estructura particular, coloca los acentos en forma claramente diferente.*

*Los Estados democráticos, respectivamente, persiguen ideas similares, si bien con matices. En este punto, se puede extraer un denominador común, que, sin entrar profundamente en la discusión en Alemania, puede ser reducido a lo siguiente: la cuestión esencial es la objetividad y la evidencia de las estructuras organizativas estatales. Esta delimitación, a pesar de ser una simplificación, o incluso una abreviatura, refleja todavía correctamente el tenor general. Sin embargo, se debe señalar que diversos Estados formulan distinciones dentro de los tipos de cohecho. Por ejemplo Grecia, Italia y España son Estados que realizan diferenciaciones con relación a esto. Similares reflexiones ya fueron hechas antes, principalmente también con respecto a Alemania.*

*La situación del derecho sueco es considerablemente diferente. Debido a la nivelación de los límites entre el cohecho de funcionarios públicos y de empleados por las reformas de los años setenta, aquí se encuentra en el primer plano la relación laboral o la relación configurada de cualquier otro modo. Para ambos ámbitos, por ello, se considera que el bien protegido es "el interés del empleador o del requirente de la tarea (tanto público como privado) en un cumplimiento del trabajo leal y no influenciado por terceros por parte del empleado o de quien asumió la tarea" Esta orientación de la protección es la base de la forma de regulación autónoma en Suecia. Además, no se discute que también merece especial interés la protección de la integridad del sector público, al igual que el cumplimiento de las funciones del empleado al servicio del Estado. Se pone de relieve, teniendo en cuenta tanto el sector público como el privado, la ampliación del fin de protección a la generalidad y a su confianza en un sistema estatal que funciona, así como en una economía libre. De este modo, se castigan de manera similar dos formas de conducta*

configuradas de la misma manera, que aparecen como dañosas para la sociedad, y que también lo son, pero que se encuentran estructuradas de maneras básicamente diferentes. Una afecta al sector público, y la otra, al privado. El tratamiento equiparado no deriva en primer lugar de razones de derecho penal, sino que se debe a la similitud con el cohecho de las formas de conducta socialmente relevantes, especialmente de la comisión del hecho. De ello no se deriva necesariamente la necesidad de un tratamiento equiparado.

Tal como ya se mencionó, en algunos Estados existen normas considerablemente divergentes, que si bien tratan del mismo modo a ambos ámbitos, lo hacen por motivos diferentes. Los ordenamientos de derecho penal de corte socialista tenían una comprensión totalmente distinta de la forma de funcionamiento y del contenido de regulación de los tipos respectivos, así como de su orientación a los objetivos. Aquí se encontraba en el primer plano la protección del aparato estatal en su totalidad, el cual, dado el caso, continúa gozando de una situación de predominio en los Códigos penales aún vigentes. Por lo demás, tampoco existía un sector de la economía privado digno de mención, puesto que los ámbitos de la economía eran atribuidos al Estado. Los preceptos respectivos supuestamente fueron adecuados a la nueva situación en los Estados reformados.

Finalmente, puede decirse que la división de los delitos, tal como se practica en la mayoría de los Estados analizados, no se debe a motivos bien reflexionados. Ciertamente, esto también puede afirmarse respecto del modelo sueco. Condicionado por los tipos de cohecho desusados, en Suecia, también el "bien jurídico" se aparta considerablemente de lo usual. La regulación sueca significa una amplia equiparación de materias similares desde el punto de vista del tipo, pero diferentes en cuanto a la dirección de la protección. La norma sueca no sigue la división entre el ámbito público y el privado, típica de las demás democracias occidentales analizadas, y a la cual también se orienta el derecho alemán, con sus normas separadas, en los §§ 331 y ss. StGB y § 12 UWG. La razón para la división es la orientación de la protección para los delitos en el ámbito privado, que, en la mayoría de los países, difiere considerablemente de la del cohecho de funcionarios públicos. Aquí lo que se encuentra en el primer plano es la protección de la libre competencia, que constituye una función social, pero que no se equipara a la protección del ámbito del Estado y de sus órganos, dado que allí se encuentra en juego la integridad misma del Estado. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las crecientes privatizaciones pueden conducir aquí a ciertos desplazamientos, que, bajo ciertas circunstancias, generan la necesidad de adaptación del derecho penal."

### **3. Estructura de los tipos**

"Existen ciertos esquemas básicos, que también se extienden a lo largo del derecho penal alemán, que permiten una primera clasificación de las diferentes normas sobre cohecho. Aquí serán presentadas las dos más importantes, y que son las más características para los tipos de cohecho."

### **a) Diferenciación de los tipos según cohecho activo o pasivo**

*“En primer lugar, se plantea la cuestión de si los ordenamientos jurídicos analizados han sometido a sus normas sobre cohecho a un sistema que implica un apartamiento parcial del sistema de participación utilizado usualmente. En lugar de crear tipos que comprendan a ambas partes y de tratar a los intervinientes según los modelos de autoría y participación, o de autor unitario, existentes en la mayoría de los Estados, los delitos de cohecho, en un punto, son tratados en forma considerablemente diferente. Por regla general, existen tipos respectivamente complementarios, que comprenden sólo a uno de los autores. Esta forma de regulación pudo ser comprobada en forma constante en todos los Estados analizados. Por cierto, en algunos países, casi como una tercera categoría, existe junto al cohecho activo y pasivo, la "intermediación en un cohecho".*

*Existe cohecho activo cuando actúa quien entrega el cohecho, y pasivo, cuando el alcanzado es quien recibe el cohecho. Aquí los Estados se diferencian en cuanto a la denominación de las diferentes partes, pero no en la materia. La ubicación de la regulación puede ser diferente para ambas formas, pero, a pesar de ello, subsiste una relación material estrecha entre ambas. Todos los Estados diferencian entre tales formas. En particular, existen, sin embargo, considerables diferencias entre las regulaciones particulares y las particularidades en la configuración de los diversos delitos. Al respecto, la delimitación entre cohecho activo y pasivo en algunos ordenamientos jurídicos parece ser más estricta que en otros. En parte, en el cohecho activo únicamente se hace referencia al tipo de la contraparte pasiva, o bien, existe una dependencia especial entre una forma y la otra. Esto rige, por ejemplo, en Italia, Colombia y Austria, pero también puede comprobarse en otros Estados como por ejemplo, Japón, Suecia y España, en una forma más atenuada.*

*Con frecuencia, la separación entre cohecho activo y pasivo tiene como consecuencia algunas otras diferencias. Por regla general, los marcos penales son diferentes. Pero esto no rige siempre. También la aplicación de las "regulaciones del testigo de la corona"-o bien, de normas comparables- puede depender de si se trata de un delito de cohecho activo o pasivo. Los delitos de cohecho activo y pasivo, básicamente enfrentados y complementarios entre sí no siempre se presentan como perfectamente congruentes. En parte, ciertos tipos sólo son formulados para una u otra de las partes, pero las formas de conducta contrapuestas no son punibles, o no lo son en igual medida. Esto rige especialmente, por ejemplo, para formas de cohecho activo. También los tipos del "trafic d'influence", o formas de conducta similares penadas en los diferentes Estados, pueden distinguirse según si está alcanzada la parte que entrega o la que recibe.*

*Una característica fundamental, y constatada en todos los Estados es, de este modo, la diferenciación de los tipos según se trate de cohecho activo o pasivo. Este criterio de diferenciación, sin embargo, no constituye un indicio de que en las diferentes normas penales de los países se utilicen criterios uniformes. Antes bien, aquí recién comienzan las verdaderas y amplias diferencias de las regulaciones.”*

## **b) Diferenciación de los tipos según cohecho simple o agravado**

*“Los tipos de los delitos de cohecho también pueden ser diferenciados según su importancia. Con relación a esto, existe una diferenciación según se trate de cohecho “simple” o “agravado”. El cohecho agravado constituye una forma calificada del simple. Sin embargo, no se trata de una calificación de cualquier clase, sino de una especial, orientada a la calidad de la acción funcional. En este sentido, sólo existe cohecho agravado cuando la acción funcional pretendida, objeto del acuerdo del cohecho, considerada aisladamente, es antijurídica. Si la acción funcional prevista, en cambio, era adecuada a derecho, entonces se trata solamente de cohecho simple. Con divergencias en cuanto a la formulación, en muchos Estados la diferenciación se realiza de este modo.*

*Carecen de importancia aquí otros elementos calificantes que también pueden ser relevantes en los delitos de cohecho. Su sentido reside únicamente en la clasificación según la gravedad, pero no según los grupos de delitos. Más adelante se volverá sobre el particular.*

*La mayoría de los ordenamientos jurídicos conocen diferenciaciones entre cohecho simple y agravado, con configuraciones diferentes. En particular, no en todos los Estados están amenazadas con pena todas las formas de cohecho simple. Por lo demás, hay Estados que agravan numerosos tipos especiales para casos de cohecho agravado, pero también de cohecho simple. Existen formas totalmente diferentes. Esto rige parcialmente también para cohechos cometidos con posterioridad a la ejecución de la acción funcional, que sólo son punibles en ciertos casos o caen bajo normas particulares. Además, se plantea la cuestión de cuándo es antijurídica una acción funcional. La pregunta puede exigir muy complejas respuestas.*

*Sin embargo, también existen ordenamientos jurídicos que no prevén la distinción entre las conductas de cohecho simple y agravado. Esta concepción es seguida por países totalmente diferentes. Cabe mencionar aquí: Inglaterra y Gales, Francia, Grecia, Rusia, Suecia y también China. En Italia hubo propuestas correspondientes. En los Estados Unidos de Norteamérica existe un procedimiento mixto, aplicándose varios modelos.*

*Las diferencias en los Estados que realizan las distinciones, consisten, por lo regular, por ejemplo, en lo que hace al monto de los marcos penales, la prescripción y otras disposiciones que dependen de una cierta gravedad del hecho. Aquí tiene importancia también la cuestión de la aplicabilidad de ciertas medidas investigativas que dependen de un cierto grado de gravedad del delito respectivo.*

*La clasificación de las acciones discrecionales como hechos de cohecho agravado no carece de problemas. Sin embargo, con frecuencia las acciones discrecionales son consideradas acciones funcionales antijurídicas y, de este modo, atribuidas al ámbito del cohecho agravado. Pero aquí entran en consideración diferentes concepciones.*

*Se advierte que en muchos Estados se diferencia entre los cohechos según se trate de acciones funcionales conforme a derecho o antijurídicas. Cuando se hace esto, es frecuente que esta distinción también se encuentre explícita en el tipo. Aun cuando carezca de importancia material si se trata de una acción funcional conforme a derecho o antijurídica -es decir, que resulte aplicable el mismo tipo-, de todos modos, se reconoce una diferencia que se refleja especialmente en el contenido de ilícito del hecho, y con ello, en la medida concreta de la pena.”*

#### **4. Configuración de los elementos del tipo de los delitos en particular**

*“Los tipos de cohecho y los otros que van más allá utilizan una variedad de elementos típicos, cuya configuración puede ser muy diferente. A esto se agrega que en algunos Estados incluso en los tipos particulares se utilizan diferentes elementos, surgiendo de esta forma regulaciones dificultosas y complejas. Por lo demás, en otros países existen tipos considerablemente divergentes, sin su correspondiente en Alemania. Sin embargo, es posible realizar algunas sistematizaciones.”*

##### **a) El concepto de ventaja en el sentido de las normas aplicables**

*“Existen algunos elementos típicos que pueden ser constatados a lo largo de todos los ordenamientos jurídicos. Así, el concepto de ventaja es un elemento que, con variantes similares, es utilizado en todos los Estados analizados en alguna forma. En todos lados se utilizan descripciones similares, las cuales, aparentemente, difieren muy poco entre sí en cuanto a su importancia. Junto al concepto "ventaja" también juegan un papel las descripciones "ventaja patrimonial", "dinero", "ventaja personal", "dinero del cohecho", "recompensa", "contraprestación", "obsequio", "ganancia", "ventaja", "provecho", "oferta", "promesa", "propiedad" o "dádiva".*

*Al respecto, resulta fundamental, en primer lugar, la cuestión de qué se entiende como ventaja. Aquí se plantean divergencias y graduaciones, que pueden producir confusión. Partiendo de un concepto material de ventaja, se presentan diferencias. En la mayoría de los países -como en Alemania- son consideradas suficientes también las ventajas inmateriales. Aquí se remite, especialmente, a acciones sexuales. En esto hay una cierta comparabilidad con la regulación alemana. En algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, también se realiza una considerable ampliación expresa, en la que se trata de dádivas a terceros que resultan típicas.*

*En los tipos que se refieren a acciones de "trafic d'influence", los conceptos de ventaja regularmente apenas si se diferencian de los utilizados en los delitos de cohecho de funcionarios públicos en sentido estricto. Existen, sin embargo, algunas diferencias en lo que hace a los tipos de "ingérence" o de "prise illégale d'intérêts". Allí ocasionalmente se realizan ciertas diferenciaciones con relación a la dádiva.*

*La concepción acerca de qué constituye una ventaja en el sentido del tipo, en general, coincide ampliamente, aun cuando, por cierto, existen diferencias marginales.”*



## **b) El receptor de la dádiva**

*“En las normas sobre cohecho en Inglaterra y Gales, Austria, Polonia, Portugal, e Italia se considera expresamente posible y típica también la dádiva a un tercero en el marco del cohecho de funcionario público. También en España existen tales tipos de cohecho. Sin embargo, se limitan al cohecho pasivo agravado. En el derecho penal de Nueva York es igualmente suficiente con que un tercero, estimulado por el funcionario, solicite la ventaja. Un caso particular se da en Japón. Allí, básicamente, el tercero no es incluido, pero esta dádiva cae bajo un tipo especial. En Turquía, la situación se presenta algo diferente. Existe una norma que aclara ciertos conceptos relacionados con el delito de cohecho mediante definiciones legales. Allí se apoyan también en la concesión de ventajas en beneficio de otro. Sin embargo, esta ampliación no está captada por las normas particulares, por lo cual está discutido si son suficientes las ventajas a terceros. Si bien puede plantearse la cuestión de cuál es el sentido de la mención en la definición legal si, finalmente, no ha de tener validez para las normas particulares, existe por lo menos una opinión que sostiene que aquí estarían alcanzadas las dádivas a terceros. En general, se ve en algunos países una extensión también a otras personas que las de los funcionarios mismos. Estas normas de derecho penal, en esa medida, van más allá del estándar dominante en Alemania, en tanto esos Estados, junto a las dádivas a los ejecutantes, también consideran suficientes las dádivas a terceros. En el trasfondo de los esfuerzos de reforma en Alemania, esta comprobación resulta interesante y digna de ser tenida en cuenta. En algunos Estados, sin embargo, al igual que actualmente en Alemania, una dádiva a un tercero sólo es posible en la forma de las llamadas ventajas mediatas. Mediante esta descripción ya se señala que aquí, un "resto" de la ventaja, de alguna forma, debe beneficiar también al funcionario. La incorporación directa del tercero ya no requiere de esa característica.*

*Finalmente queda por determinar que los tipos de cohecho se orientan fundamentalmente en su estructura a la creación de una ventaja en beneficio del funcionario que actúa en colusión. Este principio, sin embargo, es quebrado conscientemente por algunos Estados, en tanto la ventaja también puede recaer exclusivamente en un tercero y, de todos modos, estar completo el tipo. Ocasionalmente, la punibilidad de la dádiva a terceros queda limitada a ciertas formas de hecho, tal como ocurre con el cohecho pasivo agravado en el nuevo derecho penal español.”*

## **c) La naturaleza de la acción de dádiva**

*“Para los delitos de cohecho conocidos por el derecho alemán, resulta esencial también, junto a otros elementos, la respectiva acción de dádiva, como por ejemplo, la aceptación. En este aspecto, existen en otros países, en parte, diferencias bien considerables, que no obedecen sólo a criterios formales, sino también a cuestiones de contenido. Las descripciones, a veces, divergen significativamente entre sí. En especial, las diferentes formas de dádiva exigen, en parte, cursos bien determinados. A pesar de ello, también normas aparentemente muy diferentes pueden ser reducidas a características comunes. En ellas, de lo que se trata siempre es de ofrecer la perspectiva o ya la efectiva concesión de una ventaja. Las descripciones consideran suficiente diferentes ofrecimientos de perspectivas concretas, pero exigen que ya se haya demostrado la creación potencial de la ventaja. Resulta suficiente el actuar concluyente.*



*En la mayoría de los ordenamientos jurídicos las acciones de dádiva en sus aspectos activo y pasivo son, por regla general, prácticamente reflejas, aun cuando, ocasionalmente, los tipos sólo abarcan en parte ambos aspectos. En este punto, por lo regular, para la parte activa ya es relevante el ofrecimiento descrito de una perspectiva de ventaja, mientras que la parte pasiva se caracteriza porque en ella se debe poner de manifiesto, por lo menos, la voluntad de aceptación con respecto a una ventaja determinada. Aquí, junto a un "solicitar" en sentido amplio, es obviamente suficiente la aceptación fáctica, pero, en la mayoría de los casos, también es suficiente con un manifestarse dispuesto a aceptar. En esto último, sin embargo, es en donde se producen las diferencias más notables. Las leyes penales particulares plantean exigencias diferentes en cuanto a su estrictez. Más adelante se tratará separadamente el elemento acuerdo.*

*Ocasionalmente los tipos tienen un alcance bien amplio. Esto también se ve en el ámbito de las acciones de dádiva. Un ejemplo de esto lo constituye Suecia: un enfermero activo en el servicio social público ya es punible por cohecho con sólo ayudar a la persona bajo su cuidado en la redacción de un testamento, a pesar de saber que es posible que vaya a haber en él disposiciones que lo beneficien, o que ello va a ocurrir efectivamente. Esta penalización amplia es inusual. Sin embargo, aquí se ve claramente que en la frontera entre la corrupción y la conducta no punible el péndulo puede orientarse velozmente en una u otra dirección."*

#### **d) Acción funcional u otra acción relevante**

*"Por lo regular, los tipos de cohecho de funcionario se vinculan a una acción propia de la función. Regularmente, debe tener por lo menos carácter funcional, aun cuando no exista para el caso concreto la competencia territorial o material. Ocasionalmente existen restricciones con respecto a acciones funcionales futuras. Esto es lo que se practica en Bélgica, Francia y Suiza. También en Turquía existe una constelación especial, en tanto el acuerdo ilícito no se produzca ya con anterioridad a la acción funcional. En algunos Estados -como por ejemplo España y los Países Bajos- existen tipos especiales para ciertos cohechos posteriores a la acción funcional."*

#### **e) Autor del cohecho activo**

*"El cohecho activo, básicamente, puede ser cometido por cualquiera. Esto se ve en todos los países analizados. En algunos países, además, también pueden ser autores de cohecho pasivo las personas jurídicas. Pero éste no es un fenómeno penal propio del cohecho, sino que se debe solamente a que el respectivo ordenamiento jurídico conoce la punibilidad de las asociaciones. Cabe mencionar aquí a Inglaterra y Gales, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. En Inglaterra y Gales, aparentemente, también el cohecho pasivo puede ser cometido por personas jurídicas."*

## **f) El monto de la ventaja patrimonial y otras posibilidades de corrección de los tipos**

*“En el análisis de numerosos países se advierte una divergencia muy considerable con el derecho alemán en cuanto a los mecanismos que sirven para frenar la captación de formas de conducta que no son dignas de pena en el cohecho simple. En Alemania, con frecuencia se menciona el concepto de la adecuación social, que es traído a colación junto a otros puntos de vista, los cuales, sin embargo, se encuentran en una relación de tensión no del todo aclarada con las regulaciones de permisos de los tipos de cohecho de funcionario alemanes.*

*También en otras culturas y sistemas jurídicos, en su mayoría, se intenta en el caso del cohecho pasivo excluir la punibilidad de ciertas formas de hecho. En algunos países se utiliza como punto de orientación para ello el valor de la ventaja. Esto ocurre claramente en Austria, en donde este valor ya es introducido en la ley, y se utiliza una cláusula de insignificancia. En otros Estados, tales como Inglaterra y Gales o Francia, tales puntos de vista pueden ser relevantes para la discrecionalidad de la persecución penal o, por lo menos, adquirir importancia para la determinación de la pena o ser consideradas en el marco del acuerdo de corrupción. Algo similar ocurre en Japón. Allí se rechaza un cohecho penalmente relevante en el caso de pequeños obsequios en el marco de lo socialmente habitual; además, aquí también rige una amplia discrecionalidad para la persecución, que es aprovechada. En el grupo de Estados que se apoyan en la "habitualidad social" se cuentan, además, Colombia, Portugal y España, que, en principio, tampoco subsumen en el tipo de cohecho a las dádivas socialmente adecuadas. En Turquía existe expresamente en la ley cierta posibilidad de atenuar la pena en caso de insignificancia. Por lo demás, allí los casos de bagatela son excluidos por (falta de) causalidad. Dádivas insignificantes no son consideradas suficientes para la realización del tipo, pues en caso de desproporción entre la dádiva y la acción funcional no sería posible hablar de una influencia. Entre otras propuestas de solución, en Alemania se sostiene que en el marco del llamado acuerdo ilícito debe adquirir relevancia el aspecto de la adecuación social. Algo similar ocurre, por ejemplo, en Grecia, y en las consecuencias, por lo menos en el cohecho simple, también en Italia. En China existen tres categorías de obsequios que no conducen a la punibilidad, para lo cual adquieren importancia diferentes puntos de vista.*

*Diferentes ordenamientos jurídicos conocen, con relación a los tipos de cohecho, otras posibilidades de delimitar el aspecto de la adecuación social o ámbitos similares. En Inglaterra y Gales se exige que se dé el elemento corruptly. Con ello se quiere significar que la dádiva debe producirse en forma corrupta, es decir, que la acción se realice con "conciencia de la antijuridicidad".*

*En Suecia, otro elemento del tipo tiene una importancia destacada. Se trata de un elemento valorativo, descrito como incorrección de la dádiva. Existe una serie de indicios que permiten deducir la presencia de la incorrección. Uno de ellos es la antijuridicidad de la acción del servicio. En ese caso, por lo general, también existirá una dádiva incorrecta. La valoración general, necesaria para la clasificación, se apoya decisivamente en la idoneidad para influenciar desde el punto de vista de una acción de servicio. El marco para ponderar esto se mueve entre dos polos. En un extremo se encuentra el monto de la dádiva material, como indicio para la incorrección, y en el otro, se ubican la cortesía y la adecuación social, las cuales pueden hacer aparecer a la aceptación de la dádiva como incorrecta o admisible, según la situación concreta. Los obsequios*

de cortesía, y en parte también, las invitaciones comidas de trabajo, o similares, bien pueden encontrarse por debajo del umbral de lo punible. También por este medio pueden alcanzarse modificaciones al tipo penal.

*En los Estados Unidos de Norteamérica se exige para los delitos de cohecho una intención que debe estar orientada a una relación de intercambio entre el que entrega y el que recibe en el sentido de un "quid pro quo". Este elemento es el que proporciona la delimitación de las dádivas no permitidas. En cierta forma, la intención del cohecho puede ser vista también como reemplazo para el llamado acuerdo ilícito. Si no existe la intención de cohecho, el tipo no está completo.*

*De este modo, igualmente pueden eliminarse ciertas dádivas del ámbito de aplicación, por lo menos, de estos delitos.*

*A pesar de los caminos parcialmente divergentes, se puede reconocer que en todos los países existe la posibilidad de excluir ciertas dádivas del ámbito de las acciones punibles. En tal medida, parece haberse reconocido una necesidad general para esa restricción. Mientras que una gran cantidad de Estados considera a la adecuación social como el criterio decisivo, otros utilizan otras vías para llegar a similares resultados."*

### **g) Tipos calificados**

*"En diferentes ordenamientos jurídicos existen tipos calificados que no se basan solamente en la distinción entre cohecho simple y agravado en el sentido expresado más arriba. Cabe mencionar aquí, por ejemplo, Italia, Japón, Polonia, Suecia, España, Rusia y Turquía. Aquí entran en juego diferentes criterios. De este modo, por ejemplo, en España -y en principio también en Italia- se ha llegado a una muy compleja regulación general. Mientras que Suecia y Rusia, en principio, no formulan la diferenciación entre cohecho simple y agravado en el sentido de la terminología utilizada más arriba, España, Turquía, Polonia e Italia sí conocen esta distinción. Allí, sin embargo, las diferenciaciones van más allá y en parte, muy detalladamente. Pero de allí no resultan, en lo esencial, nuevos delitos, sino sólo variaciones, las cuales, en su mayoría, podrían ser abarcadas también por el derecho penal alemán. Ciertamente, la gran cantidad de tipos particulares permite una diferenciación más fina entre las distintas formas de comisión. Sin embargo, ocasionalmente conduce también a cuestiones de concurso que son solucionadas por la ley. En Japón existe igualmente una calificación, el "cohecho por encargo". Es una forma de cohecho caracterizada, aparentemente, por un encargo más concreto que el cohecho en el sentido del tipo básico.*

*En Turquía se da una constelación digna de mención. Allí se antepone a los delitos de cohecho una definición legal que establece qué debe entenderse como cohecho en el sentido de los delitos de cohecho. En ella se apoyan los tipos particulares.*

*La estructura típica se diferencia considerablemente en los distintos Estados. En parte existen tipos calificados que describen delitos inusuales para el derecho penal alemán y, de este modo, se acuñan tipos no previstos como tipos penales diferentes en Alemania. Pero, en general, las consecuencias resultan comparables. Sin embargo, existen ordenamientos jurídicos que no prevén calificaciones."*



## **h) Tipo subjetivo**

*“En general, el dolo sólo es necesario en forma no calificada. Aquí existen pocas particularidades. Por cierto, en los delitos correspondientes, por ejemplo, en Italia y en los Estados Unidos de Norteamérica se requiere la intención de cohecho.”*

## **i) Tentativa**

*“La delimitación entre tentativa y consumación, en tanto también la tentativa sea punible, no carece de problemas. Al respecto, puede sostenerse que en todos los ordenamientos jurídicos que consideran posible la punibilidad también de la tentativa en los delitos de cohecho, esto parece ser más bien de naturaleza teórica. Esto se debe suponer dado el adelantamiento típico de la consumación de los delitos de cohecho. En esa medida, existen al respecto sólo pocas reflexiones que podrían realizarse desde la perspectiva alemana.”*

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Malem Seña, J. (2002) La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Serie Cla.De.Ma. Filosofía del Derecho. Editorial Gedisa. España. Pp. 32-35.
- 2 El control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España, Francia y México. 2ª edición revisada y actualizada al 12 de Julio de 2005 del Estudio de anticipación elaborado en Febrero de 2003. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Consultado 04/10/2010. Fuente [http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios\\_pdf\\_estudios/nro316.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro316.pdf)
- 3 Rodríguez, M. (2005) Actos de corrupción en América Latina: Soborno y Enriquecimiento Ilícito. Edición Fundación Institucionalidad y Justicia. República Dominicana. Pp. 83-94.
- 4 Überhofen, M. (1997) La corrupción en el derecho comparado. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Alemania. Pp. 22-54.