

**HÉCTOR OLASOLO
DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Directores Académicos

**SOFÍA LINARES BOTERO
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO**

Coordinadoras

35

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

**Particular atención a la
corrupción asociada al crimen
organizado transnacional**

PARTE I

**Cohecho, malversación, tráfico de
influencias, abuso de funciones, prevaricato,
enriquecimiento ilícito y administración desleal**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
DESDE LA PARTE ESPECIAL
DEL DERECHO PENAL**

**Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**

PARTE I

**Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones,
prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal**

Volumen 35

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e
Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)*

*y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Particular atención a la corrupción
asociada al crimen organizado
transnacional

PARTE I

Cohecho, malversación, tráfico de influencias,
abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento
ilícito y administración desleal

Volumen 35

Directores Académicos

HÉCTOR OLASOLO

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Coordinadores

SOFÍA LINARES BOTERO

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

LAURA VACCA MOYANO



tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-456-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y a Minciencias por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y el IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A María Juliana Conde Arias, Andrés Felipe Canizo, Mariana Molina Flórez, Laura Vacca Moyano, Pedro Montaña Vélez y Valentina Ramírez Barrera, por su apoyo durante la preparación del manuscrito.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadoras	19
Autores	21
Abreviaturas	25
Prólogo	29
<i>Adán Nieto Martín (España)</i> <i>Director del Instituto de derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla y La Mancha, UCLM (España)</i>	

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva	37
<i>Héctor Olasolo (España/Colombia), Demelsa Benito Sánchez (España), Daniel Sansó-Rubert Pascual (España) & Norberto Hernández Jiménez (Colombia)</i>	

1. CORRUPCIÓN PÚBLICA

Capítulo 1. El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales	65
<i>José Luis de la Cuesta Arzamendi (España), Isidoro Blanco Cordero (España) & Miren Odriozola Gurrutxaga (España)</i>	
Capítulo 2. El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas	175
<i>Marco Scoletta (Italia) & Sara Bianca Taverniti (Italia)</i>	
Capítulo 3. La malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos	257
<i>Jean Pierre Matus A. (Chile)</i>	
Capítulo 4. El delito de tráfico de influencias	289
<i>José Raúl Béguelin (Argentina), Leandro A. Dias (Argentina) & Agustina Szenkman (Argentina)</i>	

Capítulo 5. Prevaricato y abuso de funciones del cargo	329
<i>David Ricardo Romero Espinosa (Colombia)</i>	
Capítulo 6. El delito de enriquecimiento ilícito cometido por funcionario público	367
<i>Juana Del-Carpio-Delgado (España)</i>	

2. CORRUPCIÓN PRIVADA

Capítulo 7. El cohecho en el sector privado	411
<i>José Luis de la Cuesta Arzamendi (España), Isidoro Blanco Cordero (España) & Miren Odriozola Gurrutxaga (España)</i>	
Capítulo 8. Malversación o peculado en el sector privado.....	469
<i>Demelsa Benito Sánchez (España) & María Soledad Gil Nobajas (España)</i>	

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 9. Conclusiones.....	525
<i>Héctor Olasolo (España/Colombia), Demelsa Benito Sánchez (España), Daniel Sansó-Rubert Pascual (España) & Norberto Hernández Jiménez (Colombia)</i>	
Capítulo 10. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano	585
<i>Héctor Olasolo (España/Colombia), Demelsa Benito Sánchez (España), Daniel Sansó-Rubert Pascual (España) & Norberto Hernández Jiménez (Colombia)</i>	

Directores Académicos

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Demelsa Benito Sánchez (España)

Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora de derecho penal en la Universidad de Deusto, acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el derecho penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora

principal de dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de derecho penal de la universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

Daniel Sansó-Rubert Pascual (España)

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador). Miembro de la Red Latinoamericana de Análisis de Seguridad y Delincuencia Organizada (RELASEDOR) y de la Red de Conocimiento de Violencias y Criminalidad (VICRI) de Colombia. ORCID: 0000-0003-2283-1393.

Norberto Hernández Jiménez (Colombia)

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que

hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

Coordinadoras

Sofía Linares Botero (Colombia)

Profesional en Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.

Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023).

Laura Vacca Moyano (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Autores

Benito Sánchez, Demelsa (España)

Ver sección de directores académicos.

Béguelin, José Raúl (Argentina)

Procuraduría de Buenos Aires (Argentina).

Blanco Cordero, Isidoro (España)

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante. Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología. ORCID: 0000-0002-7843-7531.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis (España)

Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU. Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). Presidente honorario de la AIDP. ORCID: 0000-0002-8187-6201.

Del-Carpio-Delgado, Juana (España)

Profesora Titular acreditada como catedrática de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). ORCID: 0000-0002-7392-9422.

Dias, Leandro A. (Argentina)

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magister en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Actualmente es asistente de investigación y doctorando en la Universidad de Wurzburg (Alemania).

Gil Nobajas, María Soledad (España)

Licenciada con Diploma de Especialidad Económica y Doctora en Derecho en la Universidad de Deusto. Profesora Contratada Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho Penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

Hernández Jiménez, Norberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Matus, Jean Pierre (Chile)

Ministro de la Corte Suprema de Chile. Universidad de Chile. Universidad de Chile (Chile).

Odrizola Gurrutxaga, Miren (España)

Profesora de Derecho Penal de la UPV/EHU. Miembro del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). ORCID: 0000-0002-2976-4755.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Romero Espinosa, David Ricardo (Colombia)

Abogado, filósofo y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor de cátedra en el pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Se ha desempeñado como

abogado en la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Colombia).

Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España)

Ver sección de directores académicos.

Scoletta, Marco María (Italia)

Profesor asociado en Derecho Penal en el Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” de la Universidad de Milano (Italia).

Szenkman, Agustina (Argentina)

Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina).

Taverriti, Sara Bianca (Italia)

Investigadora postdoctoral en Derecho Penal de la Universidad de la Insubria (Como) y, de forma previa, de la Universidad de Milán (Italia). Licenciada en Derecho y doctora en Derecho Penal por la Universidad de Milán (Italia), con una Maestría en Profesiones Legales por la misma universidad, y abogada. Investigadora responsable por Italia del Proyecto “Safe reporting of crime for victims and witnesses with irregular migration status in the USA and Europe” de la Universidad de Oxford (Reino Unido) e investigadora del proyecto europeo “VISA RoC - Victims with Irregular migration Status’ sAfe Reporting of Crimes”. Participa en proyectos y enseña en cursos universitarios, postuniversitarios y doctorales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, justicia restaurativa, violencia de género y derecho penal. Ha sido Visiting Scholar en la Universidad de California, Berkeley, y becaria Erasmus en la Universidad Paris XII (Francia).

Abreviaturas

ADUANAS	Superintendencia Nacional de Aduanas
BEPS	Erosión de la base imponible y traslado de beneficios
CCV	Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas
CDI	Convenios para evitar la Doble Imposición
CE	Comunidad Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CF	Código Fiscal de la Federación de México
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o Convención de Mérida
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo
COT	Crimen organizado transnacional
CP	Código penal
CPP	Código de procedimiento penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CT	Código Tributario
CUAC	Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
DL	Decreto Legislativo
DP	Derecho penal
E.E.U.U.	Estados Unidos de América

FATCA	Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras
FCPA	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos o <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FFI	Instituciones Financieras Extranjeras
FGN	Fiscalía General de la Nación de Colombia
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GL	Guía legislativa
GLCM	Guía legislativa para la aplicación de la CNUCC
GLCP	Guías legislativas para la aplicación de la CNUDOT y sus Protocolos
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal o Policía Internacional
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
ISR	Impuesto sobre la renta
IVA	Impuesto al valor agregado
LA	Lavado de activos
LPT	Ley penal tributaria
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
PEP	Personas expuestas políticamente
PIB	Producto interno bruto
RPPJ	Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas
SEC	Security Exchange Commission
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
SUNAT	Superintendencia Nacional de Administración
TIC	Tecnologías de la información y las comunicaciones
TS	Tribunal Supremo de España

UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USC	<i>United States Code</i>
UTM	Unidades tributarias mensuales

Prólogo

Corrupción y crimen organizado conforma uno de esos titulares a cuatro columnas que aparece en trabajos académicos o conferencias con el fin de atrapar la atención del lector; sin embargo, en no pocas ocasiones, el interés inicial se transforma en decepción inmediata, al descubrir el lector que los contenidos que se ofrecen no se ajustan a tan rimbombante título. Por esta razón, merece toda la atención una investigación planteada con tanto rigor académico como la que tengo el gusto de prorrogar y que une a expertos de ambos lados del Atlántico. Su objetivo es bien concreto, diseñar una estrategia específica para la corrupción asociada al crimen organizado, y sus resultados no defraudan: las recomendaciones y conclusiones con que finaliza la obra debieran ser atendidas por el legislador.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) estableció como marco común para cualquier tipo de estrategia en esta materia, que habría de basarse en tres pilares: la prevención, la armonización y la cooperación judicial. El presente volumen se centra en el segundo de ellos, su eje es el estudio de los tipos penales relacionados con la corrupción con el fin de comprobar las divergencias existentes y realizar propuestas de mejora.

Resulta sorprendente que a estas alturas nos sigamos interesando por la armonización de los delitos relacionados con la corrupción. Si algo caracteriza a la política criminal internacional en esta materia es una sobreabundancia de convenciones internacionales, a la larga lista existente —y que omito aquí repetir— se ha sumado recientemente el Proyecto de Directiva presentado por la Comisión Europea en mayo de 2023 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros.

El debate que está originando esta propuesta muestra que la correcta tipificación de la corrupción, y por ello las reflexiones acerca de cómo armonizarla, no es tarea acabada. Siguiendo este debate, y en diálogo con los contenidos de la presente obra, me centraré en tres aspectos que me parecen especialmente relevantes: el pro-

blema de la asimilación (internacional/nacional y público/privado); la tipificación del tráfico de influencias y la corrupción procedente de los partidos políticos y, finalmente, el delito relativo a la entrega de una ventaja económica en atención al cargo, que a mi juicio, de una figura marginal debería pasar a conformar la figura básica en la tipificación de la corrupción, sobre todo cuando la protagoniza el crimen organizado.

Lo que he denominado el problema de la asimilación se plantea en una doble dirección: primera, ¿los tipos penales que castigan la corrupción deben asimilar a los funcionarios nacionales a los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales, deben castigarse las mismas conductas en uno y otro caso? y, segunda, ¿debe también existir una equiparación entre la corrupción pública y la privada, entre funcionarios y gestores de organizaciones privadas?

El signo de los tiempos es dar una respuesta afirmativa a ambos interrogantes. La tipificación de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales fue fragmentaria en sus comienzos y renunció a una asimilación total. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la restringió al pago de sobornos relacionados con decisiones públicas que tenían trascendencia económica para los operadores privados, se trataba fundamentalmente de atajar la corrupción en la contratación pública. Por su parte la Unión Europea (UE), en un primer momento, limitó la asimilación de la corrupción a aquellos casos en los que dañaban la protección de sus intereses financieros.

El proyecto de Directiva de la UE abandona esta fragmentariedad y propone, dentro de los tipos penales que tipifica, una equiparación total del perímetro de la corrupción de funcionarios extranjeros, nacionales o de las instituciones europeas. Con ello se despeja el camino que ya se propuso en el art. 16 de la CNUCC. Su art. 16.1, siguiendo el consenso internacional reinante en aquel momento, obliga a los estados firmantes a equiparar la corrupción en las transacciones y actividades comerciales, pero solo alienta a los Estados a que consideren la posibilidad de una equiparación total.

La presente obra constata, en este sentido, como la equiparación está ya de lege lata más avanzada en los países de la UE que en Latinoamérica o en los países anglosajones, donde aún el paradigma *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) sigue imperando. Desde el específico punto de vista, de una estrategia contra la corrupción relacionada con el crimen organizado, esta equiparación resulta imprescindible. A diferencia de la corrupción económica o empresarial, la que nace del crimen organizado se extiende a muchos más ámbitos y muy particularmente a jueces, fiscales, policías o autoridades de control. No tiene pues sentido limitar la corrupción internacional a la que tiene lugar en la actividad comercial.

Esta tarea exige necesariamente que se llegue a un consenso sobre la definición de funcionario público. En este sentido, el proyecto de Directiva de la UE también es de gran interés. En anteriores instrumentos la UE ofrecía un concepto propio de funcionario europeo e internacional, pero remitía el concepto de funcionario nacional a cada ordenamiento interno. Esta fórmula constituía un auténtico Cafarnaúm judicial. Por esta razón, la propuesta que se realiza en esta investigación de adoptar un concepto de funcionario público sobre elementos materiales debe extenderse a la consideración de funcionarios públicos de otros Estados o de organizaciones internacionales.

El segundo eje de la asimilación es la equiparación entre público y privado, entre el estatus penal de los funcionarios públicos y los dirigentes y directivos empresariales. En los últimos años en la mayoría de los países se han dado pasos en esta dirección, con la progresiva introducción de los delitos de corrupción entre particulares y de administración desleal.

En muchos ordenamientos, y España fue un ejemplo de ello, hasta prácticamente 2015, la protección del patrimonio público fue más incisiva que la del privado. El delito de malversación de caudales públicos, aunque pivotaban sobre un verbo típico tan básico como “sustraer”, había sido objeto de una interpretación jurisprudencial muy amplia, de tal modo que bajo su techo podía sancionarse tanto al funcionario público que se apropiaba de unos billetes

que custodiaba, como a los altos cargos que urdían una sofisticada red ilegal para la distribución de ayudas públicas o que adjudicaban contratos públicos vulnerando gravemente el procedimiento administrativo. El trabajo de Jean Pierre Matus muestra que esta ha sido una tendencia común en otros ordenamientos. Por esta razón, bajo su apariencia decimonónica, en casi todos los países la malversación había pasado a ser un delito de administración desleal *avant la lettre*.

La introducción en estos últimos años de delitos de administración desleal para los gestores de patrimonio privado en países latinos como España o Chile, siguiendo con más o menos fidelidad el modelo germánico de la *Untreue*, ha ido consagrando la equiparación en ambos sectores. La propuesta de Directiva de la UE consagra totalmente esta equiparación con un delito de administración desleal unitario que auna la protección del patrimonio público y el privado (art. 12). En el marco de esta tendencia, la reforma operada en España mediante la LO 14/2022 que vuelve a separar ambos caminos sólo puede explicarse por su contexto político, pero técnica y políticamente constituye un desatino, nos sitúa en un mundo al revés: el patrimonio público administrado por funcionarios públicos goza de una protección menor que el patrimonio privado.

Más allá de la malversación y del cohecho propio carece sin embargo de sentido equiparar las conductas de los gestores de bienes públicos y de los privados en relación a otros tipos penales. En contra de esta limitación, el proyecto de Directiva europeo considera, sin embargo, que el delito de abuso en el ejercicio de funciones (art. 12) también debe extenderse al ámbito privado. A diferencia de la malversación o administración desleal este precepto no exige ningún tipo de perjuicio patrimonial. Se trata de una figura de la familia de la prevaricación, donde lo relevante es cualquier tipo de desviación de poder con el fin de obtener una ventaja indebida, no necesariamente de carácter patrimonial.

Esta equiparación, que espero sea eliminada en el marco de la negociación, plantea numerosos problemas de seguridad jurídica en la gestión de patrimonios privados, en donde los márgenes de discrecionalidad de sus gestores son superiores a los de funcionarios

públicos y donde existe lógicamente una menor densidad normativa a la hora de regular sus tomas de decisión.

En estos momentos en Italia existe, precisamente, un interesante debate acerca de la reforma del delito de abuso de oficio. El gobierno considera que se trata de una figura en exceso indeterminada y que supone una amenaza constante para los cargos públicos, en cuanto que con extrema facilidad son acusados por este delito. En el marco de esta discusión, debe indicarse que el tipo penal que propone el proyecto de Directiva europea en su art. 11 (“la acción u omisión, en vulneración de la normativa aplicable, de un funcionario en el ejercicio de sus funciones, a fin de obtener una ventaja indebida para sí o para un tercero”) me parece más preciso que el tipo penal de la prevaricación del Código penal (CP) español. Quizás una hibridación entre la prevaricación y el delito de abuso de oficio, es la que ofrecería mayores garantías desde el punto de vista del principio de determinación. Se trataría, de un lado, de que la conducta típica pivotara acerca de la exigencia de una resolución manifiestamente injusta y que, de otro lado, en el tipo subjetivo se exigiera la búsqueda de una ventaja indebida por parte del funcionario público. El trabajo de David Romero es una excelente guía para adentrarse en la compleja tipificación de esta modalidad delictiva, que efectivamente es en muchos países una afilada espada sobre el cuello de los funcionarios públicos con capacidad de decisión.

Tras una profunda reflexión, las conclusiones de este estudio muestran cierto escepticismo en relación a la tipificación del delito de tráfico de influencias. Disiento de este escepticismo. La figura del tráfico de influencias cubre un espacio delictivo importante: la interferencia de los partidos políticos en la administración pública. La corrupción, y sobre todo en casos de criminalidad organizada, puede escoger dos caminos: sobornar directamente al funcionario público o financiar ilegalmente al partido político al que pertenece; el crimen organizado podría incluso hacerse con las riendas de un partido político o fundarlo. Cuando esto ocurre, y desde luego ocurre, el delito de tráfico de influencias es la figura que sirve para castigar las presiones que se hacen por parte de los miembros del partido financiado ilegalmente, para que sus cargos públicos pertenecientes tomen decisiones que favorecen a quienes les han financiado. Con-

tar con un delito de tráfico de influencias solventa en estos casos muchos problemas de prueba y permite sancionar adecuadamente al “hombre de atrás”. Desde luego, que además del tráfico de influencias, la financiación ilegal de la política —que repito, es una forma de actuación del crimen organizado— debe llevar también a incluir con urgencia un delito de financiación ilegal de partidos políticos. El que esta figura esté ausente en el debate de la armonización de los delitos de corrupción continúa siendo un *magnum mysterium*.

La tercera y última cuestión que desearía subrayar es la siguiente: en lo que se refiere a la tipificación de los delitos de cohecho, frente a la figura de la corrupción sinalagmática —doy para que me des— debe alzarse como figura principal la entrega de una ventaja en atención al cargo. Cuando existe corrupción sistémica, y la corrupción ligada al crimen organizado lo suele ser, lo usual no es proponer al funcionario público un determinado acto a cambio de una ventaja económica, sino situar al funcionario al servicio de la organización como si fuera un miembro más. Es decir, no se trata de “comprar” los servicios del funcionario público para una determinada acción u omisión en el marco de sus funciones, sino comprar la totalidad de los servicios del funcionario a cambio de ventajas más o menos continuadas, situándolo al servicio permanente de la organización. El cohecho en atención al cargo se adapta mejor a esta tipología de la corrupción. Pero además de adaptarse mejor a la esencia de muchos casos de corrupción contemporánea, esta figura tiene la ventaja de que facilita la prueba y simplifica la tipificación de estos delitos, en cuanto que hace por ejemplo innecesario el cohecho subsiguiente. Por esta razón, me parece razonable la reforma que se operó en el CP español a través de la LO 5/2010 y que subió significativamente sus penas, además de establecer también la condena del particular.

En suma, y tal como señalaba al comienzo de estas líneas, la obra que tiene en sus manos y el conjunto de la investigación en la que se enmarca es más que oportuna y un ejercicio encomiable de derecho comparado. Como bien se subraya en sus conclusiones la comparación más allá de ser un ejercicio teórico de indudable interés, constituye una de las claves para realizar una política criminal racional, es

el único laboratorio en el que los juristas podemos experimentar, y por tanto una de las mejores armas para frenar cualquier intento de populismo.

Ciudad Real (España), 7 de marzo del 2024.

Adán Nieto Martín

*Director del Instituto de derecho penal europeo en internacional
de la Universidad de Castilla y La Mancha, UCLM*

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*, su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

- (1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;
- (2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelto Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
- (3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplica-

ción del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan

en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red->

de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal.

- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.
- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-espacios-maritimos>.

men-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software Net-Logo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Análisis del fenómeno objeto de estudio (corrupción asociada al crimen organizado transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B) Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).
- C) Respuestas desde el análisis comparado de otras áreas del Derecho
- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).
- D) Respuestas desde el Derecho Internacional
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E) Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A) Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B) Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C) El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).

- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

- A) Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas
 - Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.
 - Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.
 - Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.
- B) Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto
 - Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.
 - Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.
- C) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D) Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E) Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F) Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G) Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anti-corrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I) Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J) Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K) Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M) Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la ac-

tuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho penal (el Grupo) de la Red, en ejecución del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho público comparado.

El Grupo es coordinado por los profesores Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817, y Norberto Hernández Jiménez (Colombia), en su condición de coinvestigador principal del Proyecto 71848 al cual se inscribe el Grupo. Así mismo, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de la joven investigadora y consultora Sofía Linares Botero (Colombia) y la consultora Ana María Martínez Agudelo (Colombia), ambas vinculadas a las Universidad del Rosario (Colombia).

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en al menos una de las cuatro obras colectivas desarrolladas desde agosto de 2020:

1. Amaral, Bruno (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
2. Amati, Enrico (Italia): Universidad de Udine (Italia)
3. Ariza, Libardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
4. Ballesteros Sánchez, Julio (España): Universidad de Salamanca (España)
5. Barón, Luca (Italia): Universidad de Udine (Italia)
6. Béguelin, José Raúl (Argentina): Procuraduría de Buenos Aires (Argentina)

7. Benito Sánchez, Demelsa (España): Universidad de Deusto (España).
8. Blanco, Isidoro (España): Universidad de Alicante (España)
9. Cancio Meliá, Manuel (España): Universidad Autónoma de Madrid (España)
10. Carneiro Molinaro, Wanessa (Brasil): Universidad do Estado do Río de Janeiro (Brasil)
11. Del-Carpio-Delgado, Juana (España): Universidad Pablo de Olavide (España)
12. Collantes Camacho, Juan Carlos (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
13. de la Cuesta, José Luis (España): Universidad del País Vasco (España)
14. Dias, Leandro (Argentina): Universidad de Wurzburg (Alemania)
15. Figueroa Ochoa, Juan Sebastián (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
16. Galloro, Rogerio (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
17. Gil Nobajas, María Soledad (España): Universidad de Deusto (España)
18. Goena, Beatriz (España): Universidad Pompeu Fabra (España)
19. Japiassú, Carlos (Brasil): Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil)
20. Jiménez Jiménez, Daniel Fernando (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
21. León Tamayo, Fernando (Colombia): Universidad del os Andes (Colombia)
22. López Velásquez, María Paula (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)

23. Matus, Jean Pierre (Chile): Universidad de Chile (Chile)
24. Naval Linares, Virginia (Perú): Abogada (Perú)
25. Odriozola, Miren (España): Universidad del País Vasco (España)
26. Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
27. Prado, Víctor (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
28. Romero Espinosa, David Ricardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
29. Ramírez Moncayo, Andrés Fernando (Colombia)
30. Rangell, Pablo (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
31. Santos Prada, Andrea (Colombia): Universidad Cooperativa (sede Santa Marta, Colombia)
32. Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España): Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED - España)
33. Scoletta, Marco (Italia): Universidad de Milano (Italia)
34. Szenkman, Agustina (Argentina): Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina)
35. Tavares Ferreira, Ana Lucía (Brasil): Universidad Estácio de Sá (Brasil)
36. Taverriti, Sara (Italia): Universidad de Milano (Italia)
37. Trejeos Núñez, Jessie (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
38. Valdez Silva, Francisco (Perú): Abogado (Perú)
39. Vargas, Ligia (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
40. Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia): Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

41. Yshii Meza, Luis (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
42. Zúñiga Rodríguez, Laura (España/Perú): Universidad de Salamanca (España)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de las cuatro obras colectivas que ha llevado a cabo.

Además, el día 11 de octubre de 2022 celebró un seminario virtual abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el siguiente enlace recogido supra para el Seminario Internacional 3 del Programa 70593.

El Seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez, y administrativamente por Sofía Linares Botero, abordando las siguientes temáticas:

Panel 1: Respuestas desde el derecho penal general:

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: causas para su aceptación o rechazo.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialidades en materia de actos preparatorios punibles, tentativa y formas de autoría y participación.
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Especialidades en materia de penas principales y accesorias y de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes.
- Sistemas de cumplimiento penal para las personas jurídicas que incurrir en actos de corrupción pública o privada causados por el crimen organizado transnacional.
- Las amnistías y los indultos por delitos de corrupción otorgados de manera graciable por el gobierno.

Panel 2: Respuestas desde el derecho penal especial:

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y en el sector privado.

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
- La malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público y en el ámbito privado.
- Los delitos electorales (incluyendo financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales).
- Los delitos tributarios, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez en diversos seminarios internacionales, incluyendo:

1. El III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.
2. La X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.
3. El Seminario Internacional celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Pontificia Universidad Javeriana bajo el título “Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: presentación de resultados del Proyecto 71848”, cuya grabación se puede seguir en el

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

enlace recogido supra para el Seminario Internacional 19 del Programa.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido presentadas a la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

El objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta de si los tipos penales que se recogen en los diferentes sistemas jurídicos y que se vinculan con un concepto amplio de corrupción pueden, y de qué manera, contribuir a una lucha eficaz contra este fenómeno, en especial cuando aparece vinculado al crimen organizado transnacional (COT). Entendida la corrupción, en sentido amplio, como el abuso del poder conferido para lograr un beneficio privado, se analizan aquí las figuras delictivas que pueden encajar en esa definición y que, además, coinciden con las que la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC) (2003) considera que deben ser tipificadas —o consideradas para su tipificación— por los legisladores nacionales. En ese grupo de conductas están algunos delitos clásicos, como el cohecho, que ya se castigaba en los códigos penales del siglo XIX, y otras más figuras modernas, que fueron tipificándose a lo largo del siglo XX, como el tráfico de influencias, o incluso ya en el siglo XXI, como ha sucedido, en general, con la corrupción entre particulares. En concreto, las figuras delictivas que son objeto de estudio en este volumen son las siguientes: cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado de fondos públicos, tráfico de influencias, prevaricato, enriquecimiento ilícito, corrupción en el sector privado y malversación o peculado en el sector privado. Otros delitos que aparecen estrechamente vinculados a la corrupción asociada al COT, pero que no encajan en la definición ofrecida, como los delitos tributarios, el lavado de activos, la receptación, el encu-

brimiento o la obstrucción a la justicia —algunos de los cuales sí se incluyen en la CNUCC— son examinados en el siguiente volumen de esta colección.

Esta obra trae su causa en el hecho de que, si bien los tipos penales de corrupción tienen, algunos, una larga tradición en los países de referencia, y otros van consolidándose —por ejemplo, la corrupción privada—, no puede afirmarse que estén resultando eficaces en la lucha contra el fenómeno que nos ocupa, quizá porque fueron diseñados —la mayoría de ellos— en otro momento histórico en el que la corrupción no tenía las mismas características que tiene en el momento actual. Hoy en día, la corrupción se caracteriza por la transnacionalidad, la conexión con el crimen organizado y la vinculación a la criminalidad de empresa. Este trabajo persigue, precisamente, ofrecer recomendaciones para formular o reformular los tipos penales existentes, teniendo en cuenta estos rasgos de la corrupción en el momento actual, y que sean verdaderamente adecuados para dar respuesta a la corrupción tal cual se desarrolla en la actualidad.

Ese volumen se compone de diez capítulos, en los que han participado un total de quince investigadores. El primer capítulo, a cargo de José Luis de la Cuesta Arzamendi, Isidoro Blanco Cordero y Miren Odriozola Gurrutxaga estudia los delitos de cohecho de funcionarios público nacionales, tanto en la vertiente pasiva, es decir, la relativa al servidor público que solicita, acepta o recibe el soborno, como en la vertiente activa, esto es, la relativa al particular que lo entrega, promete u ofrece. Igualmente se analizan las figuras delictivas del cohecho propio e impropio, y del cohecho antecedente y subsiguiente. El segundo capítulo, elaborado por Marco Scoletta y Sara Bianca Taverriti examina el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, poniendo el foco en la modalidad activa, que es aquella en la que se han centrado los instrumentos internacionales en materia de corrupción y las legislaciones nacionales, pero sin olvidar la modalidad pasiva, cuyo castigo se exige en los instrumentos europeos, pero que aparece como mera sugerencia en la CNUCC.

En el tercer capítulo, Jean Pierre Matus analiza el delito de malversación o peculado de fondos públicos en sus diferentes modalidades, ya sea por desviación o por apropiación. El capítulo cuarto, a cargo de José R. Béguelin, Leandro A. Dias y Agustina Szenkman, se dedica al estudio de un delito con menos tradición en los ordenamientos de referencia y que, incluso, en algunos lugares no aparece tipificado, a saber, el tráfico de influencias. El capítulo quinto, elaborado por Juana Del-Carpio-Delgado, analiza un delito que, como el anterior, es más reciente en el tiempo y que no está exento de polémica, el enriquecimiento ilícito. En el capítulo sexto, David Romero examina los delitos de abuso de funciones, con especial mención al prevaricato. Los capítulos séptimo y octavo se alejan de la corrupción en el sector público para adentrarse en el sector privado. Así, en el capítulo séptimo, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Isidoro Blanco Cordero y Miren Odriozola Gurrutxaga analizan el delito que normalmente se conoce como corrupción en el sector privado o corrupción entre particulares. Y en el capítulo octavo, Demelsa Benito Sánchez y María Soledad Gil Nobajas estudian los delitos de malversación en el ámbito privado o, en la terminología comúnmente empleada en los sistemas de referencia, los delitos de administración desleal y de apropiación indebida.

Finalmente, el capítulo noveno, a cargo de los directores académicos de la obra, ofrece unas conclusiones referidas a cada figura delictiva analizada, y unas reflexiones finales en relación con los desafíos que se presenta la regulación de estos tipos penales en la actualidad. Estas reflexiones finales dan pie al último capítulo, el décimo, que brinda unas recomendaciones a la región latinoamericana, en general, y a Colombia, en particular, para hacer frente a la corrupción asociada al COT de una manera más eficaz

La pregunta de investigación que subyace a todos los capítulos es la siguiente: ¿en qué medida los tipos penales analizados pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción organizada transnacional en América Latina, en general, y en Colombia, en particular? Los capítulos tienen una estructura muy similar. En primer lugar, se analizan los instrumentos legales internacionales y regionales más relevantes. En concreto, en el ámbito internacional, los

documentos de referencia son la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional o Convención de Palermo, del año 2000, la CNUCC o Convención de Mérida, del año 2003, así como la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, del año 1997. Los documentos legales regionales se dividen entre los latinoamericanos y los europeos. En el ámbito latinoamericano, el instrumento de referencia en la materia es la Convención Interamericana contra la Corrupción, del año 1996. En el ámbito europeo, el análisis se divide entre los instrumentos procedentes del Consejo de Europa y los procedentes la Unión Europea. Dentro del Consejo de Europa, los instrumentos de referencia son las dos convenciones sobre corrupción del año 1999, la penal y la civil. En la Unión Europea, de las diversas iniciativas que existen para combatir la corrupción (también cuando se vincula al COT), son fundamentales la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del año 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal.

Tras el análisis de los instrumentos supranacionales, los capítulos se centran en el estudio de los países de referencia, que se engloban en dos grupos: países del ámbito latinoamericano y países fuera de este ámbito. Entre estos últimos, se toman como referencia España, EE.UU. y, en ocasiones, por su relevancia en la institución analizada, se examina también la legislación de Alemania y de Italia. Son países con sistemas jurídicos diferentes entre sí, lo que aporta valor al análisis de Derecho comparado, que constituye una parte esencial de esta obra. En el ámbito latinoamericano, los países de referencia son Argentina, Brasil, Chile, Perú y México. Colombia merece un análisis más detallado en esta obra, por eso, los capítulos dedican un apartado separado al análisis de su legislación, realizándose, además, una comparativa entre el sistema colombiano y el resto de sistemas nacionales, y entre el sistema colombiano y los instrumentos regionales e internacionales de referencia. Los capítulos finalizan con unas

conclusiones y recomendaciones para los países de América Latina y, particularmente, para Colombia.

En Bogotá (Colombia), a 20 de enero de 2024.

**Héctor Olasolo, Demelsa Benito Sánchez, Daniel Sansó-Rubert
Pascual & Norberto Hernández Jiménez**

1. CORRUPCIÓN PÚBLICA

Capítulo 1

***El cohecho activo y pasivo de
funcionarios públicos nacionales***

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI*
ISIDORO BLANCO CORDERO*
MIREN ODRIUZOLA GURRUTXAGA*

1. INTRODUCCIÓN

El cohecho, también denominado en ocasiones “corrupción” o “soborno”, de funcionarios públicos ocupa un lugar privilegiado entre aquellos delitos dirigidos a luchar contra el fenómeno de la corrupción, que, si bien está presente en mayor o menor medida en todos los países, no tiene una definición comúnmente aceptada. Así, mientras la palabra corrupción procede del latín “*corruptus*”, que significaba descomposición o desintegración, la Academia de la Lengua Española atribuye al término corrupción, entre otros significados, el de: (a) “sobornar a alguien con dádivas o de otra manera”; o (b) la “práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.

Desde el punto de vista jurídico-penal ha sido tradicional identificar las conductas de corrupción con el cohecho cometido por funcionarios públicos. Hoy día se ha superado esta identificación y se incluyen en el concepto otras figuras delictivas, tanto del sector

* Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU. Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). Presidente honorario de la AIDP. ORCID: 0000-0002-8187-6201.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante. Miembro de honor del Instituto Vasco de Criminología. ORCID: 0000-0002-7843-7531.

* Profesora Agregada de Derecho Penal de la UPV/EHU. Miembro del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). ORCID: 0000-0002-2976-4755.

público como del sector privado (De la Cuesta, Blanco & Odriozola, 2022: en prensa) por: (De la Cuesta, Blanco & Odriozola, 2022, en prensa). En consecuencia, no se puede equiparar el fenómeno de la corrupción con un único tipo de delito, sino que más bien remite a un importante número de infracciones penales, que tienen algunos aspectos comunes entre sí.

Entre estas infracciones ocupa un lugar prominente el delito de cohecho o soborno de funcionarios públicos nacionales. La Academia de la Lengua Española atribuye al concepto de cohecho, entre otros significados, el de “delito consistente en sobornar a un juez o a un funcionario en el ejercicio de sus funciones, o en la aceptación del soborno por parte de aquellos”. Semánticamente se pone el acento en el carácter público de esta figura delictiva, que comprende tanto la acción de sobornar como la aceptación del soborno por el funcionario, lo que apunta a la dualidad de comportamientos que se incluyen en ella. La gran mayoría de legislaciones nacionales sancionan penalmente ambos comportamientos, los cuales encuentran también reflejo en los instrumentos internacionales más importantes en materia de lucha contra la corrupción, tanto a nivel universal como regional.

Con base en lo anterior, la presente contribución examina la regulación del cohecho, corrupción o soborno de funcionarios públicos nacionales, en la Convención de Mérida y en otros instrumentos internacionales, así como en diversos sistemas de referencia no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con una especial atención al ordenamiento jurídico colombiano y a las especificidades que su regulación pueda presentar cuando estas prácticas se encuentran vinculadas al COT.

2. BIEN JURÍDICO

Resulta generalmente reconocida la dificultad de reconducción a un concreto “denominador común” (De la Mata Barranco, 2004: 51) de las muchas y muy diversas figuras y tipos delictivos referidos en derecho comparado al cohecho, corrupción o soborno de funcionarios

públicos nacionales, y que encuentran su razón de ser en criterios no estrictamente jurídicos sino igualmente de orden ético, cuando no responden a problemas particulares, de gran impacto en la opinión pública, que han suscitado una intensa demanda de intervención penal específica. Múltiples son, en este sentido, las alternativas propuestas por la doctrina.

Así, desde la perspectiva del incumplimiento por parte del funcionario de los deberes propios del cargo, se suele identificar como referencias centrales del injusto de estos delitos a la incorruptibilidad e integridad del funcionario y el quebrantamiento de su deber de fidelidad, lealtad y probidad.

El agotamiento del desvalor propio de estos delitos en la infracción de un deber resulta muy insuficiente desde las perspectivas que defienden que el centro de atención de la intervención penal ha de estar siempre en el ataque (lesión o peligro) a un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de la protección penal, de aquí que reciban mayor respaldo las líneas que consideran al delito de cohecho como un delito contra la administración pública.

Buscando, en todo caso, una adecuada concreción del bien jurídico administración pública frente a las posturas que lo reconducen, ya sea a la autoridad y buena imagen de la institución, su dignidad y prestigio, ya sea a la voluntad estatal, “la interpretación de los delitos contra la administración desde una perspectiva orientada a los parámetros constitucionales” lleva a entender que lo protegido ha de ser el correcto funcionamiento de “la función pública como actividad de prestación a los administrados” y al servicio de los intereses generales “con eficacia y objetividad” (De la Mata Barranco, 2004: 66).

La adecuada identificación de los principios que deben regir el correcto funcionamiento administrativo se presenta en esta óptica como una tarea fundamental con vistas a la mayor concreción de aquello que se busca proteger “desde dentro” y “desde fuera”¹, esto es, para asegurar y reforzar la confianza pública en el correcto funcionamiento de la Administración. A estos efectos, suelen destacarse

¹ En la línea expresada por Rudolphi, De la Mata Barranco (2004: 88 et seq.).

como puntos de referencia la limpieza y pureza en el desarrollo de la función pública (que lleva a la prohibición de toda venalidad en el ejercicio del cargo y de la utilización, o abuso del cargo, en beneficio propio o de tercero), así como los principios constitucionales de igualdad, legalidad, objetividad y, sobre todo, imparcialidad (De la Mata Barranco, 2004: 95 et. seq.), que exigen “la ausencia de interferencias en la toma de decisiones públicas”².

3. ÁMBITOS UNIVERSAL Y REGIONAL

Si tradicionalmente los Estados solo castigaban la corrupción que afectaba a los funcionarios nacionales, con la *Foreign Corrupt Practices Act* (EE.UU.) de 1977 comenzó a perseguirse penalmente la corrupción de funcionarios públicos de gobiernos extranjeros por parte de empresas o ciudadanos americanos. Pronto se generó un movimiento similar en el plano internacional traducido en diversos textos internacionales dirigidos a asegurar el indispensable “esfuerzo conjunto a escala internacional” contra la corrupción (Huber, 2003: 41), en el que destacan, junto al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (1977), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), también llamada “Convención de Mérida” (2003). Este “texto de naturaleza omnicompreensiva” (De la Cuesta, 2018: 822) recoge una larga lista de hechos de corrupción “lato sensu” (Mongillo, 2012: 488) tanto en el sector público como en el privado, algunos de penalización obligatoria por los Estados, y otros no, incluyendo entre los primeros el soborno de funcionarios públicos nacionales, así como la solicitud o aceptación de un beneficio indebido por funcionarios públicos nacionales.

La CNUCC vino precedida cronológicamente por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT), también denominada Convención de Palermo, aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Preocupada por la tan subrayada conexión entre

² En la línea de Rodríguez Puerta, De la Mata Barranco (2004: 96).

corrupción y crimen organizado, la Convención de Palermo dedica sus arts. 8 y 9 a reclamar de los Estados la tipificación como delito de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales³, siempre que, como señala el art. 3.1, sea “de carácter transnacional” y entrañe “la participación de un grupo delictivo organizado”.

Por su parte, en los marcos regionales se han desarrollado textos del mayor interés contra la corrupción. Dejando al margen los continentes africano⁴, asiático, y otras iniciativas del Pacífico, destacan entre ellos la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de 1996, y las múltiples resoluciones y recomendaciones aprobadas en el seno del Consejo de Europa, que creó en 1999 el Grupo GRECO y cuenta además con dos Convenios anticorrupción (uno en materia civil y otro en materia penal) aprobados en 1999.

En cuanto a la Unión Europea, la corrupción se recoge en el art. 83.1 del Tratado de Lisboa como uno de los “ámbitos delictivos [...] de especial gravedad y [...] dimensión transfronteriza” que reclaman el mayor nivel de armonización/aproximación penal a través de la figura de los llamados “eurodelitos” (De la Cuesta, 2017: 171 et. seq.), entre los que destacan los recogidos en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1995, y en el Convenio establecido sobre la base de la letra (c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, que entró en vigor el 28 de septiembre de 2005. Por su parte, la nueva Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a

³ Dejando en manos de los Estados “la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional”, así como otras formas de corrupción (art. 8.2 de la Convención de Palermo).

⁴ En particular, la Convención de la Unión Africana sobre prevención y lucha contra la corrupción (Maputo, Mozambique: 11.7.2003), completada en 2009 con la creación del Comité asesor africano contra la Corrupción.

través del derecho penal, se ocupa de fijar hacia el futuro la base común para la investigación y persecución de las infracciones penales en el seno de la UE (definiciones comunes de los delitos, reglas de armonización de la persecución y plazos mínimos de prescripción, sanciones mínimas comunes) (con penas de prisión para los delitos más graves)⁵.

Siguiendo el esquema generalmente establecido, tras una breve referencia terminológica, repasamos a continuación el modo en que los instrumentos internacionales más destacados se ocupan de regular las características de los sujetos, el comportamiento objetivo y el tipo subjetivo, así como las penas y demás consecuencias previstas. En el caso de la Unión Europea la atención se centrará en la Directiva (UE) 2017/1371, que, conforme a lo dispuesto por su art. 16, ha venido a sustituir al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995.

3.1. Cuestiones terminológicas: el significado de la expresión “funcionario público”

Con carácter general los textos internacionales otorgan a la corrupción de los funcionarios públicos nacionales un lugar destacado en su articulado (si bien la Convención de Mérida prefiere hablar de soborno, el Considerando 8 de la Directiva UE 2017/1371 asimila “corrupción” y “cohecho”). En todo caso, estas formas delictivas van referidas, bien como sujetos pasivos de la acción o como sujetos activos del delito, a los funcionarios públicos, un concepto que se delimita igualmente en el plano internacional.

Así, el art. 8.4 de la Convención de Palermo lo identifica con “todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado parte en el que dicha persona desempeñe esa función”.

⁵ La Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, se ocupa, por su parte, de la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

“Más amplia” (Naciones Unidas, 2012: 60) es la definición del art. 2.1 de la Convención de Mérida, para la que el término funcionario público comprende a “toda persona” que⁶: (a) ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; (b) desempeñe una función pública, incluso para un organismo o una empresa públicos, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; o (c) definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado parte.

En el plano regional, el art. 1 de la CICC entiende por “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”⁷.

En cuanto a la Directiva (UE) 2017/1371, es, junto con la Convención de Mérida, la que más pormenorizadamente define el concepto de funcionario nacional. Dispone así el art. 4.4 que:

[...] a los efectos de la presente Directiva, se entenderá por “funcionario”:

(a) El funcionario “nacional” o de la “Unión”, incluido todo funcionario nacional de otro Estado miembro y todo funcionario nacional de un tercer país; [...] ii) el término “funcionario nacional” se entenderá en referencia a la definición de “funcionario” o “funcionario público” del Derecho nacional del Estado miembro o tercer país en que la persona de que se trate ejerza sus funciones. No obstante, cuando se trate

⁶ Añade además el mismo artículo, respecto de algunas medidas específicas de prevención recogidas en el capítulo II, que “podrá entenderse por «funcionario público», toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

⁷ Asimismo, define por “función pública”, “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” (art. 1 de la CICC).

de diligencias judiciales incoadas por un Estado miembro en las que esté implicado un funcionario nacional de otro Estado miembro o un funcionario nacional de un tercer país, el primer Estado miembro solo estará obligado a aplicar la definición de “funcionario nacional” en la medida en que sea compatible con su Derecho nacional. El término “funcionario nacional” incluirá a toda persona que tenga un cargo ejecutivo, administrativo o judicial a nivel nacional, regional o local. Toda persona que ocupe un cargo legislativo a escala nacional, regional o local se asimilará a un funcionario nacional;

(b) Toda persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión o en tomar decisiones sobre esos intereses.”

El Convenio ConsEur emplea, por su parte, la expresión “agente público”, que remite, a los efectos de la Convención, a la definición por parte del Derecho nacional de los conceptos de funcionario, oficial público, alcalde, ministro o juez, integrando entre los jueces a los miembros del ministerio público y las personas que ejerzan funciones judiciales (art. 1, que define también el término “juez”, comprensivo de los miembros del ministerio público y las personas que ejercen funciones judiciales).

3.2. El cohecho activo y pasivo

Dos son las modalidades de cohecho, corrupción o soborno de funcionarios públicos nacionales definidas internacionalmente: la activa y la pasiva. Centradas en el cohecho antecedente (y sin alcanzar propiamente, por tanto, al llamado cohecho subsiguiente o por recompensa (Navarro Cardoso, 2016: 18-25), ni al cohecho de facilitación⁸), la definición típica internacional configura a ambas modalidades como delitos de mera actividad, de carácter unilateral (aun cuando, en la práctica, las conductas de corrupción supongan actividades de encuentro) (De la Mata Barranco, 2004: 119 et. seq.), caracterizados en el plano subjetivo como tipos de intención.

⁸ Esto es, el consistente en la aceptación por la autoridad o funcionario de regalos en consideración a su cargo o función, Rodríguez Puerta (2010: 470).

3.2.1. El cohecho de funcionarios públicos nacionales

El cohecho, corrupción o soborno activo de funcionarios públicos nacionales se presenta, por lo general, como un delito común, susceptible de realización por cualquiera, al no requerirse ninguna cualidad específica en los potenciales sujetos activos, que sí es exigida para los sujetos pasivos de la acción: estos han de ser, por lo general, “funcionarios públicos”, si bien en la CICC (art. VI) se incluye junto a quien detente esta condición a las “persona(s) que ejerza(n) funciones públicas”; por su parte, y como ya se ha dicho, el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa (Convenio ConsEur) prefiere aludir a “agentes públicos” y se ocupa, además, en un artículo separado (art. 4) de la corrupción de los miembros de asambleas públicas nacionales que ejercen poderes legislativos o administrativos.

La conducta objetiva típica va por lo general referida a “la promesa, el ofrecimiento o la concesión”⁹, “directa o indirectamente”¹⁰ “de un beneficio indebido”¹¹ (o “ventaja indebida” (Convenio ConsEur, art. 2; y Directiva (UE) 2017/1371: art. 4.2(b)) para el propio sujeto pasivo de la acción, esto es, el funcionario “o para un tercero”¹². Por su parte, el art. VI(b) de la CICC se refiere al “ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente [...] de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

Se trata de un tipo de intención (en concreto, de resultado cortado) (De la Mata Barranco, 2004: 192). Así, en el plano subjetivo¹³,

⁹ “Ofrecimiento” u “otorgamiento”, en el caso de la CICC.

¹⁰ “Directamente o través de un intermediario” en el art. 4.2 b de la Directiva (UE) 2017/1371.

¹¹ Beneficios “tangibles o intangibles [...], tanto pecuniarios como no pecuniarios”, Naciones Unidas (2012: 67).

¹² “En su propio provecho o en el de otra persona o entidad”, en la formulación de las Convenciones de Palermo y de Mérida.

¹³ Añade el art. 28 de la Convención de Mérida respecto de los elementos subjetivos, que “el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren

la conducta no solo debe ser dolosa, sino que ha de estar además dirigida a una específica finalidad: obtener del sujeto pasivo, esto es, del funcionario o agente público, que “actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, lo que no es preciso que se produzca efectivamente para que se alcance la consumación del delito. La Directiva (UE) 2017/1371 (art. 4.2(b)) añade, en todo caso, algo más: el actuar o abstenerse de hacerlo, “de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones”, ha de repercutir negativamente en el propio ámbito de aplicación de la Directiva: los intereses financieros de la UE que deben por tanto verse (o poder verse) perjudicados por ello.

3.2.2. El cohecho pasivo de funcionarios nacionales

El cohecho, corrupción o soborno pasivo de funcionarios nacionales constituye, por su parte, un delito especial: solo puede ser sujeto activo un funcionario público, término al que el art. VI de la CICC añade las “persona(s) que ejerza(n) funciones públicas”; por su parte, el Convenio ConsEur (que, como se ha dicho, regula en un artículo separado (art. 4) la corrupción de los miembros de las asambleas públicas nacionales que ejercen poderes legislativos o administrativos) prefiere aludir a “agentes públicos”. En todo caso, cualquier ciudadano (o entidad) puede ser sujeto pasivo de la acción.

Conducta objetiva típica del cohecho pasivo es “la solicitud o aceptación”, “directa o indirectamente”, “de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho” (esto es, del sujeto activo: el funcionario) “o en el de otra persona o entidad”.

Tanto la CICC como el art. 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1271 se separan de este tenor literal, compartido por las Convenciones de Mérida y Palermo.

El art. VI(a) de la CICC alude al “requerimiento o la aceptación directa o indirectamente [...] de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para

como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas”.

sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

El art. 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1371 evita la referencia explícita al carácter indebido del beneficio (en la Directiva, “ventaja”), y alude al hecho de que el funcionario “directamente o a través de un intermediario, pida o reciba ventajas de cualquier tipo, para él o para terceros, o acepte la promesa de una ventaja”.

En el plano subjetivo el delito es doloso, como en el caso de la corrupción o soborno activos, y se caracteriza igualmente por el ánimo del funcionario de obtención de un beneficio para sí mismo o para otra persona o entidad; un beneficio que no necesariamente ha de ser pecuniario, por lo que no se está ante un ánimo de lucro. Es igualmente necesaria la concurrencia de la finalidad específica ya aludida respecto de la corrupción activa y referida al funcionario: la actuación o abstención de actuar “en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, algo que no es preciso que se produzca para que el delito resulte consumado y cuya exigencia convierte a este tipo penal de intención en un delito mutilado de dos actos, pues la actuación o abstención de actuar queda en manos del sujeto activo (De la Mata Barranco, 2004: 192). Lo mismo es aplicable a la CICC aun cuando se exprese de un modo diverso. Por su parte, el art. 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1371, añade a la finalidad de que el funcionario “actúe, o se abstenga de actuar, de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones”, el que tal actuación o abstención se produzca “de modo que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión.”

3.2.3. Formas preparatorias, tentativa y participación

A pesar de su condición de delitos de mera actividad (De la Mata Barranco, 2004: 106), la posibilidad de castigo de la tentativa de los hechos de cohecho, corrupción o soborno activo o pasivo por parte de las legislaciones nacionales se contempla por la Convención de Mérida (art. 27.2), que anima asimismo a los Estados a plantearse el posible castigo de “la preparación con miras a cometer” esos delitos (art. 27.3). También la CICC incluye, entre los actos que los Estados han de tipificar en su derecho interno (art. VII), la “tentativa de co-

misión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos” de corrupción (art. VI.1(e)). Sin embargo, el art. 5.2 de la Directiva (UE) 2017/1371 restringe la obligación de los Estados miembros, de la adopción de “las medidas necesarias para garantizar que una tentativa (...) sea punible como infracción penal” a los delitos contemplados en los arts. 3 (fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión) y 4.3 (malversación), lo que no abarca a los actos de corrupción activa y/o pasiva de funcionarios públicos nacionales del art. 4.2.

En cuanto a la autoría y participación, mientras que el art. 8.3 de la Convención de Palermo se fija solo en la adopción de “las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice”, en el art. 27.1 de la Convención de Mérida se coloca al mismo nivel la participación como “colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”, animando igualmente a los Estados a “considerar(á) la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” (art. 24).

En el plano regional, el art. VI(1)(e) de la CICC se refiere al castigo de quien intervenga como “autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

El art. 15 del Convenio ConsEur se centra exclusivamente en el deber de los Estados de “erigir en infracción penal, conforme a su derecho interno, todo acto de complicidad en cualquiera de las infracciones penales” contempladas por la Convención.

En cuanto a la Directiva (UE) 2017/1371, se centra en la inducción y en la complicidad, cuyo castigo reclama a los Estados en relación con las infracciones penales contempladas tanto por el art. 3

como por el art. 4, lo que incluye por tanto a la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales.

3.3. Las penas y otras consecuencias jurídicas

Los textos internacionales y regionales ordenan, en general, que los hechos de cohecho, corrupción o soborno sean penados “con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos” (Convención de Mérida, art. 30.1; Convención de Palermo, art. 10.1), lo que habrá de tenerse, a su vez, presente a la hora de la eventual concesión de “la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables” de los mismos (Convención de Mérida, art. 30.5; Convención de Palermo, art. 10.4).

En el Convenio ConsEur (art. 19.1) las sanciones y medidas han de ser “efectivas, proporcionales y disuasorias” (ver también Directiva (UE) 2017/1371, art. 7.1) e incluir, en el caso de las personas físicas, “sanciones privativas de libertad¹⁴ que puedan dar lugar a la extradición”.

Los apartados 3 y 4 del art. 7 de la Directiva (UE) 2017/1371¹⁵ avanzan en la concreción de la pena al establecer que:

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones penales a que se refieren los arts. 3 y 4 sean punibles con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión cuando supongan daños y perjuicios o ventajas considerables. [...] Los daños y perjuicios o las ventajas resultantes de las infracciones penales a que se hace referencia en el artículo 3, apartado 2, letras a), b) y c), y el artículo 4 se presumirán considerables cuando dichos perjuicios o ventajas supongan más de 100.000 EUR. [...] Los Estados miembros podrán también establecer una pena máxima de cuatro años de prisión como mínimo, sobre la base de otras circunstancias graves definidas en su Derecho nacional. [] 4. Cuando una infracción penal de aquellas a que se refieren el artículo 3, apartado 2 letras a), b) y c), o el artículo 4, suponga unos daños y perjuicios inferiores a 10.000 EUR

¹⁴ En el mismo sentido, el art. 7.2 de la Directiva (UE) 2017/1371.

¹⁵ Que en su art. 8, obliga a los Estados miembros a “garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los arts. 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante”.

y unas ventajas inferiores a 10.000 EUR, los Estados miembros podrán establecer sanciones no penales.

Adicionalmente, el art. 30.6 de la Convención de Mérida anima a los Estados parte a:

[C]onsiderar(á) la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

Asimismo, y sin perjuicio del ejercicio de las facultades disciplinarias que corresponda (art. 30.8), se indica en el art. 30.7 que:

Cuando, la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) [e]jercer cargos públicos; y b) [e]jercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

Recuerda, en todo caso, la Convención de Mérida a los Estados parte que deben “promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” (art. 30.10), algo que merece “valorarse muy positivamente” (Acale Sánchez, 2015: 25), al tiempo que se autoriza a los Estados a:

[A]doptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad¹⁶ de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención (art. 41).

¹⁶ “Ya no sujeta a apelación” (A/58/422/Add.1 párrafo 40). Naciones Unidas (2012: 140).

3.4. Delincuencia organizada transnacional

El reconocimiento de que “la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos” (así Convención interamericana) está presente en los principales instrumentos internacionales, los cuales no dejan de manifestar la preocupación por la vinculación entre corrupción y delincuencia organizada; en este sentido, hasta la Convención de Mérida añadió como broche final de su mismo Preámbulo la “satisfacción” por “la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”.

Lo anterior no lleva, sin embargo, a la formulación de un concepto de corrupción transnacional que subraye “su extensión y su carácter organizado” (Olasolo & Galain Palermo, 2022: 242), ni en el caso de la Convención de Palermo, cuyos firmantes declararon como “un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como (...) la corrupción”. Critican, por ello, con razón Olasolo y Galain, “la insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción”, que merecería ser objeto de revisión (2022: 227 y 244).

Entre tanto, conviene, al menos recordar el contenido del art. 8 de la Directiva (UE) 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal. Este ordena a los Estados miembros la adopción de “las medidas necesarias para garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los arts. 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante”.

3.5. La responsabilidad de las personas jurídicas

Sí que imponen a los Estados parte las Convenciones de Mérida (art. 26) y de Palermo (art. 10) la obligación de adoptar las “medidas necesarias”, de acuerdo con sus principios jurídicos, para el estableci-

miento de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho, corrupción o soborno activo o pasivo: una responsabilidad que, “con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte”, se prevé que pueda “ser de índole penal, civil o administrativa”, y debería traducirse en “sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”, siempre “sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales” que hayan realizado los delitos.

La previsión es importante, a la vista de la frecuente utilización e implicación en los hechos de corrupción de entidades que “dentro de una aparente legalidad” operan en “los ámbitos económico (empresas con departamentos de operaciones especiales/sobornos), financiero (banca de inversión como facilitador de delitos de lavado de activos), político (partidos políticos con tesorerías que gestionan una doble financiación lícita e ilícita), social (sindicatos y organizaciones no gubernamentales que recurren también a una doble financiación lícita e ilícita) y técnico (despachos contables y firmas de abogados que facilitan o encubren las prácticas corruptas)” (Olasolo y Galain Palermo, 2022: 236).

En todo caso, la responsabilidad de las personas jurídicas merece una mayor atención en los textos regionales europeos. El art. 1(d) del Convenio ConsEur considera “persona jurídica” a toda entidad con tal estatuto en virtud del derecho nacional aplicable, excepción hecha de los Estados u otras entidades públicas que ejerzan prerrogativas de poder público y las organizaciones internacionales públicas; y en la misma línea se coloca el art. 2.1(b) de la Directiva (UE) 2017/1371, si bien, en lugar de las “entidades públicas”, alude a “organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal”.

Pues bien, tanto el Convenio ConsEur (art. 18) como la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 6) ligan la citada responsabilidad a los hechos, en nuestro caso de corrupción activa, cometidos a título de autor, cómplice o inductor por: (a) personas físicas que actúen por cuenta de la entidad (“en su provecho” para la Directiva), individualmente o como miembros de un órgano de la persona jurídica; o (b) ocupen posiciones directivas en la entidad basada en su poder de representación de la misma, su autoridad para la adopción de decisiones en

nombre de la persona jurídica o para ejercer un control en su seno. También se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica puede surgir de la ausencia de vigilancia o control por parte de las personas indicadas si resulta la causa de la comisión de los hechos por alguna persona física sometida a su autoridad.

En caso de responsabilidad se ordena la imposición de “sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas” (Convenio ConsEur, art. 19.1; Directiva (UE) 2017/1371, art. 9) de naturaleza penal o no, incluidas las sanciones pecuniarias (“multas de carácter penal o administrativo”), a las que el art. 9 de la Directiva añade otras sanciones como: (a) la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; (b) la exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; (c) la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; (d) la intervención judicial; (e) la disolución judicial; (f) el cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal”.

3.6. Otros aspectos

3.6.1. La prescripción

También se exige internacionalmente a los Estados el establecimiento de “un plazo de prescripción amplio” (Convención de Mérida, art. 29) o “prolongado” (Convención de Palermo, art. 11.5), que permita la persecución ante los tribunales de los hechos de cohecho, corrupción o soborno, y “un plazo mayor”, acompañado de la posibilidad de “interrumpir(á) la prescripción” (Convención de Mérida, art. 29), “cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia” (Convención de Mérida, art. 29; Convención de Palermo, art. 11.5).

Por su parte, la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 12.1) establece a este respecto que:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción que posibilite la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial de las infracciones penales a que se refieren los arts. 3, 4 y 5 durante un período suficiente

a partir de la comisión de esas infracciones, de modo que estos se puedan perseguir de manera eficaz¹⁷.

3.6.2. El decomiso y la incautación

Se espera también de los Estados, “en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno”, el despliegue de medidas dirigidas a autorizar el decomiso o la incautación del producto de los hechos de cohecho, corrupción o soborno, así como de los bienes, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en su comisión (Convención de Mérida, art. 31; Convención de Palermo, art. 12). El decomiso de los productos puede ser sustituido por el de otros bienes de valor correspondiente (Convención de Mérida, art. 31.1(a)); Convenio ConsEur, art. 19). Los Estados quedan además obligados a cooperar internacionalmente a estos efectos (Convención de Palermo, art. 13), remitiéndose al art. 10 de la Directiva (UE) 2017/1371, que a su vez se remite a lo dispuesto en “la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

¹⁷ Añade el art. 12 de la Directiva (UE) 2017/1371: “2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 que sean punibles con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión se sometan a investigación, enjuiciamiento, juicio oral y resolución judicial de las infracciones penales en un plazo de al menos cinco años a partir del momento en que se cometió la infracción. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros podrán fijar un plazo de prescripción inferior a cinco años pero no inferior a tres años, siempre y cuando garanticen que ese período pueda ser interrumpido o suspendido por determinados actos. 4. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para permitir la ejecución de: a) una pena de más de un año de prisión, o alternativamente; b) una pena de prisión en el caso de una infracción penal que sea punible con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, impuesta a raíz de una sentencia condenatoria firme por una infracción penal contemplada en los artículos 3, 4 o 5, durante un período de al menos cinco años a partir de la fecha de la condena firme. Este período puede incluir prórrogas del período de prescripción que se deriven de su interrupción o suspensión”.

3.5.3. La reparación y la indemnización de las víctimas

En cuanto a las víctimas, los textos internacionales no incluyen ninguna garantía específica respecto de su reparación o indemnización (Naciones Unidas, 2012: 133). Coinciden, con todo, las Convenciones de Mérida (art. 35) y de Palermo (art. 25) en imponer a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a las víctimas el ejercicio de su derecho de reparación e indemnización, en particular mediante el reconocimiento a las personas o entidades afectadas¹⁸ de la correspondiente “acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios” (Convención de Mérida, art. 35).

La Convención de Palermo añade a lo anterior el deber de los Estados parte, “dentro de sus posibilidades”, de “prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación”(art. 25.1), así como de permitir, “con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa” (art. 25.3).

4. ANÁLISIS COMPARADO DEL TRATAMIENTO DEL COHECHO PASIVO EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE REFERENCIA

4.1. Primera aproximación a la regulación normativa

4.1.1. Los sistemas no latinoamericanos: España, Italia y EE.UU.

4.1.1.1. España

En España, los tipos penales de cohecho activo y pasivo se recogen en el capítulo V del título XIX (delitos contra la administración pú-

¹⁸ Lo que debe entenderse inclusivo de “las personas jurídicas y naturales” (Z/58/422/Add.1, párrafo 37). Naciones Unidas (2012:133).

blica) del libro II del Código Penal (CP) (arts. 419-427 bis). En cuanto a las modalidades de cohecho, los arts. 419 a 422 del CP se refieren a las modalidades de cohecho pasivo, mientras que en el art. 424 del CP se regula el cohecho activo. En lo que se refiere al concepto de autoridad o funcionario público, debe tenerse en cuenta lo previsto en los arts. 24, 423 y 427 del CP. El CP español prevé supuestos en los que se contempla la rebaja de la pena (art. 425 del CP) o incluso la exención de la misma (art. 426 del CP), así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 427 bis del CP).

Las modalidades de cohecho pasivo, cometido por autoridad o funcionario público, se diferencian entre sí con base en la conducta de dicha autoridad o funcionario público: (a) la modalidad prevista en el art. 419 del CP consiste en solicitar o recibir una “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”, o aceptar ofrecimiento o promesa, “para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”; (b) el art. 420 del CP tipifica los casos en que se solicita o recibe la “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”, o se acepta ofrecimiento o promesa, para llevar a cabo “un acto propio de su cargo”; (c) el art. 421 del CP sanciona los casos en que el funcionario público o la autoridad solicita o recibe la “dádiva, favor o retribución” después de haber llevado a cabo la conducta contrapartida de la dádiva; y (d) el art. 422 del CP se refiere a los casos en que el funcionario público o la autoridad no promete ni realiza ninguna conducta contrapartida, sino que simplemente admite la dádiva o regalo “en consideración a su cargo o función”.

4.1.1.2. Italia

En Italia, el delito de cohecho se contiene en el capítulo I (*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione*) del título II del libro II del CP, en concreto, en los arts. 318-319 (cohecho pasivo) y 321 (cohecho activo). En el art. 322 del CP se tipifica la instigación a la corrupción, en concreto, a los tipos penales de cohecho de los arts. 318 y 319 del CP. Resulta imprescindible establecer la diferencia entre el delito de cohecho y los delitos de concusión (art. 317 del

CP) y de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater* del CP). Los arts. 320 y 322 bis del CP se refieren al concepto de autoridad o funcionario público. Por su parte, los arts. 323 bis y ter del CP recogen respectivamente los supuestos en los que se contempla la rebaja y la exención de la pena.

En cuanto a las modalidades del cohecho pasivo (arts. 318-319 del CP), tras las reformas operadas por las Leyes 190/2012, 69/2015 y 3/2019, el art. 318 del CP recoge el cohecho para el ejercicio de la función, mientras que el art. 319 del CP mantiene el cohecho para que se realice un acto contrario a los deberes oficiales (Mongillo, 2019: 240-247; Viganò, 2017: 259). La existencia de los tipos penales de concusión (art. 317 del CP) y de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater* del CP) constituye uno de los aspectos más problemáticos y difíciles de comprender para los interlocutores extranjeros, en tanto que dichos tipos sancionan lo que, en la mayoría de las legislaciones europeas, se sanciona a título de cohecho (Viganò, 2017: 254). Mediante la previsión de estos dos últimos delitos, el CP elimina o reduce la sanción que se debería aplicar al particular cuando el funcionario lo hubiere forzado o inducido a cometer el delito de cohecho (Viganò, 2017: 254; Mongillo, 2019: 240-247).

4.1.1.3. Estados Unidos

En lo relativo a EE.UU., debemos partir de la diferente regulación del cohecho de funcionarios públicos extranjeros y nacionales. En cuanto a la primera, la norma de referencia es *la Foreign Corrupt Practices Act* (15 U.S.C. Title 15 —Commerce and Trade. Chapter 2B— Securities exchanges), en concreto, las secciones 78m (*periodical and other reports*), 78dd (*foreign securities exchanges*), 78dd-1 (*Prohibited foreign trade practices by issuers*), 78dd-2 (*Prohibited foreign trade practices by domestic concerns*), 78dd-3 (*Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns*) y 78ff (*Penalties*). Dado que las disposiciones anti-soborno de la FCPA resultan de aplicación sólo en los supuestos en los que la conducta tiene lugar en relación con funcionarios extranjeros (*foreign officials*), incluyendo los funcionarios de

organizaciones internacionales públicas¹⁹, y no en relación con los funcionarios públicos nacionales, la citada norma se analizará en el capítulo 2 de este volumen.

En lo que se refiere al cohecho de funcionarios públicos nacionales, con independencia de que las regulaciones estatales también prevean sus propias disposiciones para sancionarlo, en el presente capítulo se analizarán los delitos federales recogidos en el título 18 del *United States Code* (en adelante, U.S.C.) que resultan de aplicación en estos casos, concretamente los previstos en la sección 201 (*bribery of public officials and witnesses*), en el capítulo 11 (*bribery, graft, and conflicts of interest*), en la sección 666 (*theft or bribery concerning programs receiving federal funds*), en el capítulo 31 (*embezzlement and theft*), en la sección 1951 (*interference with commerce by threats or violence*) y en el capítulo 95 (*racketeering*) (Henning, 2002: 828; Green, 2013: 40-42; Mendelsohn, 2020).

La sección 201 del título 18 U.S.C. contiene la norma principal que sanciona la corrupción de funcionarios públicos federales de EEUU y contiene dos tipos penales distintos: el subapartado (b) sanciona el cohecho (*bribery*), mientras que el subapartado (c) recoge el delito (de menor gravedad) de gratificaciones ilegales (*illegal gratuities*) (Henning, 2002: 829-831; Green, 2013: 40-42; Mendelsohn, 2020). La sección 666 (del título 18 U.S.C.) tipifica el soborno en

¹⁹ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (2020: 19). Las disposiciones anti-soborno de la FCPA se aplican a los pagos corruptos realizados a: (i) “cualquier funcionario extranjero”; (ii) “cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo”; (iii) “cualquier candidato a un cargo político extranjero”; o (iv) cualquier persona, a sabiendas de que la totalidad o una parte del pago se ofrecerá, entregará o prometerá a una persona incluida en una de estas tres categorías (15 U.S.C. § 78dd-1(a)(1)-(3); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)(1)-(3), 78dd-3(a)(1)-(3)). “El término “funcionario extranjero” significa cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma” (15 U.S.C. § 78dd-1(f)(1)(A), § 78dd-2(h)(2)(A), § 78dd-3(f)(2)(A)).

relación con “agentes de una organización, o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia de los mismos” cuando las mismas reciban, en el periodo de un año, beneficios superiores a 10.000 dólares con base en un programa federal. La sección 1951(b)(2) del título 18 U.S.C. (Ley Hobbs) también sanciona la corrupción pública de funcionarios públicos nacionales, ya que tipifica la extorsión bajo la protección de la autoridad oficial (*extortion under the color of official right*). Mientras que las secciones 201(b) y (c) y 666 tipifican tanto la modalidad activa como la pasiva, la sección 1951(b)(2) sólo sanciona la modalidad pasiva.

4.1.2. Los sistemas latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

Entre los sistemas latinoamericanos de referencia, analizamos el delito de corrupción en el sector público de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Así, en Argentina el delito de cohecho se regula en el capítulo VI del título XI (delitos contra la administración pública) del libro II del CP federal, cuya rúbrica es “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 256 et. seq.). Por su parte, en Brasil, el delito de *corrupção pasiva* se regula en el art. 317 del CP, el delito de *corrupção ativa* en el art. 333 del CP y el delito de concusión en el art. 316 del CP. Así mismo, mientras en Chile el delito de cohecho se encuentra en la sección IX (arts. 248 et. seq.) del CP, en México, a nivel federal, el delito de cohecho se contiene en el art. 222 del CP (en concreto, en el capítulo X sobre cohecho del libro segundo, del título décimo sobre delitos por hechos de corrupción). Asimismo, el art. 218 del CP recoge el delito de concusión.

Perú posiblemente tenga la regulación más detallada de los delitos de cohecho en los arts. 393 et. seq. de la sección IV del CP sobre Corrupción de funcionarios. Son varias las modalidades de cohecho pasivo que se recogen en la legislación peruana: (a) el cohecho pasivo propio (art. 393); (b) el cohecho pasivo impropio (art. 394); (c) el cohecho pasivo específico, de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores (art. 395); (d) el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); (e) el cohecho pasivo impropio

en el ejercicio de la función policial (art. 395-B); y (f) la corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396). En cuanto al cohecho activo, se distinguen las siguientes clases: (a) el cohecho activo genérico (art. 397); (b) el cohecho activo específico (art. 398); y (c) el cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A). Por último, el art. 398-B del CP se refiere a la inhabilitación, y los arts. 401 A y B del CP al decomiso y a la adjudicación al Estado de los bienes decomisados respectivamente.

4.1.3. Especial referencia al sistema colombiano

Los tipos penales contenidos en los arts. 404 a 407 y 433 del CP colombiano regulan los delitos de cohecho. Son tres las conductas recogidas en los mismos: el art. 405 contiene el cohecho propio, el art. 406 el cohecho impropio y el art. 407 el cohecho por dar u ofrecer. Vamos a estudiar conjuntamente los delitos de cohecho propio e impropio (que castigan lo que habitualmente se denomina cohecho pasivo) y, de manera separada, el cohecho por dar u ofrecer (que alude al denominado cohecho activo). Por su parte, el art. 404 castiga el delito de concusión.

4.1.4. Análisis comparativo

En los sistemas analizados, las modalidades activa y pasiva de los delitos de cohecho de funcionarios públicos nacionales se tipifican en el CP, normalmente en el capítulo sobre delitos contra la administración pública (salvo en Chile, donde se incluyen entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y en México, donde se recogen entre los delitos por hechos de corrupción). También en Colombia se contienen entre los delitos contra la administración pública (título XV del CP).

La mayoría de los sistemas prevén, además de la modalidad pasiva de los delitos de cohecho, la modalidad pasiva del delito de concusión (Italia, Brasil, México, Perú, Colombia y EEUU (ya que, aunque no se emplee el término concusión, la sección 1951(b)(2) del título 18 U.S.C. recoge una figura similar)), conforme al cual sólo se san-

ciona la conducta del funcionario público, mientras que la del particular queda impune por entender que el funcionario público lo ha forzado o inducido a cometer el delito de cohecho.

En vista de los problemas de delimitación y de impunidad del particular que plantea el citado tipo penal, sería aconsejable seguir las recomendaciones internacionales y adoptar el modelo de los sistemas que califican sin ambigüedades como cohecho todos los pagos ilegales a funcionarios públicos, prescindiendo del delito de concusión (de manera crítica con respecto a la legislación italiana, la cual prevé, además de los delitos de concusión y cohecho, el delito de inducción indebida, por el cual el particular es sancionado con una pena menor (Viganò, 2017: 264-267; Gambardella, 2019).

4.2. Bien jurídico

4.2.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, existen diversas posturas doctrinales en lo referente al bien jurídico tutelado por las distintas modalidades del cohecho (Blanco Cordero, 2015: 283). Así, un primer sector doctrinal defiende que se protegen las condiciones externas e internas del correcto funcionamiento de la administración pública. Un segundo sector entiende que se pretende evitar la influencia del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas y preservar su imparcialidad para así garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública (Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 382). En tercer lugar, algunos autores creen que el bien jurídico protegido es el deber y la confianza depositada en la autoridad o funcionario público (Muñoz Conde, 2021: 955). Finalmente, un cuarto grupo de autores considera que lo que se está protegiendo es “la honradez o integridad de la condición de funcionario público” como “partícipe en el ejercicio de funciones públicas” (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 698).

En Italia, también existen diversas posturas doctrinales en relación con el bien jurídico protegido. En lo referente al art. 318 del CP (cohecho pasivo para el ejercicio de la función), un sector doctrinal defiende que se protege el correcto funcionamiento de la administración pública (atendiendo específicamente al prestigio y a la legi-

timidad de la actuación de los poderes públicos), mientras que otro sector considera que se tutela el principio general de imparcialidad (Trinci, 2020: 318).

En cuanto al art. 319 del CP (cohecho para que se realice un acto contrario a los deberes oficiales), algunos autores identifican el bien jurídico protegido con el prestigio de la administración pública, otros con la prohibición de que los funcionarios públicos acepten remuneraciones privadas, y un tercer grupo entiende que se protegen los principios de imparcialidad y buena administración (Trinci, 2020: 319).

También hay quien considera que, en el art. 319 CP, se produce una compraventa de un acto contrario a los deberes oficiales y una efectiva distorsión de la actividad administrativa en beneficio del particular, mientras que, en el art. 318 CP, se produce un menoscabo efectivo del deber de probidad del funcionario y un peligro de distorsión de la actividad administrativa (cuando el funcionario público llegue a ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales) (Viganò, 2017: 260).

En el supuesto previsto en el art. 322 CP (instigación a la corrupción), el bien jurídico protegido es el mismo que en los arts. 318 y 319 CP, con la sola diferencia que en tal caso se adelanta la barrera punitiva²⁰.

4.2.2. Sistemas latinoamericanos

La mayoría de los sistemas latinoamericanos de referencia contiene estos delitos entre: (a) aquellos contra la administración pública (Argentina (título XI del libro segundo del CP), Brasil (título XI de

²⁰ Por su parte, la doctrina entiende que los bienes jurídicos protegidos en los arts. 317 (concusión) y 319 quater del CP (inducción indebida a dar o prometer beneficios) CP son la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, si bien, en el caso del primero, un sector doctrinal defiende que también se tutela la autonomía de determinación del particular en sus relaciones con la administración pública, protegiéndolo de los abusos de poder por parte del funcionario. *Vid.*: Trinci (2020: n. 317, n. 319 quater).

la parte especial del CP) y Perú (título XVIII del libro segundo del CP), o (b) los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (título quinto del libro segundo del CP de Chile).

En Argentina, la doctrina alude al “funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario en lo que respecta a su normal desenvolvimiento” (D’Alessio, 2004: 822). En Brasil, se entiende que el objetivo de la normativa es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública, especialmente en lo que respecta a la preservación de los principios de probidad y moralidad en el ejercicio de la actividad pública (Sobrinho, 2015: 27). Por su parte, en México se alude al daño al buen funcionamiento de la administración pública que suponen estos delitos (Espinosa Leal, 2021: 51). En cuanto a Chile, la posición aparentemente dominante en la doctrina apunta a que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho es el principio de imparcialidad como eje central del correcto funcionamiento de la administración del Estado (Oliver Calderón, 2021: 17). Finalmente, en Perú es mayoritaria la postura que considera que el bien jurídico protegido es la imparcialidad en la actuación de la administración pública²¹.

4.2.3. El sistema colombiano

En Colombia, el cohecho propio castiga al servidor público que recibe (para sí o para otro) dinero u otra utilidad, o acepta promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales. El cohecho impropio es bastante similar, salvo porque el servidor público recibe la dádiva a cambio de realizar un acto que, de acuerdo con sus funciones, tiene la obligación de realizar. Así, el cohecho impropio castiga al servidor público cuando acepte (para sí o para otro) dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus

²¹ Martínez Huamán (2019: 3), con referencias a la jurisprudencia de Perú.

funciones. La diferencia esencial entre ambos tipos penales consiste en que en el cohecho propio el servidor público actúa de manera contraria a sus deberes a cambio de un beneficio presente o futuro, mientras que en el impropio simplemente recibe dicho beneficio para realizar algo que, de acuerdo con las funciones que tiene asignadas, ya estaba obligado a hacer. Posiblemente esto motiva que la pena sea superior en el propio que en el impropio (Aguilar Barreto, Ureña Rolón, Vargas Mogollón & Rodríguez Botello, 2021: 617).

El bien jurídico protegido por las dos modalidades de cohecho pasivo (el propio y el impropio) es la administración pública. En concreto, la Corte Suprema de Justicia alude a los atributos que le son propios (transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros) para evitar que no se vean empañados o cuestionados por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores²². Señala que para que exista reproche penal no es necesario que la conducta haya ocasionado efectos dañinos para la administración, pues no se castiga la producción de un resultado sino “la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública”²³.

Según la Corte Suprema, se pretende así:

[...] proteger el prestigio de la administración pública y la probidad de sus servidores, de modo que su actuar intachable no ofrezca ninguna duda y que responda a los intereses generales de la sociedad, sancionando con este tipo penal la conducta del servidor público que cede ante los ofrecimientos y canonjías apartadas de la legalidad, efectuadas por terceros²⁴.

Así mismo, la doctrina subraya que “busca proteger, por encima de cualquier otra cosa, la credibilidad del Estado y de sus instituciones, al salvaguardar los principios fundamentales —transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, etc.— que deben regir todo el

²² CSJ. Cas. Penal. Sent.abr.6/2005; MP. Herman Galán Castellanos (20.403)

²³ *Ibidem*.

²⁴ CSJ, Cas. Penal. Auto 11/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (38.340). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto 27/07/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).

accionar de los servidores públicos” (Aguilar Barreto, Ureña Rolon, Vargas Mogollón & Rodríguez Botello, 2021: 618).

4.2.4. Análisis comparativo

Como se ha adelantado, debido a la diversidad de las figuras delictivas referidas al cohecho de funcionarios públicos en las distintas legislaciones nacionales, resulta complicado determinar el bien jurídico protegido y, por lo general, existen diferentes posturas doctrinales al respecto. Mientras que, en algunos países, parte de la doctrina alude al deber, honradez, integridad y probidad del funcionario público (España, Italia, Brasil y Colombia), o al prestigio de la administración pública, podría decirse que, en todos los sistemas analizados existe un importante sector doctrinal que reconduce el bien jurídico protegido al normal o correcto funcionamiento de esta última, identificando en ocasiones el principio de imparcialidad como eje central del mismo (España, Italia, Chile, Perú y Colombia), y, como en el caso de Colombia, refiriéndose a los principios de transparencia, legalidad, imparcialidad y objetividad.

4.3. Sujetos activo y pasivo

4.3.1. Sistemas no latinoamericanos

4.3.1.1. España

En España, el sujeto activo de las distintas modalidades de cohecho pasivo es la autoridad o funcionario público, por lo que se trata de delitos especiales. El art. 24 del CP contiene la siguiente definición a efectos penales de autoridad o funcionario público:

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.[...] 2. Se considerará funcionario público todo el que por

disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

El art. 423 del CP señala que también pueden ser sujetos activos “los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como [a] mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o [a] cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

Por su parte, aunque se abordará en el capítulo 2 del presente volumen, debe mencionarse que, tras las reformas operadas por la LO 5/2010, la LO 1/2015 y la LO 1/2019, el art. 427 CP incluye entre los posibles sujetos activos de las modalidades de cohecho pasivo a los funcionarios extranjeros, de la UE o de organizaciones internacionales, concretamente a los siguientes:

1. Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección;
2. Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública;
3. Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública;
4. Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

En lo que se refiere al sujeto pasivo, su configuración depende de la postura que se adopte en relación con el debate sobre el bien jurídico protegido.

4.3.1.2. Italia

En Italia, el sujeto activo de los tipos penales de cohecho pasivo de los arts. 318 y 319 del CP es el funcionario público y, conforme a la extensión prevista en el art. 320 del CP, también la persona encargada de un servicio público, en cuyo caso se prevé una reducción de la pena no superior a un tercio. El art. 357 del CP define al funcionario público desde la perspectiva penal como la persona que ejerce una función pública legislativa, judicial o administrativa (entendiendo que la función administrativa es pública si se rige por normas de derecho público y por actos de autoridad, y se caracteriza por la formación y manifestación de la voluntad de la administración pública o por su realización mediante poderes de autoridad o de certificación). Por su parte, el art. 358 del CP se refiere a la persona encargada de un servicio público (en sentido penal) en los siguientes términos: la persona que, por cualquier motivo, presta un servicio público, caracterizado éste por tratarse de una actividad regulada del mismo modo que la función pública, pero con ausencia de las facultades propias de ésta, excluyendo la realización de meras tareas de orden y de trabajos materiales. Los sujetos activos de las modalidades pasivas previstas en los apartados 3 y 4 del art. 322 del CP (instigación a la corrupción) también son el funcionario público y la persona encargada de un servicio público²⁵.

El art. 322 bis del CP incluye entre los sujetos activos de los delitos tipificados en los arts. 317 a 320 y 322 (apartados 3 y 4) a los miembros de los tribunales internacionales o de los órganos de las Comunidades Europeas, o de las asambleas parlamentarias u organizaciones internacionales, y a los funcionarios de las Comunidades Europeas y de los Estados extranjeros.

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo, se trata de la administración pública²⁶.

²⁵ También en las modalidades pasivas previstas en los arts. 317 del CP (concusión) y 319 *quater* del CP (inducción indebida a dar o prometer beneficios).

²⁶ Si bien, en el delito de concusión (art. 317 del CP), en vista de su carácter pluriofensivo, el sujeto pasivo también es el particular que ha sido sometido a la conducta delictiva. Vid. Trinci (2020: 317).

4.3.1.3. *Estados Unidos*

En EE.UU., en la modalidad de cohecho pasivo (sección 201(b) (2)), pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos y las personas seleccionadas para ser funcionarios públicos (aunque todavía no hayan asumido la autoridad pública) (Henning, 2002: 829-831). Los primeros se definen como:

[M]iembro del Congreso, Delegado o Comisionado Residente, ya sea antes o después de que dicho funcionario se haya habilitado, o un funcionario o empleado o persona que actúe para o en nombre de los EE.UU., o de cualquier departamento, agencia o rama del Gobierno del mismo, incluido el Distrito de Columbia, en cualquier función oficial, bajo o por la autoridad de cualquiera de dichos departamentos, agencias o ramas del Gobierno, o un jurado (sección 201(a)(1)).

Por su parte, los segundos son “cualquier persona que ha sido nominada o designada para ser un funcionario público, o que ha sido oficialmente informada de que dicha persona será nominada o designada” (sección 201(a)(2)).

En consecuencia, la sección 201 define de manera amplia a los funcionarios públicos, ya que incluye no sólo a los funcionarios o empleados del gobierno federal, sino también a todas aquellas personas que actúan en el desarrollo de funciones oficiales para o en nombre de los EE.UU., o de cualquier departamento, agencia o rama del Gobierno (Mendelsohn, 2020). En relación con la modalidad pasiva de la disposición sobre las “gratificaciones”, la sección 201(c)(1)(B) incluye entre los sujetos activos a los funcionarios públicos, a quienes hayan sido seleccionados para ser funcionarios públicos y a quienes hayan sido funcionarios públicos. Se trata, por tanto, en ambos casos de tipos especiales²⁷.

²⁷ Al igual que la sección 201, la sección 1951(b)(2), la cual tipifica el delito de extorsión bajo la protección de la autoridad oficial, se aplica a los sobornos relacionados con funcionarios públicos, aunque, a diferencia del primero, el segundo resulta aplicable también a los sobornos relativos a funcionarios públicos estatales y locales, además de los relativos a funcionarios públicos federales. *Vid.*: Green (2013: 40-42); Mendelsohn (2020).

La sección 666 (del título 18 U.S.C.) se promulgó en 1984 para ampliar el ámbito de aplicación de la ley federal sobre las conductas de soborno más allá de los funcionarios públicos federales (sección 201(b) y (c)), para abarcar a funcionarios públicos estatales y locales (Henning, 2002: 830; Mendelsohn, 2020)²⁸, en tanto que los sujetos activos de la modalidad pasiva son “agentes de una organización, o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia de los mismos” cuando las mismas reciban, en el periodo de un año, beneficios superiores a 10.000 dólares con base en un programa federal. Por consiguiente, nos encontramos ante un tipo especial. La misma sección 666 recoge, en su apartado (d), las definiciones de los conceptos de “agente”, “agencia gubernamental”, “local”, “Estado” y “cualquier periodo de un año”²⁹.

4.3.2. Sistemas latinoamericanos

En todos los países latinoamericanos de referencia el delito de cohecho pasivo constituye un delito especial que solo pueden cometer empleados públicos. Así, en Argentina se trata de un delito

²⁸ Según Mendelsohn (2020), incluso a los empleados de empresas privadas que reciben más de 10.000 dólares en fondos federales.

²⁹ Según la sección 666(d), “(1) the term “agent” means a person authorized to act on behalf of another person or a government and, in the case of an organization or government, includes a servant or employee, and a partner, director, officer, manager, and representative; (2) the term “government agency” means a subdivision of the executive, legislative, judicial, or other branch of government, including a department, independent establishment, commission, administration, authority, board, and bureau, and a corporation or other legal entity established, and subject to control, by a government or governments for the execution of a governmental or intergovernmental program; (3) the term “local” means of or pertaining to a political subdivision within a State; (4) the term “State” includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States; and (5) the term “in any one-year period” means a continuous period that commences no earlier than twelve months before the commission of the offense or that ends no later than twelve months after the commission of the offense. Such period may include time both before and after the commission of the offense”.

especial, donde el sujeto activo del cohecho pasivo tiene que ser un funcionario público (nacional, provincial o municipal). Conforme al art. 77 del CP, cumple con esta condición “todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Tratándose de un Juez o un funcionario del Ministerio Público, se agravará la pena y será castigado como delito de cohecho pasivo agravado, según lo previsto en el art. 257 del CP.

Por su parte, en Brasil, el tipo del art. 317 del CP, relativo a la corrupción pasiva, exige que el sujeto activo sea un funcionario público, incluso aunque actúe “[...] fuera de la función o antes de asumirla, pero por razón de ella [...]”. El art. 327 CP considera funcionario público a efectos penales a quien “incluso temporalmente o sin remuneración, ocupa un cargo, empleo o función pública”. Es equiparado al funcionario público quien “ocupa cargo, empleo o función en una entidad paraestatal, y quien trabaja para prestadora de servicios contratada o contratada para la ejecución de una actividad propia de la Administración Pública”. Incluso se prevé que se agrave la pena en un tercio cuando los autores “sean titulares de cargos en comisión o de función directiva o consultiva en un órgano de administración directa, sociedad de capital mixto, empresa pública o fundación establecida por el poder público”.

También en Chile se trata de un delito especial que solo puede cometer el empleado público. La definición de “empleado público” viene dada por lo dispuesto por el art. 260 del CP, según el cual:

[...] se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

El elemento clave de esta definición es la constatación de que el sujeto desarrolla una “función pública” y no tanto que el sujeto ostenta el cargo de funcionario público. Así mismo, la Corte Suprema ha sostenido que la función pública debe ser entendida como “función del Estado”, y que para determinar quién puede ejercer tales

funciones es irrelevante que se ocupe un cargo público, debiendo incluirse a todo aquel que “cumple tareas en el sector público”³⁰. Lo importante parece ser, por tanto, que el sujeto esté habilitado para actuar en nombre del Estado³¹.

En México, el sujeto activo del delito de cohecho pasivo previsto en el art. 222.I del CP federal es el servidor público, si bien se castiga de manera expresa al legislador federal que comete delitos de cohecho (art. 222.III). De conformidad con el art. 212 del CP Federal, se considera servidor público a:

[T]oda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales.

También se consideran servidores públicos “a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislativas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal”.

En Perú, el sujeto activo del delito es cualquier funcionario o servidor público, por lo que se trata de un delito especial propio. El art. 425 del CP define quiénes son funcionarios y servidores públicos:

Son funcionarios o servidores públicos, dice el precepto: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa; 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; 3. Quien, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones

³⁰ Causa n° 2321/2007 (Casación). Resolución n° 12588 de Corte Suprema, Sala Segunda (Penal) de 19 de mayo de 2008, considerandos cuadragésimo sexto y séptimo.

³¹ Cfr. Artaza (2016: 324).

en dichas entidades u organismos; 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades; 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

En cuanto a los diversos tipos penales, se entiende que, tratándose del cohecho pasivo propio, el funcionario o servidor público ha de tener entre sus competencias generales la realización de la acción u omisión que se solicite u ofrezca a realizar, pues el tipo del art. 393 del CP requiere que la realización u omisión se lleven a cabo en violación de sus obligaciones, es decir de los deberes que le son inherentes a su cargo. En el caso del cohecho pasivo impropio del art. 394 del CP, el sujeto activo también es el funcionario o servidor público, pero que actúa sin faltar a su obligación. A ello hay que añadir que, conforme al art. 395 del CP, relativo al cohecho pasivo específico, puede cometer este delito todo “[m]agistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores”. El art. 395-A del CP, relativo al cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tiene como sujeto activo al miembro de la Policía Nacional, que también lo es del art. 395-B del CP, relativo al cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial. Por último, el art. 396 del CP, relativo a la corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, tiene como sujeto activo al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores.

4.3.3. El sistema colombiano

Al igual que en el resto de los países de referencia, los delitos de cohecho propio e impropio en Colombia tienen como sujeto activo a un servidor público, condición que debe estar presente en el momento de comisión del delito³². Tienen la condición de servidor

³² La Corte Suprema de Justicia afirma, en una sentencia relativa al delito de concusión, que no será típica la conducta del sujeto cuando se está alejado

público las personas señaladas en el art. 20 CP: miembros de corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembros de la fuerza pública, particulares que ejerzan esas funciones de forma permanente o transitoria, funcionarios y trabajadores del Banco de la República, integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana contra la corrupción, o las personas que administran los fondos a que alude el art. 336 de la Constitución.

Se afirma que sujeto pasivo del delito de cohecho es el Estado, que es el titular del bien jurídico protegido administración pública³³. No siempre coincidirán el sujeto pasivo con el perjudicado, en la medida en que una tercera persona distinta al Estado (titular de la administración pública) resulte afectada por el cohecho. Por ejemplo, el particular cuyos intereses resultan dañados como consecuencia del pacto corrupto entre el servidor público y un tercero (Velásquez Velásquez & Vargas Lozano, 2012-2015).

4.3.4. Análisis comparativo

En todos los sistemas analizados, la modalidad pasiva del cohecho de funcionarios públicos nacionales se configura como un delito especial que sólo pueden cometer funcionarios o servidores públicos.

No obstante, la definición de funcionario público o servidor público varía de un sistema a otro. Mientras que algunos de los sistemas analizados requieren el desempeño de o la participación en el ejercicio de una función pública (Argentina), o combinan el requisito del ejercicio de una función pública con el de la prestación de un servicio público (Italia), otros sistemas se basan en que la persona ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial (México) o, de manera más amplia (combinando el criterio del cargo ostentado con el de la función pública ejercida), que ocupe un cargo o función

temporal o permanentemente de la función (p. ej. en virtud de licencia, vacaciones, permisos, etc.). CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165).

³³ En este sentido, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018: 12).

pública (Brasil, Chile, España). Por su parte, cabe destacar que en Perú y en Colombia el concepto de funcionario o servidor público no se define con base en los criterios del ejercicio de una función pública o de la prestación de un servicio público o de la ocupación de un cargo público, sino que se ofrece un listado de personas que tienen la consideración de servidoras públicas (por ejemplo, en Colombia, miembros de corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado, miembros de la fuerza pública, particulares que ejerzan esas funciones, funcionarios y trabajadores del Banco de la República, integrantes de la comisión Nacional Ciudadana contra la corrupción, etc.).

En cualquier caso, en lo que parecen coincidir la mayoría de los sistemas analizados es en no limitarse a emplear un concepto formal de funcionario público (basado exclusivamente en el cargo ocupado), sino que se basan en un concepto funcional o material de funcionario público, en el sentido de incluir en el mismo a personas que, con independencia del cargo ocupado, desarrollan o participan en el ejercicio de alguna función pública.

4.4. Conducta objetiva típica

4.4.1. Sistemas no latinoamericanos

4.4.1.1. España

En España, pueden distinguirse diversas modalidades de cohecho pasivo en función de la conducta de la autoridad o funcionario público, y todas ellas pueden clasificarse de la siguiente manera: cohecho pasivo propio (art. 419 del CP); cohecho pasivo impropio (art. 420 del CP); cohecho pasivo subsiguiente (art. 421 del CP); y cohecho pasivo de facilitación (art. 422 del CP).

La modalidad prevista en el art. 419 del CP es la más grave, puesto que tipifica el hecho de solicitar o recibir, por sí o por persona interpuesta, una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o aceptar por parte del funcionario o autoridad ofrecimiento o promesa, “para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente

el que debiera practicar”. Por consiguiente, la conducta contrapartida de la dádiva, favor o retribución de cualquier clase se configura como contraria a derecho (puede tratarse de un delito o de un ilícito de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico) y posterior a la realización de la acción típica (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 701-702; Blanco Cordero, 2015: 286-287). La exigencia de que la conducta contrapartida de la dádiva se realice “en el ejercicio de su cargo” ha sido interpretada de manera amplia por el TS, ya que requiere que la misma tenga conexión con las funciones públicas que el sujeto activo tiene encomendadas, pero sin llegar a ser necesario que sea un acto que precisamente le corresponda ejecutar en el ejercicio de sus competencias (Blanco Cordero, 2015: 286-287; Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 701-702; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 384; Muñoz Conde, 2021: 958).

Por el contrario, el art. 420 del CP se refiere a los casos en que se solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, la dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o se acepta ofrecimiento o promesa, para llevar a cabo “un acto propio de su cargo” y que, por tanto, no vulnera el Derecho administrativo (Blanco Cordero, 2015: 293). También en estos supuestos debe existir una conexión causal entre la dádiva y el acto propio del cargo (Blanco Cordero, 2015: 293) y el acto debe encontrarse dentro del ámbito de competencia de la autoridad o funcionario público (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 703; Muñoz Conde, 2021: 958).

Tanto en relación con el art. 419 del CP como con el art. 420 del CP, la conducta típica consiste en “solicitar” o “recibir” dádiva, favor o retribución de cualquier clase, o “aceptar” ofrecimiento o promesa de su entrega futura. La solicitud incluye las conductas en las que el funcionario público manifiesta a un particular su disposición a recibir una dádiva por la realización, o no, de un acto. Por su parte, la aceptación del ofrecimiento o promesa supone aprobar o acordar una entrega futura. Finalmente, la recepción implica la admisión (por parte del funcionario público) de la dádiva entregada por un particular con la intención de hacerla suya (Blanco Cordero, 2015: 285-286 y 293). Ni la solicitud ni la aceptación del ofrecimiento o promesa requieren para la consumación del tipo la entrega o recepción efectiva de la ventaja (la solicitud ni siquiera exige su aceptación

para que se entienda que el tipo penal se ha consumado). Además, ninguna de las tres requiere la realización, o no, del acto en cuestión por parte del funcionario público para que se consuma el tipo penal, sino que esa debe ser la finalidad con la que actúa el sujeto activo, por lo que se trata de un delito mutilado de dos actos (Blanco Cordero, 2015: 286).

En cuanto al objeto material de ambos tipos penales, la expresión “dádiva, favor o retribución de cualquier clase” comprende no sólo los bienes, objetos, prestaciones de servicios o ventajas susceptibles de valoración económica, sino también, en línea con las recomendaciones internacionales, las contraprestaciones que no son evaluables económicamente, pero que supongan una ventaja de contenido patrimonial o personal y puedan lesionar el bien jurídico, como por ejemplo, favores sexuales o la admisión en un club de difícil incorporación (Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 382-383; Muñoz Conde, 2021: 956-957; Blanco Cordero, 2015: 288; Sánchez Lázaro & Vizuela Fernández, 2016: 699-700). En ambos supuestos, la “dádiva, favor o retribución de cualquier clase” puede admitirse “en provecho propio o de un tercero”.

Por su parte, el art. 422 del CP sanciona los casos en los que el funcionario público o la autoridad admite, por sí o por persona interpuesta, la dádiva o regalo “en consideración a su cargo o función”, no a cambio de realizar (o no) una determinada conducta. La acción típica consiste en “admitir” dádiva o regalo, lo cual incluye tanto la recepción efectiva como la aceptación de la promesa de su entrega futura (Blanco Cordero, 2015: 299), mientras que excluye, a diferencia del resto de modalidades de cohecho pasivo, la conducta consistente en “solicitar”. La expresión “dádiva o regalo” debe interpretarse como referente a bienes, objetos, prestaciones de servicios o ventajas susceptibles de valoración económica, en tanto que no se ha incluido (como sí ocurrió tras la reforma de 2010 en los arts. 419, 420 y 421 del CP) la expresión “favor y retribución de cualquier clase”, la cual comprende también contraprestaciones no evaluables económicamente.

Conforme a la jurisprudencia, debe concurrir una conexión causal entre la entrega de la dádiva y el cargo o función del funcionario público, es decir, debe probarse que ha admitido la dádiva que le es

entregada por la especial posición que ostenta como cargo público y sin la cual no se la habría entregado (Blanco Cordero, 2015: 301). En cuanto al significado de la expresión “en consideración a su cargo o función”, la doctrina la interpreta en el sentido de “en atención a”, “debido a” o “por motivo de” su cargo o función (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 699-700). En este supuesto también la dádiva o regalo puede admitirse “en provecho propio o de un tercero”. El precepto resulta aplicable en los supuestos en los que no quede probada la existencia de una conducta contrapartida, por lo que el mismo cumple la función de recogida del tipo (Muñoz Conde, 2021: 960).

La doctrina mayoritaria defiende que deberían excluirse del tipo penal, por no afectar al bien jurídico, los regalos de exiguuo valor y mera cortesía que están socialmente admitidos (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 699-700; Muñoz Conde, 2021: 956-957; Blanco Cordero, 2015: 299-300). Debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 54.6 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, el cual sólo ordena el rechazo de regalos, favores o servicios que vayan “más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía”, si bien no siempre resulta sencillo determinar los criterios para concretar lo que es adecuado socialmente (Blanco Cordero, 2015: 299-300).

El art. 421 del CP tipifica el denominado cohecho pasivo “subsiguiente”, es decir, los supuestos en los que el funcionario público o la autoridad solicita o recibe la “dádiva, favor o retribución” con posterioridad a haber realizado la conducta contrapartida de la dádiva. La acción típica incluye tanto la solicitud como la recepción o disfrute efectivo, mientras que excluye la aceptación de la promesa de su entrega o prestación futura (Blanco Cordero, 2015: 296), si bien, en tal caso, cabría aplicar la modalidad de recogida del art. 422 del CP, siempre que la “dádiva, favor o retribución” tuviera un contenido económico (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 704). La presente modalidad típica resulta aplicable cuando la recompensa sea posterior al acto de la autoridad o funcionario público y no hubiera una negociación previa o no se hubiera podido demostrar una

promesa previa (Muñoz Conde, 2021: 958; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 386; Blanco Cordero, 2015: 295).

4.4.1.2. Italia

En Italia, los tipos penales de cohecho pasivo (arts. 318 y 319 del CP) coexisten con los tipos penales de concusión (art. 317 del CP) y de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater* del CP). Mientras que también se sanciona la conducta del particular en los supuestos de los arts. 318 y 319 del CP (art. 321 del CP) y del art. 319 *quater* del CP (párrafo segundo), aunque en el último caso con una pena reducida, en los supuestos del art. 317 CP no se prevé la sanción del particular, quien es considerado una víctima de la constricción ejercida en su contra. Por su parte, el art. 322 del CP tipifica tanto la conducta del particular como la del funcionario en relación con la instigación a la corrupción.

En vista de las dificultades para distinguir entre las figuras de cohecho y concusión y de las críticas vertidas por varias organizaciones internacionales, como el GRECO, en relación con la impunidad de la que disfrutaban los particulares en los supuestos de concusión, se produjo la reforma operada por la ley 190/2012 (Trinci, 2020: 317; Viganò, 2017: 257-258). No obstante, en lugar de eliminar el delito de concusión (como exigían las organizaciones internacionales), la reforma de 2012 subdividió el delito de concusión en las dos figuras mencionadas: (a) la concusión (en sentido estricto) del art. 317 del CP, la cual se aplica cuando un funcionario o una persona encargada de un servicio público, abusando de su posición o de sus competencias, obliga (en el sentido de la “coacción”) al particular a darle o prometerle un beneficio indebido a él o a un tercero³⁴; y (b) la in-

³⁴ El art. 317 del CP tipifica el delito de concusión (el más grave del título II del CP), consistente en que un funcionario público o una persona encargada de un servicio público obligue a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otro beneficio, abusando de su posición o de sus competencias. Los conceptos “indebidamente” y “otro beneficio” deben interpretarse en el sentido señalado en relación con el art. 318 del CP. Debe probarse una coacción por parte del funcionario pú-

ducción indebida del art. 319 *quater* del CP, la cual se diferencia de la anterior en que se limita a la modalidad comisiva de la inducción³⁵.

blico, que la misma esté funcionalmente vinculada al abuso de su posición o de sus competencias, y la existencia de un nexo causal entre la coacción por parte del funcionario y la entrega o promesa por parte del particular. La coacción consiste en obligar a alguien, mediante violencia o amenaza, a realizar una acción que de otro modo no habría realizado o a abstenerse de realizar una acción que de otro modo habría realizado. La amenaza debe consistir, desde la perspectiva de la víctima, en un mal injusto, del que sólo puede escapar mediante la promesa o el pago indebido; y debe ser grave y capaz de infundir en la víctima un estado de temor tal que excluya la libre determinación de la voluntad del particular. Es decir, el particular actúa, no para obtener una ventaja, sino para evitar un daño ilegítimo, por lo que es considerado una víctima y se prevé su impunidad. Vid. Trinci (2020: 317”, 319 *quater*); Viganò (2017: 262-263).

³⁵ El art. 319 *quater* del CP prevé la sanción de la conducta del funcionario público o de la persona encargada de un servicio público que, abusando de su posición o de sus competencias, induzca a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otro beneficio. La diferencia con respecto a la conducta del art. 317 del CP consiste en que, en el presente caso: (a) el funcionario público no obliga mediante la coacción, sino que induce a través del abuso de su posición o de sus competencias, al particular a dar o prometer indebidamente dinero u otro beneficio; y (b) dado que el particular persigue una ventaja ilícita, se sanciona su conducta, aunque sea más levemente que en los arts. 318 y 319 del CP. Por lo demás, los conceptos de “dar o prometer dinero u otro beneficio” deben ser interpretados en los mismos términos que en el art. 317 del CP, y también debe exigirse el doble nexo causal entre, por un lado, el abuso y la inducción, y, por otro, la inducción y la dádiva o promesa. Vid. Trinci (2020: 319 *quater*); Viganò (2017: 262-263). No obstante, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de casos límite, en los que el particular sufre una coacción, pero persigue una ventaja ilegítima, que deberían ser sancionados como una concusión del art. 317 del CP (y conllevarían, por ende, la impunidad del particular) debido a la intensidad del condicionamiento psicológico ejercido por el funcionario, lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad a los órganos judiciales. Piénsese en el caso de una prostituta en situación de irregularidad en el país a la que la policía exige mantener relaciones sexuales para evitar problemas con la justicia. Según la jurisprudencia, el sacrificio de un bien jurídico como la libertad sexual excluye el concepto de “ventaja indebida” Vid. Trinci (2020: 319 *quater*); Viganò (2017: 262-263); Sentencia del Pleno de la Corte de Casación en el caso Maldera, n° 12228, de 14.03.2014.

En lo que respecta al cohecho pasivo, el art. 318 del CP se configura como cohecho para el ejercicio de la función, mientras que el art. 319 del CP prevé el cohecho para realizar actos contrarios a los deberes oficiales (Viganò, 2017: 259; Mongillo, 2019: 240-247; Gambardella, 2019). El art. 318 del CP sanciona con una pena de prisión de 3 a 8 años la conducta del funcionario público que, para el ejercicio de sus funciones o competencias, recibe indebidamente, para sí o para un tercero, dinero u otro beneficio o acepta la promesa de los mismos. Resulta aplicable en los supuestos en los que no se pueda probar ninguna conducta como contrapartida por parte del funcionario público o del encargado de un servicio público, por lo que funciona como una figura delictiva residual (Viganò, 2017: 260; Gambardella, 2019; Giglio, art. 318), si bien también incluye los supuestos en los que el funcionario público o el encargado de un servicio público realiza un “acto conforme a la ley” como contraprestación por la recepción o promesa de beneficios indebidos (Trinci, 2020: 318). Incluye tanto el cohecho antecedente como subsiguiente (el término “para” debe interpretarse en clave final y causal”) (Gambardella, 2019; Giglio, art. 318), y debe existir una relación finalista-instrumental (para ejercer la función) o causal (por haber ejercido la función) entre la promesa/pago y el sometimiento de la función pública a favor del particular (Giglio, art. 318). El objeto de la dádiva o promesa debe ser dinero u otro beneficio, incluyendo, por tanto, cualquier ventaja material o inmaterial, patrimonial o no patrimonial (por ejemplo, los honores, los favores sexuales o el uso gratuito de un bien) (Trinci, 2020: 318). La recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa debe ser indebida, es decir, sin ninguna justificación legal (Trinci, 2020: 318).

Si, por el contrario, el acto es contrario a la ley, se aplicará el art. 319 del CP, ya que tipifica la conducta del funcionario público o persona encargada de un servicio público que, para omitir o retrasar, o por haber omitido o retrasado, un acto de su cargo, o para realizar o por haber realizado un acto contrario a los deberes de su cargo, recibe, para sí o para un tercero, dinero u otro beneficio, o acepta la promesa de los mismos. Incluye tanto el cohecho antecedente como subsiguiente, y debe probarse una relación finalista-instrumental (para omitir/retrasar/realizar un acto) o causal (por haberlo omitido/retrasado/realizado) entre la promesa/pago y el acto omitido/

retrasado/realizado (Trinci, 2020: 319; Giglio, art. 319). El delito se consuma cuando el funcionario público o la persona encargada de un servicio público recibe el beneficio indebido o acepta la promesa (Trinci, 2020: 319; Giglio, art. 319). El concepto de “otro beneficio” debe interpretarse en el sentido señalado en relación con el art. 318 del CP. A diferencia del art. 318 del CP, el art. 319 del CP requiere identificar un acto (en sentido formal) contrario a los deberes oficiales (Trinci, 2020: 319). Plantea serias dudas la calificación jurídica del fenómeno de corrupción sistémica o “puesta en nómina de un funcionario público”, en el que el mismo se compromete permanentemente a realizar u omitir una serie indeterminada de actos relacionados con la función ejercida y comete tanto actos contrarios como conformes a los deberes del cargo. La jurisprudencia considera que debe encuadrarse en el art. 318 del CP, salvo que el pago o la promesa estén relacionados con la realización de algún acto contrario a los deberes del funcionario público, en cuyo caso debería aplicarse lo previsto en el art. 319 del CP (Trinci, 2020: 319; Giglio, art. 318)³⁶. Por consiguiente, la diferencia parece radicar en la puesta en peligro (art. 318 del CP) o daño (art. 319 del CP) del bien jurídico protegido: el correcto desempeño de la función pública (Trinci, 2020: n. 319; Giglio, art. 318)³⁷.

³⁶ Para un análisis crítico de esta interpretación jurisprudencial, por considerar que los supuestos de corrupción sistémica (en la que se produce un sometimiento constante y metódico de toda la función del funcionario público a los intereses personales de terceros particulares), aunque no logre probarse la relación con un acto ilícito concreto, constituyen los supuestos más graves de cohecho, vid. Gambardella (2019: 44-73). Si bien señala el mismo autor que, en la práctica, la situación no ha variado demasiado, ya que la jurisprudencia intenta buscar un acto ilícito entre las muchas medidas administrativas adoptadas para poder aplicar en estos casos la figura más grave del cohecho del art. 319 del CP.

³⁷ También resulta problemática la delimitación de las figuras de inducción indebida (art. 319 *quater* del CP) y cohecho (art. 318 y 319 del CP). El Pleno de la Corte de Casación italiana se basó en la situación de sujeción psicológica del particular frente al funcionario para establecer la diferencia entre ambas: la inducción indebida requiere un estado de sometimiento psicológico y un proceso volitivo que no es espontáneo, desencadenado por el abuso del funcionario público. Vid. Trinci (2020: 318); Viganò (2017: 264).

Cabe mencionar que el art. 319 *ter* del CP prevé un tipo específico referido al cohecho en los actos judiciales, caracterizado por que las conductas de los arts. 318 y 319 del CP se cometan para favorecer o perjudicar a una parte en un procedimiento civil, penal o administrativo. Por último, el art. 322 del CP tipifica la instigación a la corrupción: (a) el ofrecimiento o promesa de dinero u otro beneficio por parte del particular cuando ello no es aceptado por el funcionario o el encargado de un servicio público (apartados 1 y 2); y (b) la solicitud (no coacción ni inducción) de promesa o de entrega de dinero u otro beneficio por parte del funcionario público o encargado de un servicio público cuando ello no es aceptado por el particular (apartados 3 y 4). El legislador elevó a un tipo autónomo consumado la tentativa unilateral infructuosa de cohecho “para el ejercicio de la función” y “por actos contrarios a los deberes oficiales”, tanto en el caso de la solicitud como en el del ofrecimiento (Trinci, 2020: 322; Giglio, art. 322). Se trata de un delito de mera actividad, dado que se consuma en el momento en que se realiza la oferta o la promesa o la solicitud de oferta o promesa (Trinci, 2020: 322).

4.4.1.3. *Estados Unidos*

En EE.UU., como se ha señalado, la sección 201(b) (del título 18 U.S.C) tipifica tanto el cohecho activo como el pasivo. La conducta típica de la modalidad pasiva consiste en que el funcionario público o la persona seleccionada para ser funcionario público, directa o indirectamente, de forma corrupta exija, solicite, reciba, acepte, o acuerde recibir o aceptar “algo de valor” (*anything of value*), para sí o para un tercero, a cambio de: (a) ser influenciado en la realización de cualquier acto oficial; (b) ser influenciado para cometer o ayudar a cometer, o colaborar en o permitir, cualquier fraude, o dar oportunidad a la comisión de cualquier fraude, a los Estados Unidos; o (c) ser inducido a realizar u omitir cualquier acto en violación de su deber oficial (Sección 201(b)(2))³⁸. Por tanto, el tipo penal requiere un *quid pro quo* (Henning, 2002: 829-831; Mendelsohn, 2020).

³⁸ La sección 209 prohíbe a los funcionarios y empleados federales recibir cualquier salario, contribución o complemento de salario como compen-

La sección 201(a)(3) define de manera amplia el concepto de “acto oficial” (Henning, 2002: 829-831), entendiéndolo como “cualquier decisión o acción sobre cualquier cuestión, asunto, causa, pleito, procedimiento o controversia, que pueda estar pendiente en cualquier momento, o que pueda ser presentada por ley ante cualquier funcionario público, en la capacidad oficial de dicho funcionario, o en el lugar de confianza o beneficio de dicho funcionario”.

La sección 201(c) (del título 18 U.S.C), la cual contiene la disposición sobre las “gratificaciones”, también tipifica la modalidad activa y pasiva. En cuanto a la modalidad pasiva, la sección 201(c)(1)(B) prohíbe a los funcionarios públicos, a quienes hayan sido funcionarios públicos o a quienes hayan sido seleccionados para ser funcionarios públicos que, de otra manera que no sea la prevista por la ley para el correcto cumplimiento del deber oficial, directa o indirectamente, exijan, soliciten, reciban, acepten o acuerden recibir o aceptar “algo de valor” “por o a causa de cualquier acto oficial realizado o por realizar” por dicho funcionario o persona, con el fin de influir en el mismo (Mendelsohn, 2020)³⁹. Aunque su estructura sea similar a la del cohecho, la prohibición de la sección 201(c) amplía el concepto de corrupción pública, ya que prohíbe la entrega o recepción del bien en relación con el desarrollo de una función pública, sin llegar a exigir un *quid pro quo* (es decir, que el acto oficial esté condicionado por la entrega o recepción) (Henning, 2002: 831-833).

A diferencia del delito de cohecho de la sección 201(b), el cual sólo puede tener lugar con anterioridad al acto oficial porque se trata de un acuerdo *quid pro quo* para influir en el mismo, el delito de la sección 201(c) puede tener lugar tanto antes como después del acto oficial, porque el delito consiste en la entrega o recepción de la gratificación con independencia de cuándo se realizó el acto ofi-

sación por sus servicios (y a los particulares, ya sea un individuo, una sociedad, una asociación, una corporación u otra organización, entregarlos). Vid. Henning (2002: 831 y 838). Por su parte, las secciones 201(b)(3) y (4) y las secciones 201(c)(2) y (3) tipifican los sobornos en relación con los testigos en juicios federales. Vid. Green (2013: 40-42).

³⁹ Sobre las prohibiciones de recepción de regalos por parte de diputados, contenidas en las normas de la Cámara de Representantes y del Senado, *vid.*: Mendelsohn (2020).

cial (Henning, 2002: 831-833; Mendelsohn, 2020). Por consiguiente, si se trata de una recompensa por un acto oficial previo, no puede sancionarse como delito de cohecho (no se prevé la modalidad de cohecho subsiguiente), pero sí como un delito de la sección 201(c) (Henning, 2002: 831-833). El legislador sanciona las “gratificaciones” subsiguientes porque entiende que no se trata de hechos aislados, sino que las mismas pueden ser un precursor del cohecho (porque posiblemente no sean las últimas) (Henning, 2002: 831-833).

En el supuesto de la sección 201(c) debe probarse el nexo entre la “gratificación” y el acto oficial previo, en el sentido de que el bien conferido lo fue “por o a causa de” un acto oficial (Henning, 2002: 831-833). Dado que la citada sección también sanciona las “gratificaciones” en relación con actos oficiales que serán llevados a cabo (“por realizar”), se plantea el problema de su distinción con respecto al delito de cohecho en estos casos: podría entenderse que el delito de la sección 201(c) es menos grave porque no requiere prueba del *quid pro quo*, prevé una pena más leve y abarca un ámbito más amplio, en tanto que incluye los regalos para ganarse el favor del funcionario público en una decisión posterior e indefinida (Henning, 2002: 831-833). Por ello puede afirmarse que la disposición de la sección 201(c) cumple la función de recogida del tipo (Henning, 2002: 838).

Por su parte, la sección 666 (del título 18 U.S.C.) sanciona el soborno en relación con “agentes de una organización, o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia de los mismos”, cuando las citadas entidades gubernamentales o de otro tipo reciben, en el periodo de un año, beneficios superiores a 10.000 dólares en virtud de un programa federal que implique una subvención, un contrato, un préstamo, una garantía, un seguro u otra forma de ayuda federal (Henning, 2002: 830). Tipifica tanto la modalidad activa como pasiva.

La conducta típica de la modalidad pasiva consiste en solicitar, exigir, aceptar o acordar aceptar corruptamente, por parte de un agente de una organización, o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia de los mismos, “algo de valor” “con la intención de ser influenciado o recompensado en relación con un negocio, transacción o serie de transacciones de dicha organización,

gobierno o agencia que implique cualquier cosa de valor de 5.000 dólares o más” (666(a) (1) (B)), siempre que la entidad para la que el acusado actuaba como agente recibiera más de 10.000 dólares al año en ayudas federales (Mendelsohn, 2020)⁴⁰.

4.4.2. Sistemas latinoamericanos

4.4.2.1. Modalidades de conducta

En Argentina, las conductas típicas contenidas en el art. 256 del CP son las de “aceptar” y “recibir”. Se agravan las penas si la conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia (art. 257 del CP)⁴¹. El art. 259 del CP castiga el delito de cohecho pasivo impropio. La conducta del funcionario público consiste en admitir dádivas. Esto significa, por tanto, que se tiene que producir la efectiva recepción de la misma por el funcionario. Queda excluida la aceptación de su promesa. La doctrina entiende que no resulta posible la tentativa (D’Alessio, 2004: 836).

En Brasil, el delito de corrupción pasiva castiga las conductas de solicitar o recibir un beneficio indebido, o aceptar la promesa del mismo. El art. 316 del CP contiene el delito de concusión, consis-

⁴⁰ Por último, la sección 1951(b) (2) del título 18 U.S.C. (Ley Hobbs) tipifica la modalidad pasiva —la modalidad activa es impune— del delito de extorsión bajo la protección de la autoridad oficial (*extortion under the color of official right*). Aunque la Ley Hobbs penaliza tres formas distintas de conducta delictiva —el robo; la extorsión por la fuerza, la amenaza o el miedo; y la extorsión bajo la protección de la autoridad oficial—, sólo la tercera es relevante en el presente capítulo, puesto que consiste en el uso por parte del sujeto activo de su posición oficial para extraer algo de valor de la víctima, entendida la conducta, esencialmente, como la aceptación de un soborno. *Vid.*: Green (2013) 40-42; Henning (2002) 829-831; Mendelsohn (2020).

⁴¹ El art. 256 *bis* utiliza los verbos típicos solicitar, recibir o aceptar promesa para ejercer su influencia, conducta más próxima al tráfico de influencias y en la que no nos centramos

tente en exigir, para sí o para otro, directa o indirectamente, incluso fuera del ejercicio de la función o antes de asumirla, pero en razón de ella, una ventaja indebida.

En Chile, la figura básica del delito de cohecho cometido por funcionario público está regulada por el art. 248 del CP, que sanciona al empleado público que “en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero”. Asimismo, se castiga al empleado público que solicita o acepta “recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero”. Los arts. 248 bis y 249 del CP contienen figuras agravadas en razón de la vinculación entre el beneficio solicitado o aceptado y la conducta que debe llevar a cabo el funcionario. Así, el art. 248 *bis* castiga al empleado público que “solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo”, o cuando la infracción de deber consista en “ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado”. Por su parte, el art. 249 del CP agrava la pena cuando la solicitud o aceptación de recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para tercero, persiga la comisión “de alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III”, sin perjuicio de las penas que corresponda “imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate”.

En México se castiga la conducta del servidor público que solicita o recibe de manera ilícita dinero o cualquier beneficio, o acepta promesa. En el caso del legislador federal, en el marco del proceso de aprobación del presupuesto, se castigan las conductas de gestionar o solicitar la asignación de recursos a favor de un ente público exigiendo u obteniendo alguna comisión, o el otorgamiento de contratos públicos a favor de determinadas personas físicas o morales. También se contiene el delito de concusión en el art. 218 del CP, que castiga al “servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolu-

mento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley”.

En Perú, el análisis de los diversos tipos penales relativos al cohecho pasivo evidencia que los verbos típicos utilizados en la gran mayoría son aceptar, recibir y solicitar donativo, promesa, etc. A ello se une en algunos supuestos la conducta de condicionar la conducta funcional a la entrega o promesa de donativo, etc. Se entiende que el elemento condicional ha de interpretarse como un acto de coacción sobre el particular, quien ante dicha situación entrega o promete un beneficio a favor del funcionario⁴².

PAIS	Conducta 1	Conducta 2	Conducta 3	Conducta 4	Conducta 5
Perú	Aceptar	Recibir	Solicitar		Condiciona su actuar a la promesa o entrega de un beneficio
Argentina	Aceptar	Recibir		Admitir	
Brasil	Aceptar	Recibir	Solicitar		
Chile	Aceptar	Aceptar recibir	Solicitar		
México	Aceptar promesa	Recibir	Solicitar		

Tabla comparativa: Elaboración propia. Abril 2022.

⁴² Este párrafo, introducido mediante Ley 28355, trata de abarcar supuestos en los que el funcionario amenazaba al particular con imponerle la sanción si no le prometía un beneficio, p.e. sexual, pues dicha conducta no encajaba en el clásico delito de Cohecho Pasivo (la voluntad del particular se encontraba viciada, por lo que dicho acto trataba de ser reconducida al delito de concusión (art. 392° del CP), si bien este abarcaba solo beneficios de naturaleza económica, y no de otra índole (sexual, político, laboral, etc.)). Cfr. Martínez Huamán (2019: 12).

4.4.2.2. *Realización directa o por persona interpuesta*

Las diversas conductas típicas pueden realizarse directamente por el empleado público o indirectamente mediante persona interpuesta. Así, en Argentina los tipos del cohecho pasivo exigen que el funcionario público actúe “por sí o por persona interpuesta” (arts. 256 y 257 del CP). Por su parte, en Brasil se dispone de manera expresa que las conductas de solicitar o recibir han de ser realizadas por el servidor público directa o indirectamente (art. 317 del CP). En contraste, en Chile no se hace referencia expresa a que el funcionario público pueda realizar las diversas conductas típicas a través de terceras personas, mientras que en México el art. 222 del CP establece que el servidor público puede actuar por sí o por interpósita persona. Finalmente, en Perú, algunas de las conductas señaladas son punibles cuando las realiza el funcionario o servidor público de manera directa o indirecta. En particular, se castiga la conducta de solicitar, directa o indirectamente, la dádiva en algunos preceptos concretos⁴³.

4.4.2.3. *Objeto material*

En Argentina, el objeto material está integrado por dinero, dádiva o promesa directa o indirecta. Discute la doctrina si los conceptos de dádiva o promesa deben tener valor económico o se admiten también aspectos no económicos, como los placeres estéticos, personales u honoríficos. Se discute si los regalos de cortesía, normalmente regalos o donaciones permitidas por la costumbre, pueden ser constitutivos de delito, especialmente del cohecho impropio del art. 259 del CP. Se dice que esta cuestión ha sido abordada por la ley de ética y su decreto reglamentario 164/99, cuyo art. 21 ha establecido como regla general la prohibición de recibir regalos y obsequios, delegan-

⁴³ En el cohecho pasivo propio del art. 393 del CP, en el cohecho pasivo impropio del art. 394 del CP, en el cohecho pasivo específico del art. 395 del CP, que se extiende a secretarios judiciales etc. del art. 396 del CP, en el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial del art. 395-A del CP, en el cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial del art. 395-B del CP.

do en la autoridad encargada de su aplicación la reglamentación de los casos que por cortesía, amistad, protocolo o costumbres diplomáticas no se encuentran abarcadas por el régimen. Un sector doctrinal opina que la recepción de un pequeño obsequio, si bien debe evitarse, no constituye delito (D'Alessio, 2004: 836).

El objeto del ilícito en Brasil es el aprovechamiento indebido, el beneficio obtenido por el funcionario público de manera ilícita, que se traduce en un comercio o tráfico de la función pública convertida en una mercancía. Se entiende que el beneficio a que se refiere la ley no necesita tener valor económico, pudiendo ser cualquier tipo de ventaja que sea ilícita. La doctrina indica que el principio de insignificancia permite excluir del tipo penal las habituales gratificaciones de escaso valor (Wunderlich, 2017: 927).

En Chile, se utilizan los términos beneficio económico o de otra naturaleza al que el empleado público no tiene derecho. Para evitar el problema que plantea la determinación de la pena de multa, que se hace de manera proporcional, en atención al beneficio solicitado o aceptado, se indica en el art. 248 CP que cuando sea de naturaleza distinta a la económica, la multa se determinará de acuerdo con el sistema de multa temporal (en atención a unidades tributarias mensuales). Por lo que el beneficio puede no ser de naturaleza económica, si bien la doctrina requiere que mejore la situación actual del empleado público o que cuente con la aptitud suficiente para motivarlo en la comisión del delito (Carmona Lizana, 2019:17).

Por su parte, en México el objeto material está integrado por dinero o cualquier beneficio.

En Perú, se utilizan los términos donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Se entiende que el donativo incluye cualquier presente entregado a título gratuito y dotado de valor económico y la promesa es el compromiso de una entrega de un bien o la realización de un acto, que no requiere su efectiva entrega. La cláusula cualquier otra ventaja o beneficio, comprende cualquier provecho para el funcionario, que no necesariamente debe tener un carácter económico (títulos honoríficos, entrega de joyas, vacaciones pagadas, el ofrecimiento de un ascenso, los actos sexuales, entre otros) (Montoya Vivanco, 2015: 103). Se discute, entre otras cues-

tionen, si quedan incluidos aquí los regalos de cortesía socialmente permitidos, algo que la doctrina dominante niega (Abanto Vásquez, 2006: 209-210).

PAIS	Objeto 1	Objeto 2	Objeto 3	Objeto 4	Objeto 5	Objeto 6	Objeto 7
Perú	Donativo	Promesa	Ventaja	Beneficio	Promesa de donativo (art. 393 p° 3)		
Argentina		Promesa directa o indirecta				Dinero	Dádiva
Brasil		Promesa de ventaja	Ventaja indebida				
Chile				Beneficio económico o de otra naturaleza		Derecho de los que le están señalados al empleado	
México		Promesa		Cualquier beneficio		Dinero	

Tabla comparativa: Elaboración propia. Abril 2022.

4.4.2.4. *Destinatario del objeto material*

En cuanto al destinatario del objeto material, normalmente las ventajas o provechos que se solicitan o aceptan por el empleado público pueden serlo para sí mismo o para terceras personas. En Argentina no se contiene una referencia similar, simplemente se alude a que la aceptación de la promesa sea directa o indirecta (arts. 256, 256 bis y 257 del CP). Por su parte, en Brasil, el art. 317 del CP sí que prevé que las conductas de solicitar o recibir lo sean para sí o para un tercero. Así mismo, si bien en Chile el beneficio que se solicita o acepta debe serlo para el empleado público o para un tercero (arts. 248, 248 bis y 249 del CP), y lo mismo sucede con el art. 222 del CP de México (el cual prevé expresamente que la solicitud o recepción del beneficio puede ser para sí o para otro), la normativa de Perú no

alude, sin embargo, de manera expresa a esta cuestión (arts. 393 ss. del CP)

4.4.3. El sistema colombiano

Las conductas típicas en ambas modalidades de cohecho pasivo (propio e impropio) se describen con los verbos rectores recibir o aceptar. La conducta de recibir, señala la doctrina, puede ser para sí o para tercero (no la de aceptar promesa, como indica Velásquez Velásquez & Vargas Lozano, 2012-2015). Se afirma que se trata de tipos penales con verbo rector plural alternativo de mera conducta. Señala la Corte Suprema que se trata de “un delito de mera conducta cuya consumación se alcanza con la recepción del dinero o la utilidad o con la sola aceptación de la promesa remuneratoria, sin necesidad de se realiza la correspondiente contraprestación. Es decir, se consume con la realización de cualquiera de sus dos verbos rectores, recibir o aceptar”⁴⁴. No es necesario, por tanto, el retardo, la omisión o la ejecución del acto ilegal⁴⁵. No es pacífica la cuestión de si admite o no la tentativa. Para algunos no es posible la tentativa, pues el delito se consume cuando el servidor público recibe la dádiva o acepta la promesa remuneratoria pactada⁴⁶. Otros entienden que es admisible la tentativa cuando la recepción del dinero, utilidad o la aceptación de la promesa remuneratoria se hayan iniciado sin lograr su consumación o agotamiento por causas ajenas a la voluntad del servidor público (Morales Carrillo, 2020: 57).

El servidor público es también objeto de sanción cuando realiza las conductas de cohecho pasivo propio e impropio actuando de manera directa o indirecta (arts. 405 y 406 del CP).

El objeto material de la conducta es cualquier dinero, promesa o utilidad. La Corte Suprema de Justicia señala de manera expresa:

⁴⁴ CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio nov.29/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio de dic.13/2017 AP. 8566-2017 (45.022).

⁴⁵ CSJ Cas. Penal. Sent.sep.20/2017 MP Jose Luis Barceló Camacho (50.366).

⁴⁶ El documento Tipologías de corrupción en Colombia (2018) 17, afirma que la jurisprudencia no admite la tentativa.

“por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no deberse a ningún título. No interesa la forma como se haga y si constituye por sí misma un negocio ilícito, pues este examen solo importaría en el ámbito civil y no en el campo penal”⁴⁷. El objeto material no necesariamente tiene que ser valorable económicamente, pero ha de beneficiar directa o indirectamente al servidor público⁴⁸. Favores de naturaleza sexual han sido considerados por la Corte Suprema como constitutivos del objeto material del delito⁴⁹.

Por último, hay que mencionar que el art. 404 del CP contiene el delito de concusión que castiga al “servidor público que abusando

⁴⁷ CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165)

⁴⁸ La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “[...] es imprescindible tener presente, que, no obstante que esa utilidad puede ser de cualquier clase, no necesariamente pecuniaria, sí debe beneficiar al servidor público mediata o inmediatamente, directa o indirectamente, [...]”. CSJ. Cas. Penal. Sent.mar.12/2002; MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065). Asimismo, señala: “Pero, si la entrega del medio causante de la utilidad no constituye un beneficio al funcionario, sino que corresponde a una social colaboración [...] es claro que una tal conducta no puede comprenderse como prohibida dentro del tipo de cohecho en mención, esto es, que la prohibición típica, su alcance no puede llegar hasta vedar esta clase de acciones, en las cuales, al fin y al cabo, no llega a ponerse en peligro ni a vulnerarse la Administración Pública, en ninguno de sus contenidos y proyecciones”. No está claro, sin embargo, qué debe entenderse por “social colaboración”, que parece apuntar a algún tipo de fin altruista en la contribución. Así, Morales Carrillo (2020: 52, nota al pie 91).

⁴⁹ En este sentido, en un caso de concusión, la CSJ Segunda Instancia Sent. 08/06/2011 MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez (36.570) señaló de forma expresa: “Precisamente por esa adscripción inescapable al abuso de la función pública como medio para obtener la indebida utilidad, o mejor, el favor sexual de otra manera inalcanzable, es que el delito se encuadra dentro del atentado contra la administración pública y no en las fronteras del acoso sexual que postula el defensor, pues, en la novísima conducta introducida por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, que agrega el artículo 210 A al Código Penal, no se delimita de sujeto activo calificado el hecho, ni se supedita el mismo al abuso del cargo o de la función, notas características que, en razón del principio de especialidad, obligan acudir al artículo 404 ibidem, marco típico que de forma integral, con el nomen iuris de concusión, recoge el comportamiento contrario a derecho del acusado”.

de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite”.

4.4.4. Análisis comparativo

Las conductas típicas que se presentan con mayor frecuencia en los sistemas analizados consisten en la solicitud, recepción o aceptación por parte del empleado público de dádiva o promesa, para sí o para tercero. Esta configuración de la conducta típica apunta a que se trata de un delito mixto alternativo. Se trata de un delito de mera actividad, en el que la consumación se produce cuando el empleado público recibe la dádiva, acepta la promesa o, cuando se prevé expresamente que esta conducta es también punible desde el momento de proceder a la solicitud, incluso aunque esta no resulte aceptada.

No todos los sistemas estudiados castigan expresamente el cohecho pasivo en atención al cargo (el llamado cohecho de facilitación, sancionado, por ejemplo, en España y Argentina), esto es, aquel en el que no es necesario que el empleado público admita la dádiva o promesa a cambio de realizar u omitir un acto.

Tampoco todos los sistemas nacionales analizados castigan el delito de concusión, que sanciona la conducta mediante la que el empleado público, abusando de su cargo, obliga a otro a dar o prometer indebidamente dinero u otros beneficios.

No es habitual en los sistemas analizados encontrar el delito que pueden cometer los empleados públicos de inducción indebida a dar o prometer beneficios previsto en la legislación italiana.

No es necesario que las diversas conductas típicas se lleven a cabo directamente por el empleado público, sino que también son punibles cuando las lleva a cabo mediante persona interpuesta (o “indirectamente”, como recogen algunos sistemas nacionales).

Coinciden prácticamente todos los sistemas en que el objeto material del delito puede consistir en cualquier beneficio económico o de otra naturaleza (sexual, político o profesional, concesión de honores, etc.). Si bien no todos ellos lo advierten expresamente, algunos

exigen que el beneficio sea indebido o, como se dice en Chile, un beneficio al que el empleado público no tiene derecho. Es también objeto de debate en algunos países si han de quedar incluidos en el objeto material del delito aquellos regalos de cortesía socialmente permitidos o los regalos insignificantes o de escaso valor.

En cuanto al destinatario del objeto material, normalmente las ventajas o provechos que se solicitan o aceptan por el empleado público pueden serlo para sí mismo o para terceras personas.

4.5. *Tipo subjetivo*

4.5.1. **Sistemas no latinoamericanos**

En España, sólo son punibles las modalidades dolosas de cohecho (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 701-703; Muñoz Conde, 2021: 959; Blanco Cordero, 2015: 289, 294, 296). Las modalidades de los arts. 419 y 420 del CP exigen no sólo que el dolo abarque su condición de autoridad o funcionario público, la acción típica y la conexión causal de la dádiva, favor o retribución con respecto al ejercicio de la función pública, sino también la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto (adicional al dolo): la finalidad de realizar un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar (art. 419 del CP); o la finalidad de realizar un acto propio de su cargo (art. 420 del CP); si bien no es necesario que se realice la conducta contrapartida de la dádiva para que se consume el delito (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 701-703; Blanco Cordero, 2015: 294). Por consiguiente, ambos son delitos mutilados de dos actos (Blanco Cordero, 2015: 286). La modalidad de cohecho pasivo impropio (art. 422 del CP) exige que el dolo del sujeto activo comprenda su condición de autoridad o funcionario público, la acción típica y el hecho de que la dádiva o regalo es ofrecido en consideración a su cargo o función (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 701).

En Italia, todas las modalidades de cohecho, de inducción indebida y de concusión requieren el dolo del funcionario público o de la persona encargada de un servicio público. Es decir, los arts. 317, 318, 319 y 319 *quater* del CP exigen el conocimiento y la voluntad en rela-

ción con todos los elementos del tipo. En el caso del art. 318 CP, el dolo del sujeto activo debe abarcar el ejercicio de una función pública por su parte, y el carácter indebido de la prestación; en el art. 319 CP, se requiere, además, que el dolo abarque que el acto es contrario a los deberes oficiales (Trinci, 2020: 318 y 319)⁵⁰. En cuanto a la instigación a la corrupción del art. 322 del CP, los supuestos relativos a la conducta del funcionario público (apartados 3 y 4) se caracterizan por la exigencia de una finalidad específica (dolo específico), como elemento subjetivo de lo injusto, de obtener una remuneración ilícita (Trinci, 2020: 322).

En EE.UU., el delito de cohecho pasivo exige que el funcionario público o la persona seleccionada para ser funcionario público realice la conducta típica a cambio de: (A) “ser influenciado en la realización de cualquier acto oficial” (sección 201(b)(2)). Por el contrario, en relación con la modalidad pasiva del delito sobre “gratificaciones”, la sección 201(c)(1)(B) requiere que los funcionarios públicos, quienes hayan sido funcionarios públicos o quienes hayan sido seleccionados para ser funcionarios públicos realicen la conducta típica “por o a causa de cualquier acto oficial realizado o por realizar” por ellos mismos. Como se ha señalado, mientras que el cohecho exige un *quid pro quo*, la prohibición de la sección 201(c) abarca los supuestos en los que el objetivo no es llegar a condicionar un acto oficial, sino llevar a cabo la conducta “por o a causa de cualquier acto oficial realizado o por realizar”, es decir, en relación con el desarrollo de una función pública, previsiblemente para ganarse el favor del funcionario público porque tiene la autoridad para adoptar una decisión que afectará en un futuro al sobornador (Henning, 2002: 831-833). Por su parte, la sección 666(a)(1)(B) requiere que el agente de una organización, o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia de los mismos, realice su conducta “con la intención de ser influenciado o recompensado en relación con un negocio, transacción o serie de transacciones de dicha organización,

⁵⁰ Tanto el art. 317 como el art. 319 *quater* del CP exigen el conocimiento y la voluntad con respecto al abuso y al carácter indebido de la prestación. *Vid.*: Trinci (2020: n. 319 *quater*).

gobierno o agencia que implique cualquier cosa de valor de 5.000 dólares o más”.

Como señaló el Tribunal Supremo en los casos *United States v. Sun-Diamond Growers* (1999) y *McDonnell v. United States* (2016:), la modalidad pasiva del delito de cohecho (sección 201(b)(2)) requiere que el sujeto activo tenga el “*dolus specialis*” (*specific intent*) de dar o recibir algo de valor a cambio de un acto oficial⁵¹. En relación con dicho tipo penal, la *mens rea* se identifica con la expresión “de forma corrupta”, en el sentido de que el sujeto activo debe solicitar o acordar el intercambio de forma dolosa⁵². No obstante, se ha señalado que no es suficiente con un dolo genérico (*general intent*) dirigido a influenciar al funcionario público, sino que se requiere el *dolus specialis* de conseguir un intercambio *quid pro quo*, lo cual resulta necesario para distinguir dicho delito del de la sección 201(c)⁵³. En cuanto al delito contenido en la sección 666, el Tribunal Supremo ha exigido el mismo *dolus specialis* (*quid pro quo*)⁵⁴.

4.5.2. Sistemas latinoamericanos

En Argentina, se entiende que el cohecho pasivo propio es un delito doloso, que solo admite el dolo directo. Se exige el conocimiento del funcionario público del acuerdo ilegítimo y la voluntad de recibir o aceptar para actuar u omitir. No se requiere que el funcionario haya actuado u omitido. También el delito de cohecho pasivo impropio es doloso, y se considera solo admisible el dolo directo (D’Alessio, 2004: 836). El funcionario público debe aceptar o recibir la dádiva con la finalidad de “hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”. En el caso del tipo del art. 257 del CP la finalidad ha de ser “emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

⁵¹ Supreme Court of the United States, THEODORE E. SUHL, PETITIONER, v. USA, On Petition for a writ of certiorari to the US Court of Appeals for the Eight Circuit, June 2018.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

En Brasil, el tipo penal previsto en el art. 317 de CP es un delito doloso, que requiere la intención específica, es decir, la voluntad libre y consciente de realizar las acciones previstas. La intención específica de carácter subjetivo se encuentra implícita en la expresión “[...] para sí o para otros”.

También en Chile son delitos dolosos. En algunos preceptos se exigen algunas finalidades específicas: “para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos” (art. 248, párrafo 2 del CP), “para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo” (art. 248 *bis*, párrafo 1 del CP), “con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado” (art. 248 bis pº 2) o “para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III” (art. 249 del CP).

En cuanto a México, se trata también de un delito doloso, que exige que el servidor público actúe con la finalidad de “hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión”.

En Perú, los delitos de cohecho son eminentemente dolosos, que admiten todas las clases de dolo. La actuación imprudente de los funcionarios, en el ámbito de sus competencias, podría dar lugar, si acaso, a una sanción administrativa, siempre que se encontrase regulada. No se requiere ningún otro elemento subjetivo, como por ejemplo el ánimo de lucro. En el caso del cohecho pasivo propio del art. 393 del CP se exige que la aceptación tenga como finalidad un acto del funcionario consistente en realizar u omitir una conducta en violación de sus obligaciones, por lo que debe existir una relación entre la aceptación, recepción o solicitud y la infracción de sus obligaciones. El objetivo de la aceptación, recepción o solicitud de la promesa, dádiva o beneficio, es la de quebrantar los deberes institucionales que pesan sobre el funcionario público. En el caso del cohecho pasivo impropio del art. 394 del CP, la finalidad debe ser realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado.

4.5.3. El sistema colombiano

Desde el punto de vista subjetivo son delitos dolosos. A partir de ahí difieren las finalidades con las que debe actuar el servidor público. En el caso del cohecho propio, debe actuar “para retardar u omitir un acto propio de su cargo⁵⁵, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales” (art. 405 del CP). En el cohecho impropio la conducta de aceptar debe realizarse “por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones”, y la de recibir ha de serlo “de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento” (art. 406 del CP).

4.5.4. Análisis comparativo

El delito de cohecho pasivo se presenta de manera unánime como un delito doloso. El dolo (directo, advierten en algunos sistemas) debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo: la condición de empleado público del sujeto activo, la conducta típica y el beneficio indebido o promesa. Algunos sistemas intensifican la exigencia subjetiva exigiendo una intención específica por parte del sujeto activo de obtener un beneficio ilícito (en Italia y en EEUU se alude a la intención específica como elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo).

En numerosos sistemas nacionales existen figuras de cohecho pasivo que, además del dolo, exigen que estén presentes en la conducta del empleado público específicos elementos subjetivos del injusto que, por su configuración típica, los convierten en delitos de tendencia interna trascendente. En esta línea, se puede decir que el cohecho pasivo suele pertenecer a la categoría de los delitos mutilados de dos actos, pues cuando el empleado público realiza la acción típica persigue la consecución de otra actividad posterior que será realizada por él mismo. Se trata normalmente de finalidades específicas

⁵⁵ Señala la doctrina que en ambos casos debe tratarse de actos del cargo del servidor público que las comete, esto es, deben ser actos propios de su función o competencia de acuerdo con lo establecido en la normativa correspondiente, cfr. Morales Carrillo (2020: 54).

con las que debe actuar el empleado público, tal y como se exige en las modalidades de cohecho pasivo propio e impropio previstas en todos los sistemas latinoamericanos analizados, incluido el sistema colombiano: dependiendo del caso, se exige la finalidad de realizar un acto contrario a sus deberes o no realizar o retrasar algún acto que debiera practicar, o llevar a cabo un acto propio de su cargo. No suele ser necesario, como se ha indicado, que se alcancen tales finalidades para la consumación del delito de cohecho pasivo.

4.6. Penas previstas

4.6.1. Sistemas no latinoamericanos

4.6.1.1. España

En España, dado que la conducta del art. 419 del CP es más grave que la del art. 420 del CP, la primera lleva aparejada una pena de prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de 9 a 12 años; mientras que la segunda prevé una pena de prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de 5 a 9 años. Además, en el caso del art. 419 del CP, si el funcionario llega a realizar la conducta contrapartida de la dádiva y ésta es constitutiva de delito, se castigará el delito de cohecho en concurso real con la correspondiente infracción penal en la que haya incurrido mediante la conducta contrapartida de la dádiva.

Por su parte, el art. 421 del CP prevé la imposición de la misma pena que la prevista en los arts. 419 y 420 del CP en los supuestos de cohecho pasivo subsiguiente. Por último, el art. 422 del CP contempla una pena de prisión de 6 meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a 3 años para los casos de cohecho pasivo impropio.

4.6.1.2. *Italia*

En Italia, debido a la mayor intensidad ofensiva de la conducta del art. 319 del CP en comparación con la del art. 318 del CP, el legislador italiano sanciona la primera con una pena más grave (prisión de 6 a 10 años) que la prevista en la segunda (prisión de 3 a 8 años)⁵⁶. Por su parte, los apartados 3 y 4 del art. 322 del CP (instigación a la corrupción) prevén las mismas penas que las establecidas en los arts. 318 y 319 del CP, pero reducidas en un tercio.

El art. 317 *bis* del CP prevé una serie de penas accesorias en los supuestos de condena por los delitos recogidos en los arts. 314, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater* (párrafo primero), 320, 321, 322, 322 *bis* y 346 *bis* del CP, entre las que destaca la inhabilitación perpetua para el ejercicio de cargos públicos y la prohibición perpetua para realizar contratos con la administración pública, salvo para obtener servicios públicos, en los casos de condena a pena de prisión superior a dos años (Selim de Sales, 2020: 1052; Mongillo, 2019: 272 et. seq.). Por el contrario, si la pena de prisión no supera los dos años o si resulta aplicable la circunstancia atenuante del art. 323 *bis* (párrafo primero), la inhabilitación y la prohibición tendrán una duración de 5 a 7 años; y si resulta aplicable la circunstancia atenuante del art. 323 *bis* (párrafo segundo), las mismas tendrán una duración de 1 a 5 años.

El art. 319 *bis* del CP prevé una circunstancia agravante aplicable cuando las conductas contempladas en el art. 319 del CP tengan determinadas finalidades como la concesión de un empleo público. El art. 319 *ter* del CP, relativo a la corrupción en los actos judiciales, prevé una pena de prisión de 6 a 12 años cuando los hechos de los arts. 318 y 319 del CP se cometen para favorecer o perjudicar a una parte en un procedimiento civil, penal o administrativo; de 6 a 14 años si el hecho da lugar a una condena injusta a una pena de prisión no

⁵⁶ El art. 317 del CP castiga el delito de concusión con una pena de prisión de 6 a 12 años, mientras que el art. 319 *quater* del CP sanciona la inducción indebida a dar o prometer beneficios con una pena de prisión de 6 años a 10 años y 6 meses.

superior a 5 años; y de 8 a 20 años si da lugar a una condena injusta a una pena de prisión superior a 5 años.

El art. 323 *bis* del CP recoge, en su párrafo primero, la circunstancia atenuante basada en la especial levedad de los hechos (reducción de la pena de hasta un tercio), aplicable, entre otros, en los delitos de los arts. 317, 318, 319, 319 *quater*, 320, 322 y 322 *bis*; y, en su segundo párrafo, la circunstancia atenuante consistente en adoptar medidas efectivas para evitar que la actividad delictiva tenga más consecuencias, para asegurar las pruebas e identificar a las demás personas responsables, o para incautar las sumas u otros beneficios transferidos (reducción de la pena de uno a dos tercios), aplicable en los delitos previstos en los arts. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 y 322 *bis* CP. La segunda atenuante es una medida destinada a incentivar la ruptura del pacto de soborno con el fin de detectar y sancionar los actos de corrupción; exige que el resultado sea útil y provechoso para los órganos judiciales y no está sujeta a ninguna limitación temporal (Trinci, 2020: 318, 319; Mongillo, 2019: 262-271).

En 2019, se introdujo en el art. 323 *ter* del CP una causa de no punibilidad —similar a las del art. 426 del CP español—, basada en el arrepentimiento eficaz, la autodenuncia y la colaboración con la justicia, que requiere las siguientes condiciones (Di Nicola, 2020: § Codice penale n. 323 *ter*; Mongillo, 2019: 262-271; Fiore, 2020; Selim de Sales, 2020: 1052-1054): (a) una denuncia voluntaria que tenga lugar antes de que el interesado conozca que la investigación o procesamiento se dirige en su contra y dentro de los cuatro meses siguientes a la comisión del delito; (b) proporcionar información útil y concreta para garantizar la prueba del delito e identificar a otros responsables; y (c) poner a disposición la utilidad obtenida o, en caso de imposibilidad, una suma de dinero de valor equivalente, o indicar dentro del mismo plazo elementos útiles y concretos para identificar al beneficiario real. La exención de la pena no se aplica cuando la denuncia y colaboración voluntaria es preordenada o premeditada en relación con la comisión del delito (Mongillo, 2019: 262-271). Su aplicación sólo se prevé para los supuestos de los arts. 318 y 319 (cohecho pasivo), 319 *ter* (corrupción en actos judiciales), 319 *quater* (inducción indebida a dar o prometer beneficios), 321 (cohecho activo), 322 *bis*, 353, 353 *bis* y 354 del CP. No se incluye la referencia a la

instigación a la corrupción (art. 322 CP), la cual se configura como una conducta unilateral (Mongillo, 2019: 262-271).

4.6.1.3. *Estados Unidos*

En EE.UU., la pena prevista en la sección 201 por el delito de cohecho, tanto en su modalidad pasiva como activa, es una multa de hasta 250.000 dólares o de una cantidad no superior al triple del valor del soborno (lo que sea mayor), y/o una pena de prisión de hasta quince años (podrá aplicarse también la inhabilitación para ejercer un cargo federal) (secciones 201(b) y 3571(b) del título 18 U.S.C.), mientras que las modalidades activa y pasiva del delito sobre “gratificaciones” de la sección 201(c) se sancionan con un máximo de dos años de prisión y/o una multa de hasta 250.000 dólares (secciones 201(c) y 3571(b) del título 18 U.S.C.) (Mendelsohn, 2020). La sección 666 prevé una pena máxima de 10 años de prisión y/o una multa de hasta 250.000 dólares (secciones 666(a) y 3571 del título 18 U.S.C.), tanto en su modalidad activa como pasiva⁵⁷.

4.6.2. **Sistemas latinoamericanos**

En Argentina, las penas previstas para el cohecho pasivo simple del art. 256 del CP son las de reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua. En el caso del art. 257 del CP las penas son de prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua. La pena prevista para el cohecho pasivo impropio del art. 259 del CP es de prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años. Finalmente, respecto de todos los delitos, dispone el art. 259 *bis* del CP que se ha de imponer conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

⁵⁷ Mientras que la sección 1951(b)(2) recoge, sólo para la modalidad pasiva (puesto que la activa queda impune), una pena de hasta 20 años de prisión y/o una multa de hasta 250.000 dólares (secciones 1951 y 3571 del título 18 U.S.C.). *Vid.*: Mendelsohn (2020).

En Brasil, el delito de corrupción pasiva lleva aparejada la pena de prisión (*reclusão*) de 2 a 12 años y multa. Se agrava la pena en un tercio cuando el acto del funcionario consiste en retrasar o dejar de practicar cualquier acto propio del cargo infringiendo los deberes del cargo. Se atenúa la pena cuando el funcionario realiza, deja de realizar o retrasa un acto propio de su cargo con infracción de sus deberes, cediendo a la solicitud o influencia de otro, a quien se le puede imponer la pena de prisión (*detençaõ*) de tres meses a un año o multa. El delito de concusión del art. 316 del CP es castigado con las penas de reclusión de 2 a 12 años y multa.

En el caso de Chile, se castiga al empleado público que solicita o acepte dádivas con la pena de reclusión menor en su grado medio (de 541 días a 3 años), inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado mínimo y multa de un porcentaje del beneficio solicitado o aceptado (si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 25 a 250 unidades tributarias mensuales) (art. 248(1) del CP). Si solicita o acepta recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo la pena prevista es la de reclusión menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años), inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados (si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 50 a 500 unidades tributarias mensuales) (art. 248(2) del CP).

Cuando la conducta consiste en omitir o ejecutar un acto con infracción de deberes de su cargo, la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo (de 3 años a 10 años) y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado (si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales) (art. 248 *bis* del CP).

Si la finalidad de la solicitud o aceptación del beneficio es cometer delitos, las penas a imponer son de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo (de 3 años a 10 años), de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado

(si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de 150 a 1.500 unidades tributarias mensuales) y en todo caso también las penas de los delitos cometidos (art. 249 del CP).

En México las penas asignadas, iguales para el cohecho activo y el pasivo, son las siguientes:

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa [...].

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de 100 a 150 días multa.

Se dispone expresamente que no se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, sino que se aplicarán en beneficio del Estado.

Por último, en cuanto a las penas del delito de concusión del art. 218 el CP, dispone lo siguiente:

Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente no exceda del equivalente de 500 días de Unidades de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de 30 a 100 días multa.[]
Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente exceda de quinientos días de Unidades de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce años de prisión y multa de 100 a 150 días multa.

En Perú, se ha de realizar la siguiente clasificación de penas previstas para el cohecho pasivo, en función de las distintas modalidades:

	Conducta	Penas del art. 393	Penas del art. 395
El funcionario que ... El miembro de la Policía Nacional que ...	Acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja	5 a 8 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	5 a 10 años de pena privativa de libertad e inhabilitación
	Solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio	6 a 8 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	6 a 10 años de pena privativa de libertad e inhabilitación
	Condicione su conducta funcional	8 a 10 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	8 a 12 años de pena privativa de libertad e inhabilitación

Cohecho pasivo propio (art. 393) y en el ejercicio de la función policial (art. 395-A):
Elaboración propia. Abril 2022.

Conducta	Penas para el funcionario (art. 394)	Penas para el Magistrado, árbitro, etc. (art. 395)	Penas para el miembro de la Policía Nacional (art. 395-B)	Penas para auxiliares jurisdiccionales (art. 396)
Acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido	4 a 6 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	6 a 15 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	4 a 7 años de pena privativa de libertad e inhabilitación	5 a 8 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa
Solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida	5 a 8 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	8 a 15 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa	5 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación	5 a 8 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa

Cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo específico (art. 395), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B) y corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396): Elaboración propia. Abril 2022.

El art. 401 A. del CP dispone que, en todo caso, se deben decomisar los donativos, dádivas o presentes, que serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los determinados organismos públicos, y serán vendidos en subasta pública aquellos bienes que no sirvan para este fin de manera que su producto constituirá ingresos del Tesoro Público (art. 401-b del CP).

4.6.3. El sistema colombiano

Las penas de estos delitos son de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, si bien difieren en cuanto a su duración:

1. El cohecho propio del art. 405 del CP prevé penas de prisión de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses.
2. El cohecho impropio del art. 406 del CP dispone que las penas para el servidor público son de prisión de sesenta y cuatro a ciento veintiséis meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses.
3. La modalidad de cohecho impropio prevista en el párrafo segundo del art. 406 del CP prevé las penas de prisión de treinta y dos a noventa meses, multa de cuarenta a setenta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta meses.

El art. 33 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) introdujo una causal de agravación de la pena para varios de los tipos penales del CP, siempre que la conducta se cometa por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado, caso en el cual la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad.

Finalmente, el delito de concusión lleva aparejadas las penas siguientes: prisión de seis a diez años, multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a ocho años.

4.6.4. Análisis comparativo

Como muestra la tabla recogida en el Anexo I a este capítulo, los sistemas analizados sancionan las distintas modalidades de cohecho pasivo con penas de prisión y multa y, en la mayoría de los casos, también con la inhabilitación.

En lo referente a las modalidades de cohecho pasivo propio, mientras que la mayoría de los sistemas analizados prevén una pena máxima de prisión de 10 años o más, España, Argentina y Colombia se diferencian del resto por prever unos máximos más reducidos (6, 6 y 8 años, respectivamente).

Resulta complicado agrupar los países que sancionan específicamente el cohecho pasivo impropio teniendo en cuenta la duración de las penas previstas, ya que las penas máximas de prisión previstas oscilan desde los 4 hasta los 12 años.

Finalmente, en cuanto a las modalidades de cohecho pasivo de facilitación, aquellos países que prevén una figura específica para su sanción fijan una pena máxima de 1 a 3 años de prisión, si bien el ordenamiento jurídico colombiano se aleja de dicho límite al establecer una pena de prisión máxima de 5 años.

4.7. Especificidades relativas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional

La Convención de Palermo exige a los Estados la tipificación como delito y penalización de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales siempre que “sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado” (art. 3.1). Los sistemas nacionales analizados dan cumplimiento a esta exigencia a través de los tipos penales generales, sin que se hayan detectado tipos o cualificaciones específicas dirigidos a contemplar los casos de cohecho pasivo de funcionarios públicos nacionales, de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, algo que, de producirse, llevará a su tratamiento por la vía del correspondiente concurso de delitos.

4.8. Estrategias de acción para América Latina y Colombia

4.8.1. Estrategia de acción para América Latina

Con base en el análisis realizado, se proponen las siguientes estrategias de acción para los sistemas latinoamericanos. En primer lugar, en relación con el concepto de funcionario o servidor público, sería conveniente seguir el modelo de los textos internacionales (Convención de Palermo, Convención de Mérida, Directiva (UE) 2017/1371), no limitar el mismo al cargo formalmente ostentado y definirlo con base en el criterio del ejercicio de la función pública o de la prestación de un servicio público, dejando claro que tal ejercicio puede tener lugar en el contexto de Administraciones públicas de toda clase (de distintas entidades territoriales e incluyendo organismos o empresas públicas), con carácter temporal, y que puede accederse al ejercicio de dicha función por distintas vías (también por elección).

En segundo lugar, con el fin de evitar los vacíos legislativos, con vendría que los sistemas nacionales opten por sancionar de manera expresa el delito de cohecho pasivo subsiguiente, esto es, cuando el empleado público solicita o recibe el beneficio indebido con posterioridad a haber realizado la conducta por la que se le retribuye.

Parece asimismo razonable, en tercer lugar, proponer un castigo expreso del cohecho de facilitación (en la línea de España o Argentina) para evitar lagunas de punibilidad. Esta modalidad comprende el supuesto en el que el empleado público admite, por sí o por persona interpuesta, el beneficio indebido en consideración a su cargo o función, no a cambio de realizar (o no) una determinada conducta.

En cuarto lugar, se recomienda que la norma penal castigue las tres conductas más comunes constitutivas de cohecho pasivo: solicitar, aceptar y recibir. En esta línea, la normativa colombiana no castiga expresamente la conducta del funcionario que solicita un beneficio indebido.

Para evitar lagunas de punibilidad, conviene, en quinto lugar, que la regulación penal recoja de manera expresa que se castigan los actos cohecho realizados tanto de forma directa como indirecta y en beneficio del empleado público o de un tercero.

En cuanto a las penas, convendría, en sexto lugar, que todos los sistemas establecieran de manera expresa la pena de inhabilitación para el empleado público.

En lo relativo a las modalidades de cohecho pasivo de facilitación, aquellos países que prevén una figura específica para su sanción fijan una pena máxima de 1-3 años de prisión, si bien el ordenamiento jurídico colombiano (si entendemos que el párrafo segundo del art. 406 contiene esta modalidad) se aleja sin una clara justificación de dicho límite al establecer una pena de prisión máxima muy superior de hasta 90 meses (7 años y medio).

Finalmente, convendría tipificar como modalidad cualificada de cohecho pasivo la comisión de los hechos en el seno de una organización o grupo criminal, en particular de naturaleza transnacional, y facilitar en estos casos la aplicación de las modalidades específicas de decomiso, blanqueo, recuperación de activos y medidas procesales específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada, así como “figuras premiales de aplicación factible” y “medidas eficaces de protección de las personas que colaboren con la justicia” (Díez Ripollés et. al., 2003: 4).

4.8.2. Estrategia de acción para Colombia

A la luz del análisis realizado, se recomienda la siguiente estrategia de acción para Colombia. En primer lugar, debido a que los sistemas (como el colombiano) que se basan en listados de personas que pueden ser consideradas funcionarias públicas, sin ofrecer una definición general que tenga en cuenta el ejercicio de la función pública, presentan el inconveniente de poder dejar fuera del ámbito de aplicación de los tipos penales analizados algunos supuestos análogos, sería conveniente que, siguiendo el modelo de los textos internacionales, se adopte una definición de funcionario o servidor público que no esté limitada al cargo formalmente ocupado y basada en el ejercicio de la función pública.

En segundo lugar, sería interesante que se sancionara de manera expresa el delito de cohecho pasivo subsiguiente, esto es, situaciones en las que es el propio empleado público quien solicita o recibe el

beneficio indebido tras haber realizado (u omitido) la conducta, que es precisamente la que le está siendo retribuido.

En tercer lugar, con el fin de evitar vacíos legislativos, se propone que se regule explícitamente el cohecho de facilitación. Se pretende así punir la conducta del empleado público que solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, un beneficio indebido, no a cambio de realizar (o no) una determinada conducta, sino en consideración a su cargo o función.

En cuarto lugar, como se ha indicado, las tres conductas más comunes constitutivas de cohecho pasivo son solicitar, aceptar y recibir. La normativa colombiana no castiga expresamente la conducta del funcionario que solicita un beneficio indebido, por lo que conveniría que se hiciera referencia a ella.

Finalmente, como también se ha adelantado, la pena máxima de prisión prevista en Colombia para el cohecho pasivo de facilitación es muy elevada (7 años y medio) en comparación con el resto de sistemas que tipifican la citada figura (de uno a tres años), sin que parezca existir una justificación para ello. De ahí que se proponga reducir el máximo previsto por el ordenamiento colombiano para acercarlo al máximo previsto en los demás sistemas analizados.

5. EL COHECHO ACTIVO

5.1. Primera aproximación a la regulación normativa

5.1.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, el cohecho activo, cometido por particulares, se regula en el art. 424 del CP y pretende ser el reverso simétrico de las modalidades de cohecho pasivo, en el sentido de castigar al particular que ofrezca o entregue dádiva o retribución de cualquier otra clase “a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar” (arts. 419 y 410 del CP), o “en consideración a su cargo o función” (art. 422 del CP); o

que atiende a la solicitud del mismo. No obstante, la coincidencia entre las modalidades de cohecho activo y pasivo no es plena, entre otras cuestiones, porque no se prevé la modalidad de cohecho subsiguiente (art. 421 del CP) (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 705; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 387-388). Aunque regulado en el título XIII, debe mencionarse el art. 286 *ter* del CP, el cual tipifica la corrupción (activa) en la realización de actividades económicas internacionales (y en el que el sujeto corrupto es una autoridad o funcionario público), y al que se hará referencia en el capítulo 8 del presente volumen.

En Italia, el cohecho activo se regula en el art. 321 del CP, según el cual se aplicarán las penas de los arts. 318 y 319 del CP al particular que haya realizado el pago. Por su parte, el art. 319 *quater* (párrafo segundo) del CP castiga la modalidad activa en los supuestos de inducción indebida a dar o prometer beneficios, mientras que el art. 317 del CP no sanciona la modalidad activa. Los apartados 1 y 2 del art. 322 del CP tipifican la modalidad activa de la instigación a la corrupción.

Finalmente, en EE.UU., el cohecho activo se recoge en la sección 201(b)(1), mientras que la modalidad activa del delito sobre “gratificaciones” se sanciona en la sección 201(c)(1)(A) (título 18 del U.S.C.). La modalidad activa del delito de la sección 666 (del título 18 U.S.C.) se regula en el apartado (a)(2). Por el contrario, la modalidad activa del delito de la sección 1951(b)(2) (del título 18 U.S.C.) no es típica, es decir, sólo se sanciona la modalidad pasiva.

5.1.2. Sistemas latinoamericanos

En Argentina el delito de cohecho activo se regula en art. 258 del CP, recogido en el capítulo VI del título XI (delitos contra la administración pública) del libro II del CP. Por su parte, en Brasil, el delito de *corrupção ativa* se prevé en el art. 333 del CP, mientras que, en Chile, el delito de cohecho activo se encuentra en los arts. 250 y 250 *bis* del CP. Del mismo modo, en México, el delito de cohecho activo se contiene en el art. 222 del CP, recogido en el capítulo X (cohecho) del título décimo (delitos por hechos de corrupción) del libro segundo del CP. En Perú, el cohecho activo reviste las siguientes

clases: (a) el cohecho activo genérico (art. 397 del CP), el cohecho activo específico (art. 398 del CP) y el cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A del CP).

5.1.3. El sistema colombiano

El art. 407 del CP regula el cohecho por dar u ofrecer, un delito común que castiga al que “dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público”, en los casos de cohecho propio e impropio. Las penas son las de prisión de cuarenta y ocho a ciento ocho meses, multa de 66,66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses.

5.1.4. Análisis comparativo

Los sistemas analizados tipifican en el mismo título y/o capítulo del CP correspondiente a las modalidades pasivas y activas del cohecho de funcionarios nacionales, por lo que nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo a las modalidades pasivas. En aquellos de los sistemas que tipifican el delito de concusión (Italia, EEUU, Brasil, México, Perú y Colombia), la modalidad activa (la conducta llevada a cabo por el particular) es atípica.

5.2. Bien jurídico

No es habitual individualizar el bien jurídico menoscabado por el delito de cohecho activo. Generalmente se incluye entre los delitos contra la administración pública y no se concreta un bien jurídico distinto del infringido por el cohecho pasivo. En consecuencia, nos remitimos a lo señalado en relación con dicho delito en la sección 4.2 del presente capítulo.

5.3. Sujeto activo y pasivo

5.3.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, el sujeto activo de las modalidades de cohecho activo es el particular. En cuanto al sujeto pasivo, nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo a la modalidad pasiva. Por su parte, el art. 427 *bis* del CP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de cohecho.

En cuanto a Italia, el sujeto activo de las modalidades de cohecho activo previstas en los arts. 321 del CP (en relación con los arts. 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter* y 320 del CP), y en los apartados 1 y 2 del art. 322 del CP (instigación a la corrupción) es el particular, por lo que se trata de tipos comunes (Trinci, 2020: 321)⁵⁸. Como se ha explicado anteriormente, el sujeto pasivo de los mencionados tipos penales es la administración pública (Trinci, 2020: 317).

Finalmente, en EE.UU., el sujeto activo de las modalidades activas de los delitos relativos al cohecho de funcionarios públicos estatales (recogidas en las secciones 201(b)(1), 201(c)(1)(A) y 666(a)(2) del título 18 del U.S.C.) puede ser cualquier persona, dado que las citadas secciones se refieren a “quien” (*whoever*) lleva a cabo la conducta, sin exigir ninguna cualidad específica, por lo que se trata de tipos comunes.

5.3.2. Sistemas latinoamericanos

En Argentina, el cohecho activo es, en principio, un delito común que puede cometer cualquiera, al no existir ninguna restricción en cuanto al círculo de posibles sujetos activos del delito. En caso de que el autor sea un funcionario público, la pena se agrava y se prevé para él también la inhabilitación especial. Por último, la ley 27.401

⁵⁸ El sujeto activo del tipo penal previsto en el párrafo segundo del art. 319 *quater* del CP (inducción indebida a dar o prometer beneficios) también es el particular. Por el contrario, en el delito de concusión (art. 317 CP), el particular es considerado una víctima, por lo que no se sanciona su conducta y, por ende, no puede ser sujeto activo.

de 2017 prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos.

En Brasil, el cohecho activo también es un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, incluso un funcionario público que no esté en el ejercicio de sus funciones. Igualmente, en Chile el cohecho activo es un delito común que puede cometer cualquiera. Además, en Chile las personas jurídicas pueden ser también sujeto activo de este tipo de delitos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 20393. La misma regulación encontramos en México, donde el cohecho activo constituye un delito común, y, conforme al art. 11 *bis* del CP, puede ser cometido también por las personas jurídicas.

En Perú, tanto el cohecho activo genérico (art. 397 del CP) como el específico (art. 398 del CP) son delitos comunes (en este último caso se agrava la pena cuando el sujeto activo es un abogado o es parte de un estudio de abogados que corrompe a un magistrado, fiscal, secretario, relator o testigo). Así mismo, también es un delito común el cohecho activo en el ámbito de la función policial previsto en el art. 398-A del CP.

5.3.3. El sistema colombiano

El art. 407 del CP regula el cohecho por dar u ofrecer, un delito común que castiga al que “dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público”, en los casos de cohecho propio e impropio. Las penas son las de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis puntos sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. Se trata de un delito común, que puede cometer cualquiera⁵⁹.

Si bien en Colombia no existe reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir de la Ley 1778

⁵⁹ En este sentido, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018: 17), que apunta que el sujeto es indeterminado (no cualificado).

de 2016 mediante la cual se “[...] dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, se establece el régimen de responsabilidad administrativa de sociedades por la conducta de soborno transnacional y cohecho por dar u ofrecer, cuando están presentes requisitos específicos. Aclaro, el escenario es estrictamente administrativo sancionatorio y no penal, aunque se relacione con conductas tipificadas en el CP colombiano en sus arts. 433 y 407⁶⁰.

5.3.4 Análisis comparativo

En todos los sistemas nacionales analizados las distintas modalidades activas de cohecho se configuran como delitos comunes que puede cometer cualquier persona. En algunos de ellos se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas por esta clase de delitos, que puede ser penal (como en España) o administrativa (como en Colombia).

5.4. Conducta objetiva típica

5.4.1. Sistemas no latinoamericanos

5.4.1.1 España

En España, las modalidades de cohecho activo incluyen tanto las modalidades de cohecho propio (arts. 419 del CP) e impropio (art. 420 del CP) como las del cohecho de facilitación (art. 422 del CP), el cual cumple la función de un tipo de recogida. Por el contrario, no contempla la modalidad de cohecho subsiguiente (art. 421 del CP) (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 705-707; Ortiz de Urbi-

⁶⁰ Un detallado análisis de estas cuestiones puede verse en Mantilla, M. A. (2021), “Personas jurídicas: ¿responsabilidad administrativa por delitos o infracciones, o responsabilidad penal? Algunas consideraciones sobre la ley 1778 de 2016”, *UNA Rev. Derecho* (en línea). Vol. 6 (2), diciembre 2021, pp. 125-150.

na Gimeno, 2021: 387-388). Por ello, nos remitimos a lo señalado en la sección anterior con respecto a la conducta típica correspondiente a cada una de las modalidades.

No obstante, debe señalarse que, mientras que el apartado primero del art. 424 del CP castiga las acciones típicas de ofrecer o entregar dádiva o retribución de cualquier otra clase cuando la iniciativa corruptora sea del particular, el apartado segundo castiga la acción típica de entregar cuando la iniciativa corruptora sea del funcionario público (Muñoz Conde, 2021: 961; Blanco Cordero, 2015: 306). El verbo “ofrecer” se refiere a la propuesta del particular (a la autoridad o funcionario público) de la entrega inmediata o futura de una dádiva o retribución, mientras que “entregar” significa la entrega efectiva a la autoridad o funcionario público (o a la persona interpuesta) de la dádiva o retribución. Cuando la iniciativa corruptora sea del funcionario, el hecho de llegar a un acuerdo de entrega futura de la dádiva no realiza el tipo de esta modalidad de cohecho, sino que habrá que esperar a la entrega efectiva para poder sancionar al particular (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 705-707; Blanco Cordero, 2015: 306-307; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 387-388).

5.4.1.2. *Italia*

En cuanto a Italia, el CP sanciona la conducta del particular en los supuestos de cohecho activo de los arts. 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter* y 320 del CP (art. 321 del CP) y de inducción indebida del art. 319 *quater* del CP (párrafo segundo), mientras que en los supuestos de concusión del art. 317 del CP no se prevé la sanción del particular, por considerar que se ha visto obligado y que es una víctima.

Con respecto a la conducta típica prevista en el art. 321 del CP, el particular debe dar o prometer dinero u otro beneficio al funcionario público o persona encargada de un servicio público para el ejercicio de sus funciones o competencias; para omitir o retrasar un acto de su cargo o para realizar un acto contrario a sus deberes oficiales; por haber omitido o retrasado un acto de su cargo o por haber realizado un acto contrario a sus deberes oficiales; para favorecer o perjudicar a una parte en un procedimiento civil, penal o administrativo (Trinci, 2020: 321).

Dado que el delito tiene una estructura bilateral, para que se consuma, es necesario que el funcionario público acepte la entrega o la promesa, ya que, de lo contrario, se cometerá el delito del art. 322 del CP, el cual tipifica en relación con la instigación a la corrupción, además de la solicitud por parte del funcionario (apartados 3 y 4), el ofrecimiento por parte del particular (apartados 1 y 2) en los supuestos de cohecho “para el ejercicio de la función” y “por actos contrarios a los deberes oficiales” (Trinci, 2020: 321; Giglio, art. 321). La iniciativa corruptora puede partir del funcionario público, pero, en cualquier caso, se considera necesario que el mismo reciba lo dado o acepte la promesa para entender que se ha consumado el delito del art. 321 CP (Trinci, 2020: 321).

5.4.1.3. Estados Unidos

En lo referente a EE.UU., la sección 201(b)(1) (del título 18 U.S.C.) tipifica el cohecho activo, definiendo la conducta típica como la de quien ofrece o promete de forma corrupta “algo de valor” a un funcionario público o a una persona seleccionada para ser funcionario público (u ofrece o promete a los anteriores la entrega de “algo de valor” a otra persona o entidad) con la intención (*intent*) de: (a) “influir en cualquier acto oficial”; (b) influir en dicha persona para que cometa o ayude a cometer, o colabore en, o permita, cualquier fraude, o dé oportunidad a la comisión de cualquier fraude, a los EE.UU.; o (c) de inducir a dicha persona a realizar u omitir cualquier acto en violación de su deber legal.

La sección 201(c)(1)(A) (del título 18 U.S.C.) prevé la modalidad activa de la disposición sobre “gratificaciones”, y prohíbe la conducta de quien, de otra manera que no sea la prevista por la ley para el correcto cumplimiento del deber oficial, directa o indirectamente, entregue, ofrezca o prometa “algo de valor” a un funcionario público, a quien haya sido funcionario público o a quien haya sido seleccionado para ser funcionario público “por o a causa de cualquier acto oficial realizado o por realizar” por dicho funcionario o persona. En lo que se refiere a la diferencia entre ambos tipos penales, nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo a la modalidad pasiva.

La modalidad activa del delito tipificado en la sección 666 (del título 18 U.S.C.) prevé la conducta de quien entrega, ofrece o acuerda entregar “algo de valor” a cualquier persona “con la intención de influenciar o recompensar a un agente de una organización o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia del mismo” en relación con un negocio, transacción o serie de transacciones de dicha organización, gobierno o agencia que implique cualquier cosa de valor de 5.000 dólares o más (sección 666(a)(2)), siempre que la entidad para la que el acusado actuaba como agente recibiera más de 10.000 dólares al año en ayudas federales. La sección 1951 sólo tipifica la modalidad pasiva, porque el particular que paga es considerado una víctima (Green, 2013: 40-42).

5.4.2. Sistemas latinoamericanos

En Argentina, el art. 258 del CP describe como conductas típicas el dar u ofrecer dádivas a un funcionario. En el caso del cohecho activo impropio del art. 259 del CP, las conductas consisten en presentar u ofrecer una dádiva. El delito se consuma con la presentación u ofrecimiento de la dádiva, sin que sea necesaria la aceptación del funcionario. La doctrina mayoritaria entiende que no resulta posible la tentativa (D’Alessio, 2004: 836).

En Brasil, las conductas típicas consisten en ofrecer o prometer una ventaja indebida a un funcionario público, para determinarlo a realizar, omitir o demorar un acto oficial (art. 333 del CP). Si se obtiene el resultado de que el empleado demora u omite un acto oficial, o lo realiza en incumplimiento del deber de su cargo, se agrava la pena.

En Chile, se castigan las conductas de dar, ofrecer o consentir en dar. Existe en Chile un debate acerca de la naturaleza jurídica del delito de cohecho. La doctrina mayoritaria sigue el modelo del acuerdo ilícito. Se configura así, dice la doctrina, un delito fraccionado de dos actos, en el que la conducta del sujeto activo debe ir dirigida a incentivar la conducta del empleado público o del particular. Si bien no es exigida la conducta de la contraparte para la consumación, constituye una exigencia típica la determinación del objeto de la oferta/solicitud que manifiesta el acuerdo ilícito completo. Por ello, las figuras del cohecho pasivo y del cohecho activo están cons-

truidas de forma simétrica, de forma que el particular (art. 250 CP) que consiente en dar un beneficio económico, debe haber recibido de parte del funcionario público (aunque no lo exija el tipo penal de manera expresa), una solicitud con ese objeto y el ofrecimiento de un acto propio del cargo en infracción de deberes (art. 248 bis CP) (García Palominos, 2019: 131 et. seq.). El Ministerio Público no coincide con esta opinión doctrinal y considera que cohecho activo y pasivo constituyen delitos independientes que no necesariamente exigen un acuerdo ilícito entre empleado público y particular (arcía Palominos, 2019: 131 et. seq.).

En México, las conductas previstas son las de dar, prometer o entregar.

En Perú, el art. 397 del CP castiga el cohecho activo genérico. Parecen castigarse las conductas paralelas y opuestas llevadas a cabo por el particular, en relación con las conductas de cohecho pasivo propio e impropio regulados en los arts. 393 y 394 del CP, sancionando las conductas del tercero que corrompen o tratan de corromper al funcionario o servidor público. El precepto castiga el cohecho activo impropio en su modalidad de comisión como de omisión por parte del empleado público, que omite actos propios de su cargo sin faltar a su obligación. El delito se consuma cuando el sujeto activo ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio. Por su parte, el cohecho activo específico del art. 398 del CP castiga las conductas de ofrecer, dar, entregar o prometer. Similares conductas se castigan en el cohecho activo en el ámbito de la función policial del art. 398-A del CP (ofrecer, dar o prometer)

PAIS	Conducta 1	Conducta 2	Conducta 3	Conducta 4	Conducta 5	Conducta 6
Perú	Ofrecer	Dar	Entregar	Prometer		
Argentina	Ofrecer	Dar			Presentar	
Brasil	Ofrecer			Prometer		
Chile	Ofrecer	Dar				Consentir en dar
México	Prometer	Dar	Entregar			

5.4.3. El sistema colombiano

El art. 407 del CP regula el cohecho por dar u ofrecer que castiga al que “dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos de cohecho propio e impropio”. De acuerdo con la Corte Suprema, el delito de cohecho es bilateral, al encontrarse, de un lado, quien realiza la oferta para corromper y, de otro, el sujeto público que la acepta. Expresamente señala que:

[...]esta especie delictiva, a diferencia de muchas otras, que también afectan a la administración pública, no es unilateral, sino bilateral, pues de un lado está quien hace la oferta para corromper y, de otro, quien accede a ello y traiciona su compromiso de hacer respetar la constitución y la ley y de actuar de manera transparente, honesta y eficaz⁶¹.

El particular, por lo tanto, da u ofrece dinero u otra utilidad al servidor público para que este lleve a cabo las conductas de cohecho propio o impropio. La Corte Suprema considera que se trata de un delito de peligro, que se consuma cuando se realizan las conductas típicas, “no importando, por consiguiente, el sentido positivo o negativo de la respuesta del destinatario de la oferta, para que la conducta del particular se perfeccione como comportamiento punible”⁶².

5.4.4. Análisis comparativo

Los tipos penales que castigan el cohecho activo castigan las conductas de ofrecer (España, EE.UU., Perú, Argentina, Brasil, Chile, Colombia), prometer (Italia, EE.UU., Perú, Brasil), entregar (Perú, México) o dar (España, Italia, EE.UU., Perú, Argentina, Chile, México, Colombia) beneficios o ventajas a los empleados públicos. Se configuran como tipos mixtos alternativos y de mera actividad, no siendo necesario conseguir la finalidad que persigue el sujeto activo. Además, en algunos sistemas nacionales se agrava la pena si el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido (Brasil).

⁶¹ CSJ. Cas. Penal. Sent. 15/04/2015 MP Jose Luis Barceló Camacho (39.156).

⁶² CSJ. Cas. Penal. Sent. 14/05/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (40.392).

En España se castiga al particular que comete la modalidad de cohecho subsiguiente, la cual no está presente en otros sistemas. Por su parte, en Italia el delito de cohecho tiene estructura bilateral, por lo que para castigar el cohecho activo es necesario que el empleado público acepte la entrega o promesa. De no ser así, se cometerá el delito de instigación a la corrupción. Pese a que la Corte Suprema de Colombia lo haya definido como un delito bilateral, no lo entiende en el sentido de la legislación italiana, en tanto que ha dejado claro que no es necesario que el destinatario de la oferta la acepte para que se perfeccione la conducta del particular como comportamiento punible.

No todos los sistemas nacionales, sin embargo, se refieren expresamente a la posibilidad de que la conducta típica se lleve a cabo tanto de forma directa como indirecta y en beneficio del empleado público o de un tercero (sí que lo admite expresamente, por ejemplo, la normativa argentina).

Finalmente, nos remitimos a lo ya explicado en cuanto a la naturaleza del beneficio o ventaja, que no necesariamente debe ser de naturaleza económica y que ha de tener un carácter necesariamente indebido (así lo interpreta también la jurisprudencia colombiana).

5.5. Tipo subjetivo

5.5.1. Sistemas no latinoamericanos de referencia

En España, todas las modalidades de cohecho son dolosas (Sánchez Lázaro & Vizuela Fernández, 2016: 701-703; Muñoz Conde, 2021: 959; Blanco Cordero, 2015: 289, 294, 296). El art. 424 del CP exige, además, que el particular actúe con un elemento subjetivo de lo injusto (adicional al dolo) que, dependiendo del supuesto en concreto, consistirá en la finalidad de que el funcionario realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o para que no realice o retrase injustificadamente el que debiera practicar; o la finalidad de que el funcionario realice un acto propio de su cargo; aunque la consumación del delito de cohecho activo tampoco requiere que la autoridad o funcionario público realice efectivamente la conducta contrapartida de la dádiva (Sánchez Lázaro & Vizuela Fernández,

2016: 707-708; Blanco Cordero, 2015: 306), por lo que se trata de un delito de resultado cortado, en tanto que la finalidad del particular al realizar la acción típica se dirige a la obtención de un resultado independiente de él.

En Italia, todas las modalidades de cohecho y de inducción indebida requieren el dolo del particular, es decir, la conciencia y voluntad en relación con todos los elementos del tipo. Conforme al art. 321 del CP (cohecho activo), el dolo del particular debe abarcar el hecho de que está dirigiendo su conducta hacia un funcionario público con el fin de remunerarlo por un acto de su cargo, y el carácter indebido de la prestación (Trinci, 2020: 321)⁶³. Además, se requiere la finalidad específica (dolo específico), como elemento subjetivo de lo injusto, de celebrar el *pactum sceleris* para alcanzar el fin representado por el acto, sin que sea relevante para que se consume el delito que ese objetivo se alcance realmente (Trinci, 2020: 321). La instigación a la corrupción del art. 322 del CP se caracteriza, en el caso del particular (apartados 1 y 2), por la finalidad específica (dolo específico), como elemento subjetivo de lo injusto, de inducir al funcionario público a realizar un acto contrario a los deberes oficiales o al ejercicio de sus funciones o competencias (Trinci, 2020: 322).

Finalmente, en EE.UU. la sanción por cohecho activo exige que el particular que realiza la conducta actúe con la intención (*intent*) de: (a) “influir en cualquier acto oficial” (sección 201(b)(1)). Por el contrario, la sección 201(c)(1)(A), la cual tipifica la modalidad activa de la disposición sobre “gratificaciones”, requiere que el particular lleve a cabo la conducta “por o a causa de cualquier acto oficial realizado o por realizar” por el funcionario público (o quien haya sido funcionario público o quien haya sido seleccionado para ser funcionario público) en cuestión. Por último, en el caso del delito tipificado en la sección 666, el apartado (a)(2) exige, para que pueda ser sancionada la conducta del particular, que la misma sea realizada “con la intención de influenciar o recompensar a un agente de una

⁶³ En el art. 319 *quater* del CP (inducción indebida), el dolo del particular debe incluir el carácter abusivo de la conducta del funcionario y el carácter indebido de la prestación. Vid. Trinci (2020: n. 319 *quater*).

organización o de un gobierno estatal, local o tribal indio, o cualquier agencia del mismo” en relación con un negocio, transacción o serie de transacciones de dicha organización, gobierno o agencia que implique cualquier cosa de valor de 5.000 dólares o más. Dado que el Tribunal Supremo ha requerido el mismo *dolus specialis* (en relación con el *quid pro quo*), además del dolo genérico, en relación con las modalidades activas y pasivas de los delitos contenidos en las Secciones 201(b) y 666, nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo a la modalidad pasiva.

5.5.2. Sistemas latinoamericanos

En todos los sistemas analizados las conductas del particular son dolosas. Así, por ejemplo, en Argentina, el art. 258 es un delito doloso, que sólo admite el dolo directo. Requiere además una finalidad consistente en que la entrega o promesa se realice con el fin de obtener alguna de las conductas previstas en los arts. 256, 256 bis y 257. En el caso del cohecho activo impropio (art. 259), también es doloso, en el que sólo parece posible el dolo directo. Se exige una finalidad ulterior, que la dádiva sea presentada u ofrecida al funcionario en consideración a su cargo (D’Alessio, 2004: 831).

El art. 333 del CP de Brasil es un delito doloso, que requiere que el sujeto activo ofrezca o prometa la ventaja indebida con la finalidad de que el empleado público practique, omita o retrase un acto de su cargo. Por su parte, en Chile, se trata de un delito doloso, y se contienen diferentes finalidades consistentes en que el empleado público cometa alguna de las modalidades de cohecho pasivo indicadas.

En México se exige que el sujeto activo actúe con la finalidad de que el empleado público haga u omita un acto relacionado con sus funciones, su empleo, cargo o comisión. Finalmente, en Perú, todas las modalidades de cohecho activo (genérico (art. 397 del CP), específico (art. 398 del CP) y en el ámbito de la función policial (art. 398-A del CP) constituyen delitos dolosos.

5.5.3. El sistema colombiano

Desde el punto de vista subjetivo es un delito doloso. La finalidad del sujeto activo debe ser que el servidor público realice las conductas de cohecho propio o impropio. Esto es, su conducta debe realizarse: (a) para que el servidor público retarde u omita un acto propio de su cargo o para que ejecute uno contrario a sus deberes oficiales; o (b) por acto que el servidor público deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

Es objeto de debate si, para la consumación del delito, es o no necesario que el servidor público reciba o acepte el dinero o la utilidad. Para algunos esto es imprescindible. Para otros, y también para la jurisprudencia, no se requiere dicha recepción o aceptación, pues la remisión a los artículos anteriores constituye un elemento subjetivo, en concreto, la finalidad que persigue el sujeto activo⁶⁴. Algún autor entiende que cabe la tentativa en aquellos casos en los que la entrega o el ofrecimiento queden frustrados por razones ajenas a la voluntad del particular (Morales Carrillo, 2020: 59).

Desde el punto de vista procesal, el Estatuto Anticorrupción introdujo una causal adicional para la aplicación del principio de oportunidad para los delitos de cohecho. Así en el art. 40 de la Ley 1474 de 2011 se adicionó en el núm. 18 del art. 324 de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

⁶⁴ El documento Tipologías de corrupción en Colombia (2018: 18; 74, nota al pie 50). También se refiere a esta cuestión y a la postura de la jurisprudencia Morales Carrillo (2020: 59).

5.5.4. Análisis comparativo

En los sistemas nacionales analizados se configura el cohecho activo como un delito doloso. Algunos sistemas no admiten el dolo eventual, y requieren la presencia de dolo directo.

Al igual que ocurre con el cohecho activo, han de estar presentes elementos subjetivos de lo injusto. Algunos sistemas exigen que la dádiva se entregue u ofrezca en beneficio del empleado público o de un tercero (Chile). Asimismo, se requiere en numerosos sistemas examinados que el sujeto activo persiga la finalidad de que el funcionario realice un acto contrario a los deberes de su cargo o no realice o retrase de manera injustificada el que debiera hacer, o para que el funcionario realice un acto propio de su cargo. Se trata de delitos de tendencia interna trascendente, que no precisan que se logren tales objetivos para su consumación. Puesto que la consecución de los fines perseguidos no depende del sujeto activo, sino del empleado público corrupto, se puede decir que constituyen normalmente delitos de resultado cortado.

5.6. Penas previstas

5.6.1. Sistemas no latinoamericanos

5.6.1.1. España

En España, el art. 424 del CP prevé “las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida”, en sus respectivos casos, para el particular. Conforme a lo previsto en el apartado tercero del art. 424 del CP:

[...] si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.

Además, el art. 427 *bis* del CP prevé una serie de penas para los supuestos en los que, conforme al art. 31 *bis* del CP, una persona jurídica es responsable de los delitos de cohecho.

El CP español prevé un supuesto en el que se contempla la rebaja de la pena (art. 425 del CP), relativo a “[c]uando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”. Se trata de una pena atenuada en función de la menor exigibilidad de la conducta debido a la situación en la que se encuentra la persona que actúa así (Muñoz Conde, 2021: 963; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 388; Blanco Cordero, 2015: 309). Sorprendentemente, el legislador excluye al propio reo de la posibilidad de aplicación de la atenuación (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 708-709; Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 388)

Por su parte, el art. 426 del CP español prevé lo que la doctrina y el Tribunal Supremo califican como una excusa absolutoria, aplicable únicamente al particular, destinada a incentivar la denuncia por parte del particular que no haya tenido la iniciativa corruptora (Ortiz de Urbina Gimeno, 2021: 388-389; Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 709; Muñoz Conde, 2021: 963; Blanco Cordero, 2015: 311). El citado artículo exige la concurrencia cumulativa de los siguientes requisitos para que el particular quede exento de pena por el delito de cohecho: (a) la iniciativa corruptora debe ser de la autoridad o funcionario público; (b) el particular debe haber accedido ocasionalmente a la solicitud (por lo que no se exige que sea la primera vez, pero excluye los supuestos en los que exista un trato continuado); y (c) la denuncia debe realizarse “ante la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación” y, además, “antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos” (Sánchez Lázaro & Vizueta Fernández, 2016: 709; Blanco Cordero, 2015: 311-312; Muñoz Conde, 2021: 963).

5.6.1.2. Italia

En Italia, en los supuestos de cohecho activo, el art. 321 del CP prevé las mismas penas de prisión para el particular que las previstas en los arts. 318, 319, 319 bis, 319 ter y 320 CP para el funcionario público o encargado de un servicio público⁶⁵. Por su parte, los apartados 1 y 2 del art. 322 del CP (instigación a la corrupción) prevén las mismas penas que las establecidas en los arts. 318 y 319 del CP, pero reducidas en un tercio. Asimismo, téngase en cuenta lo señalado en el apartado correspondiente al cohecho pasivo en relación con la circunstancia agravante del art. 319 bis del CP (en relación con las conductas del art. 319 del CP) y el tipo penal correspondiente a la corrupción en los actos judiciales del art. 319 ter del CP (en relación con los hechos de los arts. 318 y 319 del CP).

El art. 317 bis del CP prevé la aplicación de penas accesorias al particular en los supuestos de condena por los delitos de cohecho activo (art. 321 del CP) y de instigación a la corrupción (art. 322 del CP), pero no prevé su aplicación al particular en los casos de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater*, párrafo segundo). En cuanto a su contenido y duración, nos remitimos a lo señalado en el apartado correspondiente al cohecho pasivo. Mientras que el art. 323 bis no prevé la aplicación al particular de la circunstancia atenuante prevista en su párrafo primero en los supuestos de cohecho activo del art. 321 del CP (no obstante, lo cual, la doctrina dominante, con apoyo en la jurisprudencia, considera el cohecho activo incluido por referencia, para evitar diferencias de trato no razonables (Mongillo, 2019: 244)), sí prevé la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en su párrafo segundo en los mismos casos. Por el contrario, contempla la aplicación de ambas atenuantes al particular en los supuestos de instigación a la corrupción (art. 322 del CP) y de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater* del CP). La causa de no punibilidad del art. 323 ter del CP resulta de aplicación al particular en los casos de cohecho activo (art. 321 CP)

⁶⁵ El art. 319 *quater* prevé una pena más leve para el particular “inducido” en los supuestos de inducción indebida a dar o prometer beneficios: una pena de prisión de hasta 3 años (o de hasta 4 años si ofende los intereses financieros de la UE y el daño o el beneficio supera los 100.000€).

y de inducción indebida a dar o prometer beneficios (art. 319 *quater* del CP). En cuanto a los requisitos de ambas figuras, nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo al cohecho pasivo.

5.6.1.3. *Estados Unidos*

En EE.UU., las penas previstas para la modalidad activa de los delitos de las secciones 201(b), 201(c) y 666 son las mismas que las previstas para la modalidad pasiva, por lo que nos remitimos a lo señalado en el apartado relativo a la modalidad pasiva.

5.6.2. **Sistemas latinoamericanos**

En Argentina, el art. 258 del CP castiga con la pena de prisión de uno a seis años, al que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 *bis* del CP, primer párrafo. En caso de que la dádiva se haga u ofrezca con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 *bis*, segundo párrafo y 257, la pena es de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable es funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo. Asimismo, dispone el art. 259 *bis* del CP que se ha de imponer de manera conjunta una multa de dos a cinco veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada. En el caso del cohecho activo impropio del art. 259 del CP, la pena a imponer es de prisión de un mes a un año. Finalmente, respecto de todos los delitos, dispone el art. 259 *bis* del CP que se ha de imponer conjuntamente una multa de dos a cinco veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

En Brasil, la corrupción activa del art. 333 del CP se castiga con la pena de prisión (*reclusão*) de dos a doce años y multa. Se agrava la pena en un tercio si, en razón de la ventaja o de la promesa, el empleado demora u omite un acto oficial, o lo realiza en incumplimiento del deber de su cargo. Por su parte, en el caso chileno, el art. 250 del CP prevé las mismas penas de multa e inhabilitación para el

particular que para el empleado público. Además, se prevén penas privativas de libertad en función de la conducta solicitada al empleado público⁶⁶. En cuanto a México, la pena prevista para el cohecho activo y el pasivo es la misma. Dispone el art. 222 del CP que:

Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones:

Quando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de

⁶⁶ Si se persigue un cohecho pasivo del art. 248 del CP (aceptar beneficio al que el empleado público no tiene derecho) inciso primero: pena de reclusión menor en su grado medio (de 541 días a 3 años), en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo (de 61 a 540 días), en el caso del beneficio consentido. Si se persigue un cohecho pasivo del art. 248, inciso segundo, del CP (aceptar beneficio para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo): pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años), en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de 61 días a 3 años), en el caso del beneficio consentido. Si se persigue un cohecho pasivo del art. 248 *bis* (aceptar beneficio para omitir o por haber omitido acto propio del cargo, o para ejecutar o haber ejecutado acto con infracción de deberes del cargo): pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo (de 3 años a 10 años), en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años), en el caso del beneficio consentido. Si se persigue un cohecho pasivo del art. 249 (aceptar beneficio para cometer los crímenes o delitos contenidos en el título examinado): pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo (de 3 años a 10 años), en el caso del beneficio dado u ofrecido, o con reclusión menor en sus grados medio a máximo (de 541 días a 5 años), en el caso del beneficio consentido. Las penas previstas en este inciso se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate. Tratándose de un cohecho que medie en causa criminal a favor del imputado, cometido por su cónyuge o su conviviente civil, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas (art. 250 *bis* del CP). Por último, los bienes recibidos por el empleado público caerán siempre en comiso (art. 251 del CP).

prisión y de treinta a cien días multa. [...] Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa. [...] En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, las mismas se aplicarán en beneficio del Estado.

Finalmente, en Perú, el cohecho activo genérico del art. 397 del CP, cuando la finalidad de la ventaja sea la comisión de un cohecho propio por parte del empleado público, se castiga con la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, y, con 365 a 730 días-multa. Cuando el objetivo sea un cohecho impropio la pena es la privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, y, con 365 a 730 días-multa.

Tratándose del cohecho activo específico del art. 398 del CP, cuando el destinatario de la ventaja sea magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo, la pena es la privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, y, con 365 a 730 días-multa. Si el destinatario es secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del art. 36, y, con 365 a 730 días-multa. Cuando el sujeto activo es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del art. 36, y, con 365 a 730 días-multa. Por último, en el caso del cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A del CP), si el objetivo es que se cometa un cohecho propio, la pena es la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Si se persigue un cohecho impropio la pena es la privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Sujeto Activo	Conducta	Penas
Particular o Funcionario Público	Ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones (Cohecho Activo Propio)	4 a 6 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa
	Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación (Cohecho Activo Impropio)	3 a 5 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa

Cohecho activo genérico (art. 397 del CP), elaboración propia. Abril 2022.

5.6.3. El sistema colombiano

Las penas son las de prisión de cuarenta y ocho a ciento ocho meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses.

5.6.4. Análisis comparativo

En su mayoría, los sistemas analizados prevén las penas de prisión y multa —y, en ocasiones, también la inhabilitación— para sancionar las distintas modalidades de cohecho activo. Como puede comprobarse en la tabla recogida en el Anexo II, en el ámbito del cohecho activo propio, la mayoría de los países analizados prevén una pena máxima de prisión de 10 años o más, mientras que España y Argentina establecen un máximo de 6 años de prisión (y Perú, de 8 años). En cuanto a la regulación del cohecho activo impropio, entre los sistemas que prevén una figura específica, algunos la sancionan con una pena máxima de 4-6 años de prisión (como España, Chile y Perú), mientras que otros contemplan una pena máxima más elevada (de 8 o 12 años, como Italia o Brasil). En aquellos países en los que se tipifica expresamente el cohecho activo de facilitación, la pena máxima prevista ronda de 1 a 3 años de prisión, excepto en Colombia que puede llegar hasta los 5 años.

5.7. Especificidades de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional

La Convención de Palermo exige a los Estados la tipificación como delito y penalización de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales siempre que “sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado” (art. 3.1). Los sistemas analizados dan cumplimiento a esta exigencia a través de los tipos penales generales, sin que se hayan detectado tipos o cualificaciones específicas dirigidos a contemplar los casos de cohecho activo de funcionarios públicos nacionales, de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, algo que, de producirse, llevará a su tratamiento por la vía del correspondiente concurso de delitos.

5.8. Estrategia de acción para América Latina y Colombia

5.8.1. Estrategia de acción para América Latina

Con base en el análisis realizado, se recomienda la siguiente estrategia de acción para América Latina. En primer lugar, puede ser conveniente establecer una agravación de la pena para los casos en los que el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido (tal y como se realiza en Brasil).

Convendría, además, en segundo lugar, que los sistemas nacionales opten por sancionar de manera expresa el delito de cohecho activo subsiguiente, esto es, cuando el particular entrega el beneficio indebido con posterioridad a que el empleado público haya realizado la conducta por la que se le retribuye.

Parece asimismo razonable, en tercer lugar, proponer un castigo expreso del cohecho de facilitación, es decir, aquel en el que el sujeto activo entrega el beneficio indebido en consideración al cargo o función del empleado público.

En cuarto lugar, es altamente recomendable, para evitar lagunas de punibilidad, que la regulación penal recoja de manera expresa

que se castigan los actos cohecho realizados tanto de forma directa como indirecta y en beneficio del empleado público o de un tercero.

En quinto lugar, se observan en materia de penas importantes diferencias en el ámbito del cohecho activo propio, pues la mayoría de los países analizados prevén una pena máxima de prisión de 10 años o más (Colombia 108 meses, 9 años), mientras que España, y Argentina establecen un máximo de 6 años de prisión (y Perú, de 8 años), por lo que convendría acercar los máximos de la pena de prisión. De manera similar, convendría aproximar las penas del cohecho activo impropio, pues entre los sistemas que prevén una figura específica, algunos la sancionan con una pena máxima de 4-6 años de prisión, mientras que otros contemplan una pena máxima más elevada (de 8 o 12 años).

Finalmente, es recomendable que se prevea, conforme a los principios jurídicos de cada Estado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (soborno); igualmente la inclusión como tipo cualificado específico de la comisión de los hechos por quien pertenezca o colabore con una organización o grupo criminal, en particular de naturaleza transnacional, así como la extensión a estos casos de la aplicación de “figuras premiales de aplicación factible” y “medidas eficaces de protección de las personas que colaboren con la justicia” (Díez Ripollés et. al., 2003: 4) y demás medidas específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada (en materia de decomiso, blanqueo, recuperación de activos, procesales...).

5.8.2. Estrategia de acción para Colombia

A la luz del estudio realizado, se realizan las siguientes recomendaciones en relación con el sistema colombiano. En primer lugar, y en la línea de lo antes mencionado, es interesante valorar la posibilidad de incluir una agravación de la pena para los casos en los que el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido.

Conviene, en segundo lugar, reflexionar sobre la posibilidad de sancionar de manera explícita del delito de cohecho activo subsidiario, esto es, cuando el particular entrega el beneficio indebido

con posterioridad a que el empleado público haya realizado la conducta por la que se le retribuye.

En tercer lugar, podría servir para cubrir lagunas de punibilidad la inclusión del cohecho de facilitación, es decir, aquel en el que el sujeto activo entrega el beneficio indebido en consideración al cargo o función del empleado público.

En cuarto lugar, en vista de que el ordenamiento colombiano parece prever el mismo marco penal para las conductas de cohecho activo propio, impropio y de facilitación, con una pena máxima de prisión de 108 meses (9 años) que se aleja del máximo que oscila entre 4 a 6 años en la mayoría del resto de sistemas analizados en el caso del cohecho activo impropio o de 1 a 3 años en el de facilitación, se propone reducir las penas máximas previstas para los casos de cohecho activo impropio y de facilitación.

Finalmente, se recomienda, de ser posible, que se incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (soborno), al igual que la previsión, como tipo cualificado específico, de la comisión de los hechos por quien pertenezca o colabore a una organización o grupo criminal, en particular de naturaleza transnacional, facilitando igualmente la aplicación en estos casos de las modalidades específicas de lucha contra la delincuencia organizada (decomiso, blanqueo, recuperación de activos y otras medidas procesales específicas), así como medidas premiales y protectoras de las personas colaboradoras con la justicia (Díez Ripollés et. al., 2003: 4).

6. REFLEXIONES FINALES

Además de las estrategias de acción recomendadas para América Latina en general, y para Colombia en particular, en las secciones 4.8 y 5.8 de este capítulo, finalizamos el presente capítulo con las siguientes reflexiones finales:

1. Los sistemas nacionales utilizan normalmente los términos “corrupción”, “soborno” o “cohecho” (este podríamos decir de manera mayoritaria en los países de habla hispana) para

referirse a este fenómeno delictivo. Acogen así la terminología que recomiendan los instrumentos internacionales.

2. El análisis de los diversos sistemas nacionales evidencia distintas posturas en cuanto al bien jurídico protegido, si bien se observa que un importante sector doctrinal pone el acento en que lo protegido es el normal o correcto funcionamiento de la administración pública (también los hay que ponen el acento en el deber, honradez, integridad y probidad de los empleados públicos). A partir de ahí, se dividen las posturas entre aquellos partidarios de que lo protegido es el principio de imparcialidad como eje central de dicho funcionamiento (España, Italia, Chile, Perú y Colombia), y otros, como en el caso de Colombia, que aluden a los principios de transparencia, legalidad, imparcialidad y objetividad.
3. Tanto en los sistemas nacionales como en los instrumentos internacionales son dos las modalidades de corrupción o cohecho de funcionarios públicos nacionales: la activa y la pasiva. Salvo en algunos supuestos, las modalidades de cohecho se centran esencialmente en el cohecho antecedente, sin alcanzar propiamente, por tanto, al llamado cohecho subsiguiente o por recompensa, ni al cohecho de facilitación.
4. En la línea de los instrumentos internacionales, el cohecho pasivo es un delito especial, que solo pueden cometer quienes reúnen la cualidad de ser empleados públicos. Los verbos típicos utilizados en la mayoría de los sistemas nacionales de referencia coinciden en su mayoría con los utilizados en los instrumentos internacionales: solicitar o aceptar, directa o indirectamente, un beneficio que redunde en su propio provecho (en el del funcionario) o en el de otra persona o entidad. Desde el punto de vista subjetivo es un delito doloso, y exige que el funcionario persiga la obtención de un beneficio para sí mismo o para otra persona o entidad (que no ha de ser necesariamente valorable económicamente). Asimismo, la finalidad específica ha de ser que la actuación o abstención de actuar del funcionario se realice en el cumplimiento de sus funciones oficiales. En cuanto a las penas, los sistemas analizados sancionan las distintas modalidades de cohecho pasivo

con penas de prisión y multa y, en la mayoría de los casos, también con la inhabilitación.

5. En los sistemas nacionales de referencia el cohecho activo es un delito común, no se exige ninguna cualidad específica para ser sujeto activo. Sujetos pasivos de la acción han de serlo, con carácter general, empleados públicos. Las conductas típicas incluyen la mayoría de los verbos empleados en los instrumentos internacionales: ofrecer, prometer o entregar (o sinónimos) un beneficio o ventaja indebida, de forma directa o indirecta. Desde el punto de vista subjetivo las conductas son dolosas. Con carácter general, se exige que el sujeto activo persiga finalidades específicas, normalmente que el funcionario público actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. La consumación del delito no requiere que se consiga dicha finalidad. Algunos sistemas nacionales no exigen ninguna finalidad, castigándose exclusivamente la conducta típica cuando se realiza en atención al cargo del empleado público. En cuanto a las penas, la mayoría de los sistemas analizados prevén las penas de prisión y multa —y, en ocasiones, también la inhabilitación— para sancionar las distintas modalidades de cohecho activo.
6. Si bien los instrumentos internacionales animan a los Estados a castigar la tentativa del delito de cohecho, esto no siempre es admitido en los sistemas nacionales al tratarse de delitos de mera actividad. Los instrumentos internacionales animan a sancionar también determinados actos preparatorios.
7. En cuanto a la autoría y participación, los instrumentos internacionales requieren el castigo de los actos de participación como cómplice (Convención de Palermo) o como “colaborador o instigador” (Convención de Mérida) o como “autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión” (Convención interamericana).
8. A pesar de la preocupación reflejada en sus preámbulos por la relación entre delincuencia organizada y corrupción, el

concepto de corrupción empleado por los tratados internacionales anticorrupción olvida “su extensión y su carácter organizado” (Olasolo & Galain Palermo, 2022: 242), lo que merece ser muy criticado. En este sentido, es de reclamar de los Estados, cuanto menos, la inserción como tipo cualificado de la comisión de los hechos en el seno de una organización o grupo criminal, así como la previsión de formas premiales y medidas eficaces de protección de cuantos colaboren con la justicia. Igualmente, sería muy recomendable la extensión a estos supuestos de las modalidades específicas de decomiso, blanqueo, recuperación de activos y medidas procesales específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada.

9. Pese a la insistencia de los instrumentos internacionales de que se adopten medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, no todos los sistemas nacionales optan por atribuir responsabilidad penal a las mismas, siendo en todo caso imprescindible la adopción de medidas específicas y eficaces de responsabilización de las personas jurídicas, a la vista de su frecuente involucración o instrumentación en los hechos de corrupción.
10. Es habitual que los sistemas nacionales realicen una mención expresa a la posibilidad de decomisar los productos de la corrupción, si bien se echa de menos al mismo tiempo, alguna referencia expresa en la normativa penal a la reparación e indemnización a las víctimas de los delitos de corrupción.
11. Por último, es conveniente que los sistemas nacionales prevean plazo de prescripción amplio o prolongado (con la posibilidad de que se pueda interrumpir) que permita la persecución eficaz ante los tribunales de los hechos en caso de que el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abanto, M. (2006). “Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios”. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*. Vol. 7. Pp. 181-233.
- Acale, M. (2015). “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español”. En: Puente, L. (Ed.). *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico. Milano: Universidade da Coruña, A Coruña. Pp. 11-53.
- Aguilar, Ureña, Vargas, & Rodríguez, L. (2021). “Configuración del cohecho en conductas de corrupción: responsabilidad del personal de la Policía Nacional”. En: Graterol et. al. (Eds.). *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica*. Maracaibo: Astro Data. Pp. 605-624. <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/2097/Derechos%20humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=605>.
- Alves, R. (2015). “O Tratamento Jurídico-Penal da Corrupção Administrativa Sob a Perspectiva do Direito Comparado”. *Revista Transgressões*. Vol. 3(1). Pp. 23-37.
- Artaza, O. (2016). “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, *Polít. crim.* Vol. 11 (21). Pp. 307-339. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A11.pdf.
- Blanco, I. (2015). “Artículos 419 a 427 bis: del cohecho”. En: Gómez, M. (Ed.). *Comentarios prácticos al Código penal*. Vol. 5. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 281-320.
- Carmona, C. (2019). *Cohecho en funcionario de la administración pública: facultades discrecionales*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168019>
- D’Alessio, A. (2004), *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*. Arts. 79 a 306, 1º Ed. Buenos Aires: La Ley.
- De la Cuesta, J. (2017). *Nuevas Fronteras del Derecho Penal*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- De la Cuesta, J. (2018). “La corrupción: un fenómeno complejo precisado de una política criminal integral”. En: Morales et. al. (Eds.). *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Pamplona: Aranzadi. Pp. 819-834.

- De la Mata, J. (2004). La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella: reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo mediante la oferta, entrega o promesa de dádiva o presente. Granada: Comares.
- Di Nicola, V. (2020). “Codice penale n. 323 ter”. En: Beltrani, S. (Ed.). *Codice Penale. I codici commentati giuffrè*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Díez, J. (2003). “Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Conclusiones y recomendaciones”, *Boletín Criminológico*. Vol. 66. Pp. 1-4.
- Espinosa, I. (2021). “Evolución legislativa del delito de cohecho en México”. *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Vol. 1 (1). Pp. 28-53.
- Fiore, S. (2020). “Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti”. Funzioni simboliche e deterrenza “latente” nell’uso della non punibilità”. *La legislazione penale*. Pp. 1-25.
- Gambardella, M. (2019). “Il grande assente della Nuova “Legge Spazzacorrotti”: Il microsistema delle fattispecie di corruzione”. *Cassazione Penale*. Vol. 1. Pp. 44-73.
- García, G. (2019). “(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 et. Seq. CP)”. *Polít. crim.* Vol. 14 (27). Pp. 122-172.
- Giglio, V. (2021). *Codice Penale annotato con la giurisprudenza*. <https://www.filodiritto.com/codici/codice-penale>.
- Green, S. (2013). “Official and commercial bribery: should they be distinguished?”. En: Alldridge, P. & Horder, J. (Eds.). *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 39-65.
- Henning, P. (2002). “Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law”. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 18. Pp. 739-865.
- Huber, B. (2003). “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”. *Revista penal*. Vol. 11. Pp. 95-116.
- Mantilla, M. (2021). “Personas jurídicas: ¿responsabilidad administrativa por delitos o infracciones, o responsabilidad penal? Algunas consideraciones sobre la ley 1778 de 2016”. *UNA Rev. Derecho (en línea)*. Vol. 6 (2). Pp. 125-150.
- Martínez, R. (2019). “Cohecho pasivo propio. Análisis del artículo 393 del Código penal”. *Actualidad Penal*. Vol. 65. Pp. 135-162.

- Mendelsohn, M. (2020). "The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review: USA". En: Mendelsohn, M. (Ed.). *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review*. Londres: The Law Reviews.
- Mongillo, V. (2012). *La corrupción tra esfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Mongillo, V. (2019). "La legge spazzacorrotti: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione". *Diritto penale cont.* Vol. 5. Pp. 231-311.
- Montoya, Y. (2015.). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Morales, P. (2020). *Responsabilidad penal del servidor público por la comisión de los delitos de cohecho propio, prevaricato por acción y desplazamiento forzado en procesos de licenciamiento ambiental de proyectos de interés nacional estratégico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, F. (2021). *Derecho Penal. Parte Especial. 23ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro, F. (2016). "Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 18-25. Pp. 1-40.
- Olasolo, H. & Galain, P. (2022). "La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada". *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXXV, n.2. Pp. 227-249.
- Oliver, G. (2021). "Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)". *Polít. Crim.* Vol. 16 (32). Pp. 773-797.
- Ortiz, I. (2021). "Delitos contra la Administración pública". En: Silva, J. (Ed.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. 7ª Edición*. Barcelona: Atelier. Pp. 373-404.
- Rodríguez, M. (2010). "Modificaciones en materia de cohecho (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426 y 427)". En: Álvarez et. al. (Eds.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 465-474.
- Sánchez, F. & Vizueta, J. (2016), "Delitos contra la Administración pública II". En: Romero, Sola & Boldova (Eds.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Granada: Comares, Pp. 697-723.

- Selim, S. (2020). “Observaciones críticas sobre la Ley n. 3/2019 –Italia (la denominada ley spazzacorrotti)”, *Polít. Crim.*, Vol. 15, N° 30. Pp. 1051-1056.
- Trinci, A. (2020). “Codice penale n. 317, Codice penale n. 318, Codice penale n. 319, Codice penale n. 319 quater, Codice penale n. 320, Codice penale n. 321, Codice penale n. 322”. En: Beltrani, S. (Ed.). *Codice Penale. I codici commentati giuffrè*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2012-2015). “El delito de cohecho y sus manifestaciones”. *Problemas Actuales Del Derecho Penal*. Vol. I. Pp. 207-243.
- Viganò, F. (2017). “Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano de lege lata y ferenda”. En: Castro, A. & Otero, P. (Eds.). *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson. Pp. 253-274.
- Wunderlich, A. (2017). “Art. 312 a 327” En: Reale, M. *Código Penal comentado*. (Ed.). São Paulo: Saraiva.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. (2020). “A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition”. *Foreign Corrupt Practices Act*. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN). (2018). *Tipologías de corrupción en Colombia Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Del cohecho y la concusión*. Bogotá: Unidos contra la Corrupción.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2ª ed.* Nueva York.

ANEXO I
Tabla comparativa de penas para delitos de cohecho pasivo

	España	Italia	EEUU	Argentina	Brasil	Chile	México	Perú	Colombia
Cohecho pasivo propio	Art. 419: prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 9 a 12 años	- Art. 319: prisión de 6 a 10 años - Art. 322 (párr. 3-4) (instigación): misma pena, pero reducida en un tercio	Sección 201 (b): multa de hasta 250.000 dólares, y/o prisión de hasta 15 años (e inhabilitación facultativa)	Art. 256: reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua	Art. 317: pena de prisión de 2 a 12 años, y multa agravada en un tercio	Art. 248 bis (párr. 1): reclusión de 3 años y un día a 10 años, inhabilitación absoluta temporal y multa (x2-x4)	Art. 222.I: dependiendo de la cantidad/valor de la dádiva: a) de 3 meses a 2 años de prisión y multa (30-100 días); o b) de 2 a 14 años de prisión y multa (100-150 días)	- Art. 393: pena privativa de libertad (5-8, 6-8 o 8-10 años), inhabilitación y multa - Art. 395-A: pena privativa de libertad (5-10, 6-10 o 8-12 años) e inhabilitación	Art. 405: prisión de cuarenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses
Cohecho pasivo impropio	Art. 420: prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 5 a 9 años	- Art. 318: (instigación): prisión de 3 a 8 años - Art. 322 (párr. 3-4)	15 años (e inhabilitación facultativa)		Art. 317: pena de prisión de 2 a 12 años y multa	Art. 248 (párr. 1): reclusión de 541 días a 3 años, inhabilitación absoluta temporal y multa (x1-x2)		- Art. 394: pena privativa de libertad (4-6 o 5-8 años), inhabilitación y multa - Art. 395-B: pena privativa de libertad (4-7 o 5-8 años) e inhabilitación	Art. 406 (párr. 1): prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses
Cohecho pasivo de facilitación	Art. 422 CP: prisión de 6 meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a 3 años	(instigación): misma pena, pero reducida en un tercio	Sección 201(c): prisión de hasta 2 años de multa de 250.000 dólares	Art. 259: prisión de un mes a 2 años, inhabilitación absoluta de 1 a 6 años	Art. 317: pena de prisión de 2 a 12 años y multa	Art. 248 (párr. 1): reclusión de 541 días a 3 años, inhabilitación absoluta temporal y multa del tanto del beneficio			Art. 406 (párr. 2): prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses

	España	Italia	EEUU	Argentina	Brasil	Chile	México	Perú	Colombia
Otras modalidades	Art. 421 CP (subsiguiente): misma pena que en los arts. 419 y 420 CP	Art. 319 ter (en actos judiciales): prisión (6-12, 6-14, o 8-20 años)	Sec. 666: prisión de hasta 10 años y/o multa de hasta 250.000 dólares	Art. 257 (ámbito judicial): prisión o reclusión de 4 a 12 años e inhabilitación especial perpetua	Art. 317 (cuando cede a la solicitud/ influencia de otro): prisión de 3 meses a un año o multa		Art. 222. III (cohecho del legislador federal): misma pena	-Art. 395 (específico): pena privativa de libertad (6-15 o 8-15 años), inhabilitación y multa -Art. 396 (auxiliares jurisdiccionales): pena privativa de libertad (5-8 años), inhabilitación y multa	
Penas accesorias		Art. 317 bis: inhabilitación y prohibición		Art. 259 bis: multa					

ANEXO II
Tabla comparativa de penas para delitos de cohecho activo

	España	Italia	EEUU	Argentina	Brasil	Chile	México	Perú	Colombia
Cohecho activo propio	Art. 424: remisión al art. 419; prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses	- Art. 321: remisión al art. 319; prisión de 6 a 10 años - Art. 322 (párr. 1-2): misma pena, pero reducida en un tercio	- Sec. 201(b): multa de hasta 250.000 dólares, y/o prisión de hasta 15 años	Art. 258 (en relación con el art. 256): prisión de 1 a 6 años. Si es funcionario público, además inhabilitación especial de 2 a 6 años	Art. 333: pena de reclusión de 2 a 12 años, y multa, agravada en un tercio	Art. 250: inhabilitación absoluta temporal y multa (x2-x4) (remisión al art. 248 bis), y pena de reclusión (distinta duración en función de si el beneficio ha sido dado, ofrecido, o consentido: de 541 días a 10 años)	Art. 222.II: dependiendo de la cantidad/valor de la dádiva: a) de 3 meses a 2 años de prisión y multa (30-100 días); o b) de 2 a 14 años de prisión y multa (100-150 días)	- Art. 397.I: pena privativa de libertad de 4 a 6 años; inhabilitación, y multa (365-730 días) - Art. 398-A.I: pena privativa de libertad de 4 a 8 años	Art. 407: En los supuestos de los arts. 405 y 406: prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (108) meses, multa de sesenta y seis, punto sesenta y seis (66.66), a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cuarenta y cuatro (144) meses.
Cohecho activo impropio	Art. 424: remisión al art. 420; prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses	- Art. 321: remisión al art. 318; prisión de 3 a 8 años - Art. 322 (párr. 1-2): misma pena, pero reducida en un tercio		Art. 333: pena de reclusión de 2 a 12 años, y multa	Art. 250: inhabilitación absoluta temporal y multa (x1-x2) (remisión al art. 248.II), y pena de reclusión (distinta duración en función del beneficio: de 61 días a 5 años)			- Art. 397.II: pena privativa de libertad de 3 a 5 años; inhabilitación, y multa (365-730 días) - Art. 398-A.II: pena privativa de libertad de 3 a 6 años	
Cohecho activo de facilitación	Art. 424: remisión al art. 422; prisión de 6 meses a un año		- Sec. 201(c): prisión de hasta 2 años y/o multa de hasta 250.000 dólares	Art. 259: prisión de un mes a un año		Art. 250: inhabilitación absoluta temporal y multa del tanto del beneficio (remisión al art. 248.I), y pena de reclusión (distinta duración en función del beneficio: de 61 días a 3 años)			

	España	Italia	EEUU	Argentina	Brasil	Chile	México	Perú	Colombia
Otras modalidades	Art. 425 (en causa criminal a favor del reo); prisión de 6 meses a un año	Art. 321: remisión al art. 319 (ter en actos judiciales); prisión (6-12, 6-14, o 8-20 años)	Sec. 666: prisión de hasta 10 años y/o multa de hasta 250.000 dólares	Art. 258 (en relación con el art. 257): reclusión o prisión de 2 a 6 años. Si es funcionario, además inhabilitación especial (3-10)		Art. 250 bis (en causa criminal a favor del imputado): multa de los arts. 248 o 248 bis		Art. 398 (específico): pena privativa de libertad (5-8, 4-8 o 3-8 años); inhabilitación, y multa	
Penas accesorias		Art. 317 bis: inhabilitación y prohibición		Art. 259 bis: multa					
Causa de no punibilidad	Art. 426	Art. 323 ter							

Capítulo 2

*El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas**

MARCO SCOLETTA*

SARA BIANCA TAVERRITI*

1. INTRODUCCIÓN: DINÁMICA CRIMINOLÓGICA DE LA ‘CORRUPCIÓN INTERNACIONAL’ ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL Y DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN

Con el aumento del comercio internacional y la globalización de la economía —y la consiguiente organización multinacional de las

* Esta contribución es el resultado de una investigación y reflexión conjunta; sin embargo, las primeras secciones (1, 2, 3) han sido redactadas por (y son atribuibles a) Marco Scoletta, mientras que las siguientes secciones (4, 5, 6) han sido redactadas por (y son atribuibles a) Sara Bianca Taverriti.

* Profesor asociado en Derecho penal en el Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” de la Universidad de Milano (Italia).

* Investigadora postdoctoral en Derecho Penal de la Universidad de la Insubria (Como) y, de forma previa, de la Universidad de Milán (Italia). Licenciada en Derecho y doctora en Derecho Penal por la Universidad de Milán (Italia), con una Maestría en Profesiones Legales por la misma universidad, y abogada. Investigadora responsable por Italia del Proyecto “Safe reporting of crime for victims and witnesses with irregular migration status in the USA and Europe” de la Universidad de Oxford (Reino Unido) e investigadora del proyecto europeo “VISA RoC - Victims with Irregular migration Status’ sAfe Reporting of Crimes”. Participa en proyectos y enseña en cursos universitarios, postuniversitarios y doctorales en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, justicia restaurativa, violencia de género y derecho penal. Ha sido Visiting Scholar en la Universidad de California, Berkeley, y becaria Erasmus en la Universidad Paris XII (Francia).

empresas— hemos sido testigos de la propagación de los fenómenos de corrupción a escala mundial y a una evolución de sus manifestaciones (Mongillo, 2012: 3-23; Ruggiero, 2010: 87-105; Zapatero & Nieto Martín, 2006; Zapatero & Nieto Martín, 2013; Nieto Martín, 2003: 3-26; Nieto Martín, 2004: 47-151). La tendencia a sobornar a los funcionarios del país extranjero para exportar sus bienes y servicios, u obtener contratos y negocios en el exterior, fue la práctica de desarrollo de las empresas multinacionales (Blanco Cordero, 2019: 1-47).

Por otro lado, la progresiva transferencia de competencias tradicionalmente reservadas a los Estados a los organismos internacionales ha propiciado el surgimiento de una nueva forma de corrupción, dirigida a funcionarios de organismos internacionales.

Para abordar el tema de la “corrupción internacional” es necesario, en primer lugar, ofrecer un panorama de las dinámicas criminológicas que ilustren cuáles son las manifestaciones más frecuentes de este fenómeno.

En cuanto a los rasgos que caracterizan la corrupción internacional, existen diversas peculiaridades: (a) la fragmentación de la conducta delictiva, realizada en diferentes áreas geográficas; (b) la participación en el esquema de corrupción de los líderes político-administrativos de un país extranjero (Spahn, 2009: 169-177); (c) la presencia de empleados de empresas privadas o controladas por el estado como destinatarios del soborno; (d) la inclusión en el pacto de soborno de terceros, como intermediarios con la administración pública del país extranjero, que sin embargo siguen siendo ajenos a la administración pública (*vid.*: por ejemplo el caso Eni-Saipem; Scollo, 2020: 1-32); y (e) la contigüidad con otras actividades delictivas como blanqueo de capitales, delitos económicos y crimen organizado (Buscaglia & Van Dijk, 2003: 3-34).

Con especial referencia a esta última hipótesis, se debe considerar que el crimen organizado y la corrupción pueden estar en una relación de “mutua instrumentalidad”, dependiendo del contexto: en ocasiones, el crimen organizado puede actuar como una herramienta para la realización de un propósito corruptor (Sansò-Rubert, 2005: 45-61); en otras ocasiones, la corrupción servirá como medio para lograr los propósitos de la organización criminal. En el primer caso,

ensemos en la empresa multinacional que utiliza a un miembro de la asociación delictiva o su red de contactos territoriales para sobornar al funcionario público en el exterior; con referencia al segundo, pensemos en la corrupción de un funcionario público extranjero para permitir —por ejemplo— la realización de tráfico ilícito (drogas, contrabando o seres humanos) (por ejemplo, en el caso colombiano véase Ronderos, 2003: 207-236).

Pues bien, proyección de las dinámicas criminológicas vinculadas a la corrupción en una dimensión transnacional hace que sus consecuencias se produzcan en la vida política, en la acción administrativa y en la competencia económica de otros países, replicando las dinámicas de deslocalización de las externalidades negativas del capitalismo globalizado (Mark Ruhl, 2011: 33-58). En los casos más graves, las consecuencias llegan hasta los cimientos de la democracia y preceden a la violación de los derechos humanos (Almagro et. al., 2018; Burneo Labrín, 2009; Aguilar Barreto, et. al., 2021; Ambos et. al., 2021: 25-86; Berdugo Gómez de la Torre, 2019: 168-175). Por lo tanto, la represión de la corrupción es una prioridad en la agenda político-criminal de los Estados con una economía abierta (entrante o saliente).

Teniendo esto en cuenta, es necesario delimitar el campo de investigación para excluir algunas hipótesis que también podrían evocar el concepto de “corrupción internacional”, que sin embargo quedan fuera del alcance de esta discusión. Para despejar el campo de posibles malentendidos, se debe aclarar de inmediato que el concepto de corrupción internacional difiere del de corrupción transnacional y la corrupción cometida en el exterior.

La expresión sintética “corrupción internacional” alude a una hipótesis particular de corrupción que se caracteriza (no solo, sino también) por los sujetos involucrados y, en particular, por su origen. De hecho, este fenómeno delictivo puede ocurrir en el caso de que un funcionario público extranjero o un funcionario de organismos internacionales sea corrupto. La dimensión transfronteriza del fenómeno criminal no es, por tanto, un rasgo esencial de esta figura, aunque es estadísticamente frecuente que la corrupción internacional adquiera un alcance transnacional, especialmente cuando se hace referencia a la hipótesis de corrupción de funcionarios extranjeros.

Como una primera aproximación, el delito objeto de este análisis se puede identificar como la corrupción que involucra a un funcionario extra-estatal, que puede pertenecer a la administración pública de un estado extranjero o a una organización supranacional. A los efectos del análisis posterior, conviene mantener diferenciadas estas dos hipótesis, ya que revelan distintas dinámicas criminológicas y opciones políticas criminales que varían de un sistema jurídico a otro.

Para un trámite más ordenado, entonces será apropiado referirse a los esquemas de corrupción generalmente utilizados en dogmática para identificar los diferentes tipos de corrupción. En particular, con referencia al agente, será necesario mantener separadas las hipótesis de corrupción activa (incriminación de la conducta del corruptor) de las de corrupción pasiva (incriminación de la conducta del funcionario corrupto). De ahí la necesidad de diferenciar unos niveles de análisis en el transcurso del estudio comparativo que se realizará a continuación y que se podrán identificar a partir de ahora: (a) soborno activo de funcionarios públicos extranjeros; (b) soborno activo de funcionarios de organizaciones internacionales (de ámbito universal y regional); (c) soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros; y (d) soborno pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales (de ámbito universal y regional).

Con referencia a la estructura del delito, se utilizará la distinción entre cohecho propio e impropio, dependiendo de si el acto objeto de comercio es conforme o contrario al cargo del agente público corrupto.

En relación con los métodos de explicación del *iter criminis*, se puede hacer una distinción entre corrupción previa y posterior. Incluso en estos casos, de hecho, existen asimetrías en las opciones de criminalización tomadas en los distintos Estados.

Finalmente, en relación con la estructura del presente capítulo, esta es la siguiente. En la sección 2 se dedica a la política criminal, para en la sección 3 analizar las fuentes internacionales universales y regionales pertinentes para los casos de que se trate. A continuación, en la sección 4, nos dedicaremos al análisis comparativo de los ordenamientos no latinoamericanos (Alemania, Reino Unido, España, Francia, Italia y Estados Unidos) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con una especial referencia al sistema

colombiano. La estructura de comparación adoptada para cada ordenamiento es aquella que esté organizada por elementos del delito, teniendo siempre en cuenta cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros, de funcionarios de organizaciones internacionales y regionales. En particular, cada subsección contendrá la exposición de: la regulación normativa más relevante, el debate sobre el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos, la conducta objetiva típica, el tipo subjetivo y las penas previstas. Las especificidades en materia de corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) serán tratadas en la sección 5, donde se considera las generalidades relacionadas con la corrupción transnacional y la delincuencia organizada, y las estrategias de acción a la luz de la dimensión transnacional del crimen. Finalmente, la sección 6 recogerá las conclusiones y las propuestas de acción de *lege ferenda*.

2. ANÁLISIS DE POLÍTICA CRIMINAL CON RESPECTO A LOS DIVERSOS MODELOS DE TIPIFICACIÓN DEL COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Durante mucho tiempo, la conducta de la corrupción internacional permaneció excluida de la represión penal, ya que los casos de corrupción sancionados por la legislación nacional no pudieron basarse en la corrupción de funcionarios extranjeros u organismos internacionales. En consecuencia, era común recurrir impunemente al soborno de funcionarios extranjeros / internacionales para facilitar sus operaciones comerciales.

Las razones que llevaron a la reflexión sobre la conveniencia de criminalizar estos comportamientos son, al menos en parte, diferentes para la corrupción del funcionario público extranjero y la del funcionario de organismos internacionales. En esta segunda dimensión, la necesidad de equiparar el contexto público internacional al doméstico es dominante o, en todo caso, concurrente. Así, las presiones que animan las opciones de política criminal represiva de la corrupción del funcionario de organismos internacionales (regionales o universales) son similares a las publicistas que tradicionalmente

se encuentran en el contexto de la criminalización de la corrupción doméstica: la protección del buen desempeño y de la imparcialidad de la administración y la transparencia de su trabajo

Por otro lado, el debate sobre la criminalización de la corrupción de funcionarios extranjeros tiene sus raíces en el fortalecimiento de un activo legal diferente: la competencia leal en el comercio internacional. Con el aumento del comercio internacional, amplificado por la globalización de la economía, la magnitud de este fenómeno ha alcanzado proporciones alarmantes, hasta el punto de ocupar un lugar primario en la agenda política de muchos países (Mongillo, 2012: 15-23; Carnevali & Artaza, 2016: 53-90). Además, las fuertes discrepancias en el tratamiento legal resaltadas en el contexto de las diversas legislaciones nacionales generaron un desequilibrio competitivo para los estados que adoptaron soluciones más severas, favoreciendo en cambio las legislaciones más laxas y una tendencia contextual hacia la migración de la “criminalidad corruptiva” hacia los países más permisivos.

Por lo tanto, considerando el lado de la corrupción en el tráfico internacional, es necesario tener en cuenta que las razones por las que las decisiones político-criminales directas en relación con la corrupción internacional también pueden ser radicalmente variadas y, incluso, antitéticas.

Si bien los países con economías más desarrolladas, que ya han hecho suya la opción de criminalizar la corrupción internacional, esperan que el mismo modelo también sea replicado en otros estados, a fin de asegurar un terreno comercial internacional uniforme en términos de competencia, los países en desarrollo ven en la desalieneación jurídica una oportunidad para la expansión de su poder y la posibilidad de atraer flujos de capital a su territorio.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

3.1. *Ámbito universal*

La fuente internacional más relevante para el crimen en cuestión es sin duda la “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores

Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, adoptada por la conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 en París y en vigor desde 15 febrero 1999. Para esta Convención, el sistema legal estadounidense era un caso aislado a nivel mundial en la represión de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

La Convención ha sido ratificada por 44 países, entre ellos: para América Latina, Argentina (2001), Brasil (2000), Chile (2001), Colombia (2012), Costa Rica (2017), México (1999), Perú (2018); para Europa: Austria (1999), Bulgaria (1998), República Checa (2000), Dinamarca (200), Estonia (2004), Finlandia (1998), Francia (2000), Alemania (1998), Grecia (1999), Islandia (1998), Irlanda (2003), Italia (2000), Letonia (2014), Lituania (2017), Luxemburgo (2001), Países Bajos (2001), Noruega (1998), Polonia (2000), Portugal (2000), Reino Unido (1998), República Eslovaca (1999), Rusia (2012), Eslovenia (2001), España (2000), Suecia (1999), Suiza (2000), Hungría (1998).

La Convención surge de la necesidad, ya centrada en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, adoptada en los Estados Unidos en 1977 (Scollo, 2022: 48-118; Zagaris, 2010: 95-114; Schroth, 2002: 593-622), de combatir el fenómeno de la corrupción internacional, que crece cada vez más en el contexto de la globalización del mercado. En lo que respecta a las fuentes de la OCDE, la Convención fue anticipada por dos recomendaciones que también apuntaban a la prevención de la corrupción internacional. En particular, la Recomendación del Consejo sobre la deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros (adoptada por el Consejo el 11 de abril de 1996 en su 873.º período de sesiones [C / M (96) 8 / Prov]), que aboga por la oportunidad de prever la corrupción de funcionarios públicos extranjeros como delito y que surge en discontinuidad con respecto a prácticas —vigentes en varios países— que permitieron a las empresas deducir de los ingresos los costos relacionados con los sobornos pagados a la UP extranjero. Justo antes de la adopción de la Convención de 1997, recordamos la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C (97) 123 / FINAL.

El objetivo de protección que se persigue con la Convención es específicamente preservar el sector del comercio internacional, asegurando la adecuada gestión de los asuntos públicos y el mejor desarrollo económico en virtud de garantizar la competencia en el comercio internacional. Precisamente por la creciente integración económica a nivel universal y la simplificación del comercio entre países también muy distantes geográficamente, para asegurar la efectividad de la ley a escala global, se considera fundamental activar un proceso de armonización de las fuentes de los países individuales. Con esto en mente, para evitar que queden zonas francas o brechas represivas que impidan el contraste efectivo del fenómeno, la Convención concentra sus esfuerzos hacia el objetivo de armonizar las leyes de los países adherentes en el signo de la tipificación del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros en operaciones internacionales.

Analizando el texto de la Convención, en la parte relativa a las obligaciones de enjuiciamiento, se da cuenta de inmediato que el comportamiento objetivo está constituido por la corrupción pública internacional activa. Art. 1 establece la conducta de quien:

Deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

El art. 1, c. 2 también establece la obligación de acusación por la participación en el hecho del funcionario público extranjero “incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero”.

En cuanto a la tentativa y asociación con fines de corrupción, existe una cláusula que establece la obligación de enjuiciar si en el país receptor estos últimos son relevantes para los fines de corrupción interna.

En el plano sancionador, entonces, la Convención exige penas equivalentes a las que ya existen por corrupción doméstica, siempre

que, para las personas, se prevean penas privativas de la libertad personal.

Una novedad importante se refiere a la creación de una norma reguladora para la identificación del funcionario público, que se identifica como:

Cualquier persona (nombrada o elegida) que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero o para un organismo o empresa públicos en ese país; cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

A pesar del esfuerzo de definición mencionado en el art. 1 c. 4 de la convención, existen sin embargo numerosas ambigüedades que continúan afectando esta noción.

En cuanto a la conducta delictiva, sólo se enjuicia la conducta del particular, dejando de lado deliberadamente la hipótesis de la corrupción pasiva. Esto implica la configuración de la corrupción como un acto unilateral y no como un delito de concurrencia necesaria. El concepto de corrupción como uno intercambio entre una ventaja indebida y un acto oficial, por otro lado, permanece en la proyección psicológica de la conducta: de hecho, se requiere que la oferta/promesa esté dirigida a lograr una acción u omisión de un actuar por el funcionario público.

Con miras a extender la pena en la medida de lo posible, se constata que el acto del funcionario público puede consistir en cualquier expresión de la actividad del funcionario público, siempre que se realice en relación con sus competencias. Además, el castigo no se limita a la corrupción propiamente dicha, bastando que el acto oficial sea “impropio” y no necesariamente contrario a los deberes oficiales.

Por otro lado, la convención limita la acusación con la previsión del propósito (dolo específico) de “obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en transacciones económicas internacionales”: así, el hecho típico se restringe al ámbito del tráfico económico-comercial internacional, precisamente en virtud de la razón inspiradora de la convención, nacida —como dicho— como un instrumento para proteger la competencia leal entre estados.

En principio, la Convención deja a los Estados la libertad de prever el enjuiciamiento de la forma que se considere más apropiada, sin por lo tanto imponer la opción de establecer un caso ad hoc. Muchos de los estados miembros, sin embargo, han optado por la introducción de artículos dedicados expresamente a este caso, también para asegurar una mayor visibilidad de la acusación.

El comentario 3 de la Convención, sin embargo, establece dos restricciones para los estados, destinadas a evitar que se produzcan limitaciones no deseadas sobre el castigo de la conducta identificada en la transposición interna: en primer lugar, se especifica que no será posible introducir requisitos adicionales con respecto a los sancionados por el texto del acuerdo; en segundo lugar, en virtud del principio de autonomía, se requiere que la comprobación del delito sea independiente de la cualificación normativa de los elementos del tipo en la ley extranjera, en lo que respecta, por ejemplo, a la oposición del acto al cargo de funcionario o la existencia de la calificación de funcionario público.

En este escenario, quedan en un segundo plano las hipótesis de corrupción interna, corrupción privada y corrupción internacional pasiva.

Otra fuente internacional fundamental para este estudio es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, firmada en Palermo en diciembre de 2000. El Convenio parte de la base de que las formas modernas de delincuencia traspasan las fronteras nacionales y, por consiguiente, las estrategias de lucha contra la delincuencia también deben enfocarse de esta manera.

El art. 8 de dicho Convenio establece que:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo cuando estén implicados un funcionario extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de criminalizar otras formas de corrupción.

3.2. *Ámbito regional*

3.2.1. Europa

3.2.1.1. Unión europea

Un primer nivel de análisis sobre las fuentes europeas de corrupción internacional tiene lugar en el contexto de la Comunidad Europea (CE, hoy Unión Europea —UE—), es decir, la denominada “Pequeña Europa”.

1. En un primer momento, desde el punto de vista del principio de asimilación de los intereses comunitarios a los internos, el primer Protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (1995), estableció la necesidad de que los Estados incriminen de manera equivalente a la prevista para los funcionarios nacionales, conducta corrupta que involucre a funcionarios de la Comunidad Europea, miembros de la Comisión de las Comunidades Europeas, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, o respecto de ellos, en el ejercicio de sus funciones. Desde este punto de vista, era evidente que el impulso europeo tenía como objetivo proteger los intereses financieros de la CE potencialmente perjudicados o amenazados por la conducta del funcionario público corrupto, extendiendo las opciones ya exploradas en las legislaciones nacionales individuales al contexto de los funcionarios públicos europeos.

2. Posteriormente, se adoptó —sobre la base de la letra c) establecido del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea— la Convención del 26 de mayo de 1997 relativa a “la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”. En este caso, la solicitud europea surge de la necesidad de llenar los vacíos represivos que han surgido como consecuencia de la sustancial indiferencia de los Estados miembros hacia la corrupción de funcionarios públicos extranjeros o pertenecientes a organismos internacionales. Además de la protección de los intereses financieros de la CE, la Convención destaca la necesidad de crear un espacio

de protección para el aparato administrativo europeo, cuyo correcto funcionamiento, imparcialidad y buen desempeño debe preservarse.

3. La Convención busca identificar algunos puntos fijos en cuanto a la tipificación como delito de la conducta corruptiva. En primer lugar, se opta por la criminalización de la corrupción tanto pasiva como activa, de la que se da una definición. Desde el punto de vista de los casos en cuestión, a pesar de que la Convención se adhiere al modelo ‘mercantil’ de corrupción (entendido como un intercambio entre un acto oficial y un otorgamiento/promesa de una utilidad indebida), se acepta la tesis de la corrupción como delito unilateral, el mero ofrecimiento o solicitud de un soborno es suficiente para su perfección, incluso si la contraparte no acepta el *pactum sceleris*. Además, la obligación de imputar se sanciona exclusivamente por su propia corrupción antecedente, es decir, únicamente la dirigida a obtener u ofrecer un acto contrario a los deberes oficiales, antes de que éste se realice.

En cuanto a la noción de “funcionario”, se aclara que se refiere a “todo funcionario, así comunitario como nacional, incluido todo funcionario nacional de otro Estado miembro”. La noción de funcionario comunitario se refiere a “toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas”; ya “toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas”. También se asimilan a la noción de funcionario comunitario:

[...] los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.

En cuanto al concepto de funcionario nacional, en lugar de identificar un concepto de validez transversal para los estados miembros, se hace referencia a las nociones ya consagradas en las legislaciones individuales.

De nuevo, se vuelve a proponer la cláusula de asimilación que establece la equivalencia de trato con respecto a lo previsto para la corrupción doméstica en cuanto a sujetos punibles y eventuales excepciones (art. 4). En cuanto a las sanciones, entonces, la Convención prevé la adopción de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 5). Además, se dictan reglas de coordinación sobre extradición, enjuiciamiento penal, cooperación y *ne bis in idem* (art.s 8 a 10).

4. La última etapa del viaje europeo que queremos señalar está constituida por la denominada Directiva PIF (Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5.7.2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal). La directiva tiene como objetivo fortalecer la protección de los intereses financieros de la UE y trata los casos de corrupción como delitos relacionados con el fraude y que afectan a estos intereses, situándose en línea con el Primer Protocolo de 1995 (Cingari, 2012: 80-85). Sin embargo, existen algunas similitudes, pero también de diferencias sustanciales desde el punto de vista de los casos sujetos a obligación de acusación. En el signo de la continuidad está el castigo de la conducta de corrupción antecedente activa y pasiva y la concepción de la corrupción como mercancía que tiene un acto oficial como objeto de intercambio.

Por otro lado, hay algunos cambios en la definición del concepto de corrupción aceptados en la directiva. De hecho, cabe señalar que, a los efectos de la directiva, la corrupción activa constituye la conducta de quien promete, ofrece o procura a un funcionario, directamente o a través de un intermediario, una ventaja de cualquier tipo para el propio funcionario o para un tercero, para que éste realice u omita un acto inherente a sus funciones o al ejercicio de las mismas, que lesione o pueda lesionar los intereses económicos de la UE. En primer lugar, se observa cómo se abandona la necesaria oposición del acto con respecto a los deberes de las funciones, incluyéndose también, además de los actos propios de su función, todos los actos puestos en marcha en el ejercicio de las propias funciones. Además, en este caso se introducen nuevos sujetos: el intermediario, que puede estar involucrado en la oferta o entrega al funcionario en nombre del soborno, y el tercero que se incluye entre los posibles beneficiarios de la utilidad.

Otra ampliación importante deriva de la inclusión en el concepto de funcionario de sujetos que, aunque no incardinados formalmente en las administraciones europeas, están involucrados en la gestión de los intereses financieros de la UE. De hecho, cubre la cualificación “cualquier otra persona a la que haya sido asignada o que ejerza funciones de servicio público que impliquen la gestión de los intereses económicos de la Unión, o decisiones que les afecten, en los Estados miembros o en terceros países” (Art. 4, párrafo 4, letra b).

3.2.1.2. Consejo de Europa

Como parte del sistema europeo de protección de los derechos humanos al que pertenece el Consejo de Europa, el 27 de enero de 1999 se adoptó el Convenio de derecho penal sobre la corrupción. La Convención surge con el propósito de fortalecer la lucha contra la delincuencia *lato sensu* corrupta mediante la coordinación de las incriminaciones y la mejora de la cooperación en la persecución de tales delitos.

En lo que se refiere específicamente a la corrupción internacional, la Convención prevé la acusación de corrupción tanto activa como pasiva, como es el caso de la corrupción interna, de funcionarios públicos extranjeros (art. 5), miembros de asambleas públicas extranjeras (art. 6), funcionarios de organizaciones internacionales (art. 9), miembros de asambleas parlamentarias internacionales (art. 10), jueces y funcionarios de tribunales internacionales (art. 11). Las conductas de corrupción activa se identifican como: “el hecho de prometer, ofrecer o procurar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus funcionarios públicos, para sí mismo o para terceros, con el fin de realizar o abstenerse de realizar un acto en “ejercicio de sus funciones”. Si bien la corrupción pasiva se clasifica como “el hecho de solicitar o recibir, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida, para uno mismo o para terceros, o de aceptar la oferta o promesa, con el fin de realizar o abstenerse de realizar un ejercicio en el de sus funciones”.

La Convención, por tanto, opta por la imputación de corrupción propia e indebida, ya que no es necesario demostrar el cumplimiento u oposición del acto con respecto a los deberes del agente. Por otro

lado, solo detecta la corrupción en la forma anterior, ya que no se contempla la imputación de la ‘remuneración’ de un acto ya realizado.

Con respecto a la noción de funcionario público, la Convención no proporciona una definición autónoma, referida a la disciplina de los Estados individuales a los que pertenece, y también existe una cláusula de “reciprocidad” según la cual el Estado que procede puede aplicar la noción de un funcionario público sólo en la medida en que esta definición sea compatible con su legislación nacional.

Es interesante observar cómo, incluso en este contexto, la corrupción internacional saca a relucir nuevos bienes jurídicos auxiliares con respecto a los tradicionalmente protegidos en el contexto de la corrupción pública, sin, sin embargo, suplantarlos por completo: junto a la transparencia y corrección de las administraciones públicas extranjeras, destaca la protección de la competencia leal entre empresas. Precisamente la doble naturaleza de los intereses protegidos justifica la prescripción de la represión también de la corrupción pasiva, en virtud de la solidaridad entre estados.

3.2.2. América

En el contexto americano, la fuente internacional más significativa es la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Caracas el 29 de marzo de 1996 y que entró en vigencia el 3 de junio de 1997. Con respecto específicamente al sujeto de este análisis, el preámbulo de la convención señala “que la corrupción se sostiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente” y que es necesaria una acción coordinada de cooperación internacional para contrarrestarla.

Para ello, los estados acuerdan, entre otras cosas, adoptar los medios necesarios para prevenir y reprimir la corrupción internacional. Las conductas de corrupción pasivas y activas se describen por separado del art. 6, respectivamente en las letras a) y b). La corrupción pasiva se define como:

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros bienes como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio del cumplimiento de los requisitos individuales en el ejercicio de sus funciones públicas.

Por tanto, se tipifica la corrupción antecedente pasiva propia e impropia, incluyendo posibles terceros como intermediarios o beneficiarios entre los sujetos participantes del *pactum sceleris*.

La corrupción activa se identifica como:

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros bienes como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario o para otra persona o entidad a cambio de la realización de los requisitos individuales en el ejercicio de sus funciones públicas.

Por el contrario, se pretende sancionar la corrupción antecedente activa e impropia, siempre con la inclusión de la posibilidad de que terceros participen en el intercambio corruptor. También en este caso, por tanto, se mantiene el concepto mercantil de corrupción como fenómeno de compraventa de un acto oficial que debe cometer en el ejercicio de sus funciones públicas.

Al final, la Convención aclara el alcance de la condición de funcionario público, identificado como “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

4. DERECHO COMPARADO

4.1. *Sistemas nacionales no latinoamericanos: Alemania, Reino Unido, Francia, España, Italia y Estados Unidos*

4.1.1. Alemania

La legislación alemana en materia de soborno internacional es bastante compleja y se ha desarrollado a lo largo de los años en

consonancia con la evolución dictada por las obligaciones supranacionales (Van Genugten, 2019), que exigían la inclusión de delitos relativos a: el soborno de funcionarios públicos pertenecientes a la UE y a los Estados miembros de la UE (EUBestG)¹; el soborno de administraciones extranjeras en el comercio internacional (IntBestG)²; y el soborno de jueces que son funcionarios de la Corte Penal Internacional (IStGh - GleichstG). En 2015, el legislador intervino en el marco normativo para reordenar la materia dentro del CP con todos los delitos que hasta entonces estaban contemplados en la legislación complementaria. En el frente del soborno internacional, el ajuste se produjo con dos intervenciones principales: a) la inclusión de las calificaciones subjetivas relativas a los funcionarios públicos de la UE (*Europäischer Amtsträger*) en el art. 11 del StGB (n.º. 2a)³ con la consiguiente ampliación de los delitos de soborno contemplados en los §§ 331, 332, 333, 334 y 335 del StGB; b) la introducción del § 335 A del StGB (*Ausländische und internationale Bedienstete*), que amplía el ámbito de los delitos de soborno más graves a una amplia gama de funcionarios públicos extranjeros e internacionales (Böse, 2018: 119-129). Además, aunque las personas que ejercen funciones legislativas no están incluidas entre las personas relevantes según el art. 11 del StGB, el CP alemán contiene una disposición especial que regula los casos de soborno activo y pasivo cometidos por miembros del parlamento (art. 108e *Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*),

¹ Ley por la que se ratifica el Protocolo de 27/09/1996 al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (*Gesetz zu dem Protokoll* de 27 de septiembre de 1996 sobre la protección de los intereses financieros de las comunidades europeas (EUBestG).

² Ley por la que se ratifica el Convenio de 17/12/1997 sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (*Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr* (*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung - IntBestG*).

³ §11, n.º 2a StGB: “Funcionario europeo: aquel que A) es miembro de la Comisión Europea, del Banco Central Europeo, del Tribunal de Cuentas o de un tribunal de justicia de la Unión Europea, B) es funcionario o agente de la Unión Europea o de un organismo establecido sobre la base del Derecho de la Unión Europea o C) tiene encomendadas tareas de la Unión Europea o de un organismo establecido sobre la base del Derecho de la Unión Europea”.

que también se aplica a los miembros del Parlamento Europeo (art. 4), las asambleas parlamentarias, las organizaciones internacionales (art. 5) y los órganos legislativos de Estados extranjeros (art. 6).

Por último, entonces, el legislador alemán transpuso la Dir. 2017/1371/UE (Protección de los intereses financieros de la UE a través del derecho penal - Dir. PIF) mediante la *Gesetz zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union* (EU-Finanzschutzstärkungsgesetz - EUFinSchStG) que entró en vigor el 28 de junio de 2019. En relación con este último acto legislativo, su apartado 3 establece que, a efectos de la aplicación de los párrafos 332 y 334 de la StGB (también en relación con los párrafos 335 y 335a), con referencia a los casos de soborno propio previo, incluso en actos judiciales, el daño o la puesta en peligro de los bienes de la UE debe equipararse a un incumplimiento de los deberes oficiales (incluso de carácter judicial) (Scalia, 2020: 135-158).

Se ha mencionado el hecho de que el sistema jurídico alemán tiende a equiparar a los funcionarios extranjeros, internacionales y de la UE con los funcionarios nacionales en lo que respecta a la incriminación del soborno activo y pasivo. Esto ha tenido importantes repercusiones en cuanto al bien jurídico protegido, que se identifica como la corrección de la administración y los servicios públicos y la confianza que la comunidad deposita en ellos, tanto en el contexto nacional como supranacional. Además, el legislador alemán no limita la punibilidad al contexto de las relaciones comerciales internacionales.

En aras de la claridad, conviene mantener separadas las hipótesis relativas a: (a) los funcionarios europeos; (b) los funcionarios extranjeros e internacionales; y (c) las personas que ejercen un cargo electivo a nivel europeo, internacional y extranjero. Cabe mencionar aquí que, en todos los casos, la conducta omisiva recibe el mismo tratamiento que la conducta activa en el sentido del art. 336.

Con respecto a las conductas de los funcionarios y miembros de los órganos judiciales europeos, sobre la base del art. 11 (2a) del StGB en relación con los arts. 331, 332, 333, 334 y 335 del StGB, se tipifican los siguientes delitos: aceptación de una ventaja (art. 331 del StGB); soborno pasivo (art. 332 del StGB); pago de una ventaja (art. 333 del

StGB); soborno activo (art. 334 del StGB) por/para un funcionario europeo o un juez de un tribunal de la UE. Sin embargo, las normas sobre la aceptación y el pago de ventajas son diferentes para los funcionarios europeos y los jueces europeos. En el primer caso (§ 331 c. 1 y § 333 c. 1), el sistema prevé la incriminación de la aceptación y el pago de ventajas (al funcionario público o a un tercero) por el ejercicio del servicio o de la función, sin necesidad de la realización u omisión de un acto concreto por parte del funcionario. Por otra parte, en los casos más severamente castigados en los que están implicados los jueces (§ 331(2) y § 333(2)), la realización de un acto judicial es un elemento constitutivo del delito, y también se requiere que la ventaja constituya una contraprestación por realizar/realizar el acto judicial en el futuro.

Los delitos de soborno activo y pasivo de un funcionario europeo (arts. 32 (1) y (3) y 334 (1) y (3)) castigan la corrupción pasiva y activa, tanto previa como posterior, situando en el centro del delito la comisión de un acto contrario a los deberes oficiales, respecto del cual el beneficio (destinado al propio funcionario o a un tercero) debe constituir una remuneración. En este caso, las hipótesis relativas a los tribunales europeos se distinguen exclusivamente *quoad poenam*.

Con respecto a las conductas de los funcionarios y jueces extranjeros e internacionales, el art. 335 *bis* amplía la punibilidad de los casos de aceptación o concesión de ventajas a los jueces (§§ 331(2) y 333(2)) y del soborno pasivo y activo (§§ 332 y 334). En particular, con referencia a la conducta relacionada con una futura actividad judicial o una futura actividad de servicio, se asimilan: un juez, un miembro de un órgano judicial extranjero o internacional; un funcionario público, un funcionario de un Estado extranjero o de una organización internacional; una persona encargada de funciones públicas para el Estado extranjero o la organización internacional; un miembro de las fuerzas armadas de un Estado extranjero o de una organización internacional. En el caso de los delitos de soborno por aceptar y pagar una ventaja según el art. 331(1) y (3) y el art. 333(1) con respecto a un acto futuro, el alcance se limita a los jueces y funcionarios de la Corte Penal Internacional. En el caso del pago de prestaciones en relación con una futura actividad oficial, la punibilidad se extiende a los soldados de los ejércitos de los Estados

extranjeros signatarios del Pacto Atlántico y a las personas que sirven o están empleadas por las tropas de dichos ejércitos. En resumen, la conducta relativa a los funcionarios y magistrados de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales prevé la incriminación de las conductas corruptas activas y pasivas, más o menos graves, únicamente en forma de delitos previos.

Finalmente, en relación con las conductas de los titulares de un cargo electivo en los foros europeos, internacionales y extranjeros, el art. 108(3) amplía la punibilidad del soborno activo y pasivo de los parlamentarios para incluir a los miembros del Parlamento Europeo, los miembros de una asamblea parlamentaria de una organización internacional y los miembros de un órgano legislativo de un Estado extranjero. La categorización diferenciada del soborno de los representantes del poder legislativo es una peculiaridad del ordenamiento jurídico alemán, que ha decidido regular estos casos particulares de forma distinta debido a la diferente naturaleza de la actividad política que implica el ejercicio de un cargo electo. En resumen, el delito se comete contra el titular de un cargo electivo que solicita, se le promete o recibe una ventaja injustificada para sí mismo o para un tercero a cambio de realizar o dejar de realizar un acto en el ejercicio de su mandato. Las mismas sanciones se aplicarán a la corrupción activa.

Todos los delitos son punibles en forma dolosa. Sin embargo, debido a que la conducta del soborno internacional es esencialmente la misma que la del soborno nacional, no existe una intención específica de obtener una ventaja indebida en las transacciones comerciales internacionales.

Las penas para los casos menos graves de soborno (§ 331 y 333) son de prisión de hasta tres años o multa en el caso de los funcionarios y de hasta cinco años o multa en el caso de los jueces. El soborno pasivo (§ 332) se castiga con una pena de prisión de seis meses a cinco años en el caso de los funcionarios y de uno a diez años en el caso de los jueces, mientras que el soborno activo (§ 334) se castiga con una pena de prisión de tres meses a cinco años en todos los casos, excepto en el caso del soborno previo de un juez, que se castiga con una pena de prisión de seis meses a cinco años. El párrafo 335 prevé penas agravadas.

4.1.2. Reino Unido

El Reino Unido se adhirió a la OCDE en 2001 y posteriormente ha aplicado todas las convenciones supranacionales de las que es parte (la Convención de la ONU y el Convenio de derecho penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción) con la Ley de Soborno de 2010, que es el centro de nuestro análisis, ya que contiene toda la legislación sobre la corrupción. Antes de esta importante intervención normativa, el soborno estaba regulado por la *Commonwealth* y algunos estatutos (sobre el iter de la reforma Wells, 2009: 479). El modelo británico es interesante para el análisis porque expresa un modelo de soborno que desplaza el foco del delito del acto oficial al pacto de soborno y porque unifica el modelo de soborno público con el de soborno entre particulares (Mongillo, 2012: 412).

El bien jurídico protegido por el art. 6 parece recordar los dos enfoques fundamentales existentes en la doctrina británica con respecto al “bien jurídico” protegido por las normas anticorrupción. De hecho, la disposición protege tanto el interés público subyacente a la actividad del funcionario como —sobre todo— el correcto funcionamiento de las reglas del mercado (Scalia, 2020: 364-369).

El art. 6 de la Ley de Soborno contempla el delito de “Soborno de funcionarios públicos extranjeros” como un delito autónomo con respecto a los delitos nacionales (en virtud de los arts. 1 y 2) con el fin de dar mayor visibilidad al cumplimiento de las obligaciones internacionales. La Ley contra el Soborno optó por penalizar únicamente el soborno activo, ya que se consideraba que la penalización de los funcionarios públicos extranjeros era difícil de perseguir, además de restringir ilegítimamente la soberanía de los países extranjeros, teniendo en cuenta también la posibilidad de que la conducta incriminada en el Reino Unido pudiera considerarse penalmente irrelevante en el país de origen del funcionario.

La *section 6* del *Bribery Act* incrimina a la persona que soborna a un funcionario público extranjero si su intención es influir en el funcionario público en su “capacidad”. Dicha injerencia puede adoptar la forma de una falta de ejercicio, pero también cualquier otro uso de la función, incluso más allá de la competencia real del funcionario público. Además, se requiere que el sobornador tenga la intención

de obtener o mantener un “negocio” o una ventaja en la realización de un negocio. A continuación, se especifica que sólo existe conducta corrupta si el corruptor ofrece, promete o da, directamente o a través de un tercero, cualquier ventaja financiera o de otro tipo al funcionario público o a otra persona a “petición, asentimiento o aquiescencia” del funcionario público.

En cuanto al sujeto activo, el delito se concibe como un delito común. La subsección 5 define a un funcionario público extranjero como una persona corrupta, incluyendo: una persona que ocupa un cargo legislativo, administrativo o judicial de cualquier tipo, ya sea designado o elegido, en un territorio fuera del Reino Unido; una persona que ejerce una función pública para un Estado o una agencia pública de un Estado extranjero; un funcionario de organizaciones internacionales.

Por lo tanto, el legislador británico ha optado por la incriminación sólo en la forma activa y previa limitada al contexto de las transacciones comerciales. En cuanto a las delimitaciones derivadas del nexo empresarial, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio del Consejo de Europa, la doctrina ha realizado una interpretación muy amplia de este elemento, aunque planteando cierta perplejidad en cuanto a la vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, se señala que en ausencia del “nexo comercial”, ampliando el significado de las normas de jurisdicción contenidas en la Sección 12 en la medida de lo posible, podría aplicarse la Sección 1 de la Ley de Soborno que regula la hipótesis general del corruptor privado.

El delito está tipificado como falta dolosa, que debe entenderse en el sentido más significativo y restrictivo (Scalia, 2020: 398; Raphael, 2010: 52; Monteith, 2011: 112) y no permite, por ejemplo, la punibilidad por imprudencia. La conducta también debe estar motivada por la intención de influir en el funcionario público extranjero en el desempeño de su función.

La pena no puede exceder de 12 meses de prisión o de una multa que no supere el máximo legal en el caso de una condena sumaria, mientras que en los casos de condena “por acusación”, se prevé una pena de prisión no superior a 10 años, sola o junto con una multa.

Aunque no existe una exención específica para los pagos de facilitación (también debido a la recomendación de la OCDE de 2009), se considera que la persecución de las donaciones de valor mínimo puede excluirse por falta de un interés público razonable (Mongillo, 2012: 423-426).

4.1.3. España

España, al igual que el resto de los países europeos, se ha adherido a los convenios internacionales relevantes para este estudio: la Convención de la OCDE de 2000, la Convención de la ONU firmada en Mérida, el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa y la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional (De la Cuesta Arzamendi & Blanco Cordero, 2001-2002: 9-29). El ordenamiento jurídico español también se ha visto afectado por dos importantes reformas, llevadas a cabo por la Ley orgánica 5 de 2010 y la Ley orgánica 1 de 2015 (Benito Sánchez, 2015: 205-228), que han reestructurado significativamente la estructura del CP de 1995.

La penalización del cohecho internacional depende esencialmente de dos disposiciones del CP: el art. 427, que amplía las conductas de cohecho activo y pasivo a los casos de miembros de organismos internacionales y europeos; y el art. 286-ter, que se refiere a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Benito Sánchez, 2012; Benito Sánchez, 2014: 11-40; Benito Sánchez, 2018: 16-42; Alcalá Pérez-Flores, 2006: 207-216). En lo que respecta al cohecho transnacional, el ordenamiento jurídico español prevé, por tanto, un microsistema basado, por un lado, en la equiparación del cohecho doméstico con el cohecho a funcionarios de organizaciones extranjeras/UE/internacionales (art. 427 del CP) y, por otro, en una previsión *ad hoc* para los casos que se produzcan en contextos específicos de “transacciones comerciales internacionales”. Asimismo, cabe señalar que el art. 423 extiende la punibilidad de los casos de cohecho pasivo también a “los jurados y árbitros, nacionales o internacionales”.

En cuanto a las extensiones del art. 427 del CP, dada la completa equivalencia con las hipótesis de cohecho (tanto activo como pa-

sivo), el bien jurídico protegido sólo puede reflejar el público que protege el buen funcionamiento de las administraciones también en su extradición exterior y supranacional. En cuanto al art. 286-ter del CP, sin embargo, en 2015 esta particular hipótesis se sitúa entre los delitos socioeconómicos, y ya no (como ocurría con el anterior art. 445 del CP) entre los delitos contra la administración pública (Díaz-Maroto & Villarejo, 2007; Díaz-Maroto & Villarejo, 2016a: 845-869; Díaz-Maroto & Villarejo, 2018: 311-312; Nieto Martín, 2010: 548; Cugat Mauri, 2004: 2116; Rodríguez Puerta, 2016). De la naturaleza socioeconómica del caso se desprende que el bien jurídico coincide con la protección de la libre competencia en las transacciones comerciales internacionales finalizadas. Sin embargo, incluso en este caso no se puede ignorar que existe una desviación del principio de objetividad e imparcialidad de la función pública (Cugat Mauri, 2004: 2116). Por lo tanto, se puede reconocer que este delito tiene un carácter multiofensivo.

En relación con el ámbito de aplicación del art. 427, para más detalles véase el análisis de los delitos individuales en los capítulos correspondientes, cabe señalar que la elección del legislador español fue la de penalizar tanto el cohecho activo como el pasivo, en su forma propia e impropia, antecedente y subsiguiente, así como el cohecho “en consideración del cargo o de la función” también conocido como facilitación. Obviamente, en el caso del cohecho activo, el delito es común, mientras que en el caso del cohecho pasivo es un delito especial.

En todo caso, a los efectos de estos delitos del art. 427, se requiere que la conducta sea cometida por/involucre a cualquier persona: (a) que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; (b) que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública; (c) funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública; y (d) persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses

financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

En cuanto al art. 286-ter del CP⁴ introducido por la Ley Orgánica de 2010, luego reformada en 2015, se refiere específicamente a soborno en las transacciones comerciales internacionales (Parés López de Lemos, 2017: 127-187).

En este caso, la conducta se ajusta más al enfoque del Convenio de París de 1997. De hecho, la conducta se refiere a la conducta de soborno por “ofrecimiento, promesa o concesión” de beneficios o ventajas indebidas, pecuniarias o no, a una autoridad o funcionario público; o la aceptación de solicitudes de una autoridad o funcionario público para actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas. La conducta puede llevarse a cabo directamente o a través de un intermediario, y el regalo puede dirigirse al funcionario público o a un tercero. Además, la conducta debe estar dirigida a obtener o mantener un contrato, una transacción o cualquier otra ventaja competitiva en el ejercicio de activida-

⁴ “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompen o intentan corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de éste o de un tercero, o para cumplir con sus solicitudes de hacerlo, con el fin de actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de las funciones públicas para obtener o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en el desempeño de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya hayan sido sancionados con una pena más grave en virtud de otra disposición de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio. Además de las sanciones anteriores, se impondrá al responsable la prohibición de contratar con el sector público en todos los casos, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en operaciones comerciales de relevancia pública durante un periodo de seis a diez años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

des económicas internacionales, lo que —además de la repercusión en el elemento subjetivo del tipo— determina la circunscripción del ámbito de aplicación del precepto a sólo las actividades públicas que tengan lugar en ese contexto.

Así, mientras el art. 427 del CP prevé indistintamente la relevancia penal de las conductas de cohecho activo y pasivo en relación con los funcionarios públicos extranjeros/UE/organizaciones internacionales, el art. 286-ter, postula la relevancia únicamente del cohecho activo en los negocios y transacciones internacionales, refiriéndose a cualquier funcionario público, incluso de nacionalidad española, habiendo excluido la calificación de “extranjero” inicialmente prevista.

Ambos delitos se estructuran en forma dolosa. El art. 286-ter también exige que la conducta esté respaldada por la intención específica de obtener o conservar un contrato, una negociación o cualquier otra ventaja competitiva en una actividad comercial transnacional.

El marco sancionador tras la reforma de 2015 es, en resumen, el siguiente: en virtud del art. 427, las penas son las mismas que para la corrupción interna en virtud de los arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425 del CP. La exención prevista en el art. 426 en caso de colaboración también se aplica a los casos contemplados en el art. 427 del CP. En cuanto al art. 286-ter, la pena prevista es “prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio”. También se prevé la “prohibición de contratar con el sector público”, la “pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas” e del “derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social” e la “prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años” (286-ter, c. 2 del CP). El art. 286-quater prevé una agravación de la pena (en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado) en casos especialmente graves. En particular, con referencia a los actos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

4.1.4. Francia

En Francia, el Convenio de la OCDE fue transpuesto por la Ley 2000-595 de 30 de junio de 2000, que dedicó un capítulo específico del CP al soborno internacional: capítulo V: *Des atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques*. El marco se ha reformado varias veces, la última en 2019.

De acuerdo con los convenios internacionales de los que es parte, la legislación francesa también penaliza la corrupción transnacional en sus formas activas y pasivas (Jeandidier, 2019: 189-249). En lo que respecta al cohecho pasivo, se trata de un delito propiamente dicho. En efecto, el art. 435-1 del Código de Procedimiento Penal establece que el sujeto activo puede ser: (a) una persona encargada de una autoridad pública; (b) una persona encargada de una misión de servicio público; y (c) el titular de un cargo público electivo en un Estado extranjero, o en el seno de una organización internacional pública. La conducta consiste en solicitar o aceptar, sin derecho, en cualquier momento, directa o indirectamente, el ofrecimiento o la promesa de dádivas, regalos o cualquier otra ventaja, para sí mismo o para otros, con el fin de realizar o hacer realizar, abstenerse de realizar o hacer abstenerse de realizar un acto dentro de su función, misión o mandato o un acto facilitado por su función, misión o mandato. Se incrimina, por tanto, el cohecho pasivo en sus formas anteriores y posteriores, propias o impropias, cometido mediante la solicitud o aceptación de una ventaja instrumental para la realización/abstención de un acto relacionado con la función del sujeto activo, o de un acto facilitado por su función.

El art. 435-3 regula el cohecho activo. En este caso, la infracción se estructura como un delito común. Se incrimina la conducta de proponer sin derecho, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, regalos o cualquier ventaja, a las personas antes mencionadas (para sí o para otros), para que realicen o se abstengan de realizar, o porque hayan realizado o se abstengan de realizar, un acto en su función o facilitado por su función. Específicamente, el cohecho activo previo y posterior, propio e impropio, se

castiga, por tanto, siempre que la conducta tenga por objeto un acto propio de la función del funcionario público, o un acto facilitado por su función.

Las mismas penas previstas en el apartado 1 se aplicarán también a la persona que haga ofertas, promesas, regalos u otras ventajas a una de las personas mencionadas anteriormente que le haya solicitado.

El art. 454-5 amplía la aplicabilidad de estos supuestos también a las personas incluidas en los organismos de la Unión Europea creados sobre la base de los Tratados de la UE, equiparando estas instituciones a las mencionadas en los arts. 435-1 y 435-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En referencia al acto de un funcionario, se suele referir al acto cuya realización o abstención viene exigida por los poderes de la persona que lo ostenta. La norma no distingue entre los actos en los que el funcionario tiene poderes discrecionales o vinculantes, por lo que los dos casos quedan cubiertos. En cuanto al acto facilitado por la función, se trata del acto que, si bien no entra en el ámbito de las competencias expresamente atribuidas al interesado por la ley o los reglamentos, ha sido posible gracias a la estrecha relación entre las competencias y el acto.

El hecho puede ser cometido solo de forma dolosa. En la última versión, ya no se hace referencia a la intención específica estructurada en el “propósito de obtener o conservar un contrato u otra ventaja indebida en el comercio internacional”.

La legislación francesa prevé que esta conducta sea castigada con penas de prisión y multas, en la misma medida que el soborno de funcionarios públicos nacionales, es decir, prisión por un máximo de 10 años y una multa de hasta un millón de euros, que puede incrementarse hasta el doble del producto del delito. La multa se eleva a 2.000.000 de euros o, si se supera esta cantidad, al doble del producto de la infracción, cuando los delitos previstos en el art. 435-1 se cometen en banda organizada.

4.1.5. Italia

Italia fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio de la OCDE (en vigor desde el 15 de febrero de 2001) sobre el soborno internacional de funcionarios públicos extranjeros. En 2009 ratificó la Convención de Mérida de la ONU, de 9 de diciembre de 2003, que refuerza la lucha contra la corrupción internacional, con especial atención a los países en desarrollo, donde este fenómeno está muy extendido. Por último, en 2012 también transpuso el Convenio del Consejo de Europa sobre la Corrupción Internacional de 1999. La corrupción internacional se rige por el art. 322-bis del CP, introducido por la Ley 300, de 29 de septiembre de 2000, y que ha sufrido varias reformas a lo largo de los años, con la Ley 190, de 6 de noviembre de 2012, y la Ley 237, de 20 de diciembre de 2012, hasta llegar —recientemente— con la Ley 3, de 9 de enero de 2019, y el Decreto Legislativo n° 75, de 14 de julio de 2020 (por el que se aplica la Directiva 2017/1371/UE) a una solución no muy alejada del modelo alemán, en la que la corrupción nacional y la internacional son esencialmente iguales, con vistas a la plena aplicación de las obligaciones supranacionales (Manacorda, 2020: 1-26).

Precisamente por el hecho de que el soborno internacional y el doméstico son esencialmente iguales, el bien jurídico protegido es la buena actuación y la transparencia de la administración pública, que también se ven perjudicadas en el caso del soborno transnacional pasivo. Además, dado el carácter transnacional del delito, la protección de la libre competencia en el mercado también se reconoce como un interés jurídico protegido por la disposición (Mongillo, 2012: 252-256).

El legislador italiano incrimina el soborno internacional por medio de la técnica de reenvió legislativo (Salcuni, 2008: 264-269). De hecho, el art. 322-bis del CP extiende los supuestos de cohecho (y otros delitos contra la P.A.) previstos en el CP italiano también a las personas mencionadas en el texto de la disposición. En particular,

todas las formas de soborno (pasivo⁵ y activo⁶, previo y posterior, para el ejercicio de una función y para un acto contrario a los deberes oficiales, en los actos judiciales, así como la incitación al soborno) son ahora también aplicables a una gama muy amplia de personas que caen —a grandes rasgos— bajo la noción de funcionario público

⁵ En particular, según el art. 322-bis (1) del Código Penal, las hipótesis de la corrupción pasiva también se aplican a: 1) a los miembros de la Comisión de las Comunidades Europeas, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas; 2) a los funcionarios y agentes contratados en virtud del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a los agentes de las Comunidades Europeas; 3) a las personas enviadas en comisión de servicios a las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que desempeñen funciones correspondientes a las de los funcionarios o agentes de las Comunidades Europeas; 4) a los miembros y empleados de los organismos constituidos en virtud de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; 5) a las personas que, en el ámbito de otros Estados miembros de la Unión Europea, desempeñen funciones o actividades correspondientes a las de los funcionarios y agentes de la administración pública; 5-bis) los magistrados, el Fiscal, los fiscales adjuntos, los funcionarios y agentes de la Corte Penal Internacional, las personas adscritas por los Estados parte en el Tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional que desempeñen funciones correspondientes a las de los funcionarios o agentes de la Corte, los miembros y empleados de los órganos constituidos sobre la base del Tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional; 5-ter) las personas que ejerzan funciones o actividades correspondientes a las de los funcionarios y agentes de la administración pública en organizaciones públicas internacionales; 5-ter) los miembros de asambleas parlamentarias internacionales o de una organización internacional o supranacional y los jueces y funcionarios de tribunales internacionales. 5-quinquies) a las personas que ejercen funciones o actividades correspondientes a las de los funcionarios y agentes de la administración pública en los Estados no pertenecientes a la Unión Europea, cuando el acto ofende los intereses financieros de la Unión.

⁶ De conformidad con el art. 322-bis (2) del CP, las prácticas corruptas activas son punibles incluso si se refieren (además de a todas las personas mencionadas en la nota anterior) a personas que ejercen funciones o actividades correspondientes a las de los funcionarios públicos y a personas encargadas de un servicio público en otros Estados extranjeros u organizaciones públicas internacionales.

extranjero/titular, funcionario público europeo/titular, funcionario público/titular o juez de organizaciones internacionales.

Hay que tener en cuenta que la punibilidad del cohecho pasivo de funcionarios públicos de países que no son miembros de la Unión Europea está sujeta a la condición de que el hecho afecta a los intereses financieros de la UE.

Todas las hipótesis son sancionables por dolo, en los mismos términos que las hipótesis de corrupción interna. Hay que tener en cuenta que la Ley 3/2019 ha eliminado el dolo específico que antes se exigía a efectos de la integración de la causa, por lo que en el derecho italiano no se exige la condición de que el hecho se cometa para procurar a sí mismo o a otros una ventaja indebida en las transacciones económicas internacionales o para obtener o mantener una actividad económica o financiera (Mongillo, 2019b: 302-304).

Las sanciones son las mismas que para la corrupción interna. Pena de tres a ocho años de prisión por soborno para el ejercicio de una función, pena de seis a diez años de prisión por soborno para un acto contrario a los deberes oficiales, seis a doce años por soborno en procedimientos judiciales. Las penas se reducen en caso de instigación.

4.1.6. Estados Unidos

El sistema jurídico estadounidense es el que ha tenido un mayor impacto en el escenario mundial en la lucha contra la corrupción internacional (Koehler, 2012: 929). De hecho, ya en 1977, tras el llamado escándalo Watergate, EE.UU. fue el primer país que introdujo una legislación que castigaba el soborno a funcionarios públicos extranjeros, influyendo además significativamente en la posterior adopción de la Convención de la OCDE. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la influencia entre estas dos fuentes fue recíproca. En efecto, a raíz de la Convención de la OCDE, la FCPA también se modificó en cierta medida para adecuar la legislación estadounidense a las disposiciones recogidas en la Convención.

Hasta la fecha, el sistema judicial de EE.UU., en parte debido al alcance universal que le otorga la FCPA, tiene el mayor número de procesos relacionados con el soborno de funcionarios públicos ex-

tranjeros. Sin que sea necesario comentar más ampliamente las razones que explican la efectividad de la normativa estadounidense, conviene señalar que los mecanismos de justicia negociada desempeñan, sin duda, un papel importante.

La FCPA se caracteriza también por un enfoque mixto para combatir la corrupción internacional, que no se agota en la criminalización de la conducta de soborno. La observación criminológica del funcionamiento del soborno internacional antes de la FCPA reflejaba cómo los “*improper payments*” a funcionarios públicos extranjeros eran sistemáticamente precedidos por la falsificación de los registros contables con el fin de conseguir fondos ilícitos. Por esta razón, siguiendo lo propuesto por la *Security Exchange Commission* (SEC) a este respecto⁷, la FCPA adoptó una estructura bipartita que comprende dos grupos de disposiciones, ambas acompañadas por sanciones penales: (a) las *antibribery provisions*; y (b) las normas sobre el mantenimiento de libros y registros contables e *internal controls*.

A esto hay que unir que solamente se penalizaba el soborno activo de funcionarios extranjeros e internacionales, dejando de lado el soborno pasivo, que los EE.UU. siempre han considerado de competencia exclusiva de los legisladores de los países a los que pertenecen los corruptos (esta es una de las características más importantes de la FCPA, que aún se mantiene en el sistema estadounidense).

Al centrarnos en las infracciones penales y en las sanciones, son relevantes las disposiciones del título 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3. Estas disposiciones se dividen en función de los sujetos activos a los que se refieren, solapándose, sin embargo, en gran medida las conductas que prohíben, las cuales consisten en el pago, la oferta o la promesa de pago, o la autorización del pago de dinero o de cualquier cosa de valor, a un funcionario público extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario en la que actúe a título oficial, o de conseguir alguna ventaja indebida para obtener o retener negocios.

⁷ SEC, Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices, May 1976.

En cuanto a los sujetos activos, el legislador estadounidense identifica tres categorías:

1. Los *issuers* (§ 78dd-1)⁸, que incluye a las sociedades emisoras que tengan algunos de los valores que emiten registrados en los EE. UU., o que tengan, según dichos valores, una obligación de rendir cuenta, así como cualquier administrador, director o agente de dichas sociedades emisoras, e incluso los accionistas que actúen en su nombre.
2. Los *domestic concerns* (§ 78dd-2)⁹, que incluye a los ciudadanos y residentes de los EE.UU. y a cualquier sociedad, asociación, organización no constituida en sociedad o empresa individual que tenga su domicilio social en los EE.UU. o esté organizada según las leyes de un territorio de los EE.UU.
3. Cualquier otra persona (*other persons*) que no sea *issuer* o *domestic concern* (§ 78dd-3)¹⁰, lo que incluye (de manera residual) a las personas físicas y jurídicas (y a los directores, gerentes, empleados o accionistas que actúen en su nombre) que utilicen dentro del territorio de los EE.UU. el servicio postal o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal o se dediquen a otros actos corruptos.

La distinción entre estos tres grupos es principalmente para aclarar que, mientras que los *issuers* y los *domestic concerns* son punibles dondequiera que cometan la conducta prohibida, la categoría residual de *other persons* es punible sólo si la conducta tiene lugar dentro de los límites territoriales de los EE.UU., de modo que esta tercera categoría es objeto de la FCPA debido a la jurisdicción territorial. De hecho, la diferente estructura del art. 78dd-3 del FCPA se debe a que la disposición no estaba incluida originalmente en el texto de 1977, sino que es el resultado de la adaptación de EE.UU. a una de las limitaciones de la Convención de la OCDE (art. 4, §1). Asimismo, cabe

⁸ 78dd-1 Prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de los emisores.

⁹ 78dd-2 Prácticas comerciales extranjeras prohibidas para empresas nacionales.

¹⁰ 78dd-3 Prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de personas que no sean los emisores o las empresas nacionales.

destacar que la conducta también puede llevarse a cabo de forma indirecta, es decir, con la ayuda de un intermediario.

En cuanto a la tipicidad de la conducta punible, aunque la disposición dedicada a las *other persons* parece ofrecer un catálogo más amplio de modalidades de realización del tipo, las disposiciones son sustancialmente las mismas para los tres grupos de personas. Los tres delitos prohíben la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros e internacionales con el fin de obtener o retener beneficios económicos o comerciales. La conducta puede llevarse a cabo haciendo, autorizando, ofreciendo, prometiendo o dando sumas de dinero o cualquier cosa de valor (*anything of value*).

En este último concepto está comprendida cualquier cosa que pueda producir una ventaja para el beneficiario: por ejemplo, regalos, puestos de trabajo, *consulting fees*, préstamos de dinero, entrega de acciones (incluso sin valor comercial), alimentos, formación, gastos médicos, viajes, donaciones, contribuciones benéficas o bienes intangibles. La expresión *anything of value* se deja deliberadamente abierta para abarcar una serie indeterminada de beneficios, porque lo que importa a efectos de la relevancia penal de la conducta es su idoneidad para influir en el funcionario público.

El funcionario al que debe dirigirse la conducta, directa o indirectamente, se identifica como un “funcionario extranjero” que se define como (§§ 78dd-1, letra h); 78dd-2, letra f); 78dd-3, letra f)) “cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública¹¹, o cualquier persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma”. Cabe destacar

¹¹ Los mismos artículos proporcionan la definición de “organización internacional pública” como: (i) una organización designada por Orden del Ejecutivo conforme a la sección 1 de la Ley de Inmidades de Organizaciones Internacionales (sección 288, título 22, código de los EE. UU.); o (ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por Orden del Ejecutivo para los fines de esta sección, vigente a partir de la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.

que la FCPA también castiga el llamado soborno político, es decir, el soborno dirigido a las fuerzas políticas extranjeras o a alguno de sus funcionarios, a cambio de que una vez hayan asumido el cargo adopten decisiones en favor del sobornador.

Frente a la opacidad de la conducta típica, se hace mayor hincapié en los numerosos elementos subjetivos del tipo que caracterizan decisivamente el delito. En primer lugar, es necesario que se haya incurrido *willfully* en la conducta corrupta, es decir, que se sea consciente y se esté dispuesta a actuar contra la ley.

En segundo lugar, se requiere que la conducta se realice *corruptly*, es decir, con el propósito expreso de inducir al funcionario extranjero a abusar de sus funciones, lo que refleja la *bad intention* del agente (Deming, 2010: 15, 34; Mongillo, 2012: 372).

En tercer lugar, la dación, la promesa o el ofrecimiento del soborno debe tener como objetivo: (a) influir sobre cualquier o acto o decisión que el funcionario extranjero adopte a título oficial; (b) inducir al funcionario extranjero a realizar u omitir un acto en infracción de su deber legítimo; (c) obtener cualquier ventaja indebida en general; o (d) inducir al funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o en un instrumento del mismo para afectar a alguno de sus actos o decisiones.

Además, hay que tener en cuenta que las disposiciones anticorrupción del FCPA prevén casos que excluyen la relevancia penal de la conducta corrupta descrita anteriormente. En primer lugar, según los §§ 78dd-1, 78dd-2 y 78dd-3(b), pueden ser pertinentes las *exceptions for routine governmental action*, que se refieren a los pagos destinados exclusivamente a facilitar o garantizar que el funcionario extranjero realice tareas *rutinarias* (los llamados *facilitating payments*). Sin embargo, debe tratarse de pagos modestos destinados a obtener actos conformes con los deberes oficiales del funcionario y que, en cualquier caso, no se refieren a una actividad discrecional. Los arts. 78dd-1, 78dd-2 y 78dd-3(c) recogen además las *affirmative defenses* que incluyen dos motivos para excluir el carácter ilícito de los pagos sobre la base de: (a) la legalidad del pago según la *legislación local* (*written laws and regulations*); y (b) la finalidad promocional de los gastos realizados (*business promotion defence*).

Las penas previstas para las personas físicas son una multa de hasta 100.000 dólares (que puede incrementarse hasta 250.000 dólares en virtud de la *Alternative Fines Act*), que puede imponerse sola o puede ir acompañada de una pena de prisión de hasta cinco años, por cada episodio de soborno (a esto se puede añadirse una pena civil de hasta 10.000 dólares). En el caso de las personas jurídicas, la multa puede ser de hasta 2.000.000 de dólares, a lo que puede sumarse una sanción civil de hasta 10.000 dólares.

Además, en virtud del *Alternative Fines Act*, se puede imponer una pena adicional de hasta el doble del importe de la ganancia bruta (*gross gain*) o de la pérdida bruta (*gross loss*) causada a un tercero como consecuencia del delito (18 U.S.C. § 3571 (d)). Los organismos gubernamentales, como la *Commodity Futures Trading Commission* o la *Overseas Private Investment Corporation*, pueden imponer medidas de inhabilitación o suspensión (por ejemplo, la prohibición de participar en actividades y concursos públicos) como consecuencia de la comisión de delitos del FCPA.

Por lo que respecta a los *issuers*, se prevé además la devolución de los beneficios ilícitos (*disgorgement of profits*), como recurso de derecho civil recogido en la *Securities Exchange Act* de 1934 con una función de restablecimiento.

Finalmente, cabe señalar que también se prevén sanciones muy severas para las infracciones de los requisitos relativos a los libros y registros contables y las auditorías, que pueden consistir en multas de hasta 5.000.000 de dólares y penas de prisión de hasta 20 años en el caso de las personas físicas, y multas de hasta 25.000.000 de dólares en el caso de las personas jurídicas (15 U.S.C. §§78ff).

4.1.7. Análisis comparativo

Todos los países objeto de este primer análisis se han adherido a la Convención de la OCDE y han adaptado su legislación a las normas reglamentarias allí establecidas. Así mismo, se han adherido también a la CNUCC. Además, los países europeos se han adherido al Convenio penal del Consejo de Europa y al Convenio de la UE.

En consecuencia, se encuentran numerosas similitudes entre las leyes de estos países, que constituyen la base común para combatir el soborno internacional en este macro-ámbito: (a) la incriminación del cohecho activo, por acción u omisión, según un esquema delictivo flexible con tal de que la conducta coincida con la promesa, la dación o el ofrecimiento; (b) la irrelevancia de la aceptación o acuerdo del funcionario público; (c) la inclusión de la conducta del funcionario público entre los elementos subjetivos del tipo, y no entre los elementos objetivos del delito; (d) la inclusión de los funcionarios de las organizaciones internacionales entre las personas corruptibles; y (e) la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de corrupción internacional perpetrados por sus miembros o por quienes actúan en su nombre.

Sin embargo, dentro de este grupo de Estados sigue existiendo un enfoque diferenciado en la lucha contra la corrupción internacional, que también se ve afectado por el enfoque expresado por cada sistema en la articulación de los delitos contra la administración pública.

Dentro de los países de Europa continental, existe una tendencia jurídica que lleva a la equiparación sustancial del soborno internacional con el nacional (Alemania, España, Francia e Italia), que, aunque sigue caminos normativos en parte diferentes, se traduce en la equiparación de los funcionarios extranjeros, internacionales y de la UE con los nacionales.

En virtud de esta misma tendencia, los sistemas jurídicos europeos continentales analizados incriminan tanto el soborno activo como el pasivo, lo que implica, bajo ciertas condiciones, la aplicabilidad del derecho nacional a los funcionarios extranjeros. Este planteamiento también repercute en la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma, que ya no coincide (exclusivamente) con la protección de la libre competencia en las transacciones comerciales internacionales, sino que se refiere a la protección de la buena actuación y la imparcialidad de la administración pública, aunque esté ubicada en un Estado extranjero.

También en consonancia con esta directriz, los países de Europa continental están diluyendo otros requisitos del delito que contribuían a diferenciar el soborno internacional frente al nacional.

Deben leerse en este sentido las simplificaciones en cuanto a la intención específica, con la ausencia (Alemania) o la eliminación tras las reformas (España, Italia) del propósito de obtener una ventaja indebida en las transacciones comerciales internacionales.

Por el contrario, los países anglosajones examinados (Reino Unido y EE.UU.) siguen siendo fieles al enfoque inicial de la FCPA. Con algunas distinciones, los sistemas jurídicos anglosajones optan por sancionar únicamente el soborno activo y limitan la relevancia penal a la conducta acompañada de la intención de obtener o mantener una ventaja en los asuntos internacionales.

Una peculiaridad que surge exclusivamente en el sistema jurídico británico es la asimilación de la corrupción pública con la privada, concentrando el *focus* en la conducta desleal.

Las penas previstas por los sistemas considerados son en su mayoría comparables, ya que las condenas oscilan aproximadamente entre mínimos de 3 años y máximos de 10.

Un dato interesante es el relativo a los niveles de aplicación en cada país que se pueden consultar en el último informe del WGB sobre “*Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention*”, que recoge datos sobre procesamientos, investigaciones y sanciones desde 1999 hasta 2020 para cada Estado parte. De 1999 a 2020, 684 personas físicas y 245 personas jurídicas han sido condenadas/sancionadas en los 25 de los Estados parte de la Convención de la OCDE. Además, en otros 7 países de la OCDE, 87 personas físicas y 119 personas jurídicas ha sido sancionadas administrativa o civilmente por actos de soborno internacional.

A 31 de diciembre de 2020, existían también 485 investigaciones pendientes en los 32 países de la OCDE. Así mismo, había procedimientos penales en curso en 13 países que afectaban a 167 personas físicas y a 14 personas jurídicas. Además, en 2 países había procedimientos civiles/administrativos pendientes contra 6 personas físicas y 10 personas jurídicas.

En cuanto a los juicios por corrupción internacional para el período 1999-2020 en los países objeto de estudio, conviene tener en

cuenta lo que se expone a continuación. En Alemania, 340¹² personas físicas y 12 personas jurídicas han sido sancionadas penalmente, mientras que 15 personas físicas y 1 persona jurídica han resultado absueltas. Además, 7 personas físicas y 5 personas jurídicas han sido sancionadas en procedimientos administrativos o civiles.

En el Reino Unido, 25 personas físicas y 13 personas jurídicas han sido sancionadas penalmente (incluidas las sancionadas en virtud de un *deferred prosecution agreement*), mientras que 22 personas físicas y 1 persona jurídica han resultado absueltas. Además, 10 personas jurídicas han sido sancionadas en procedimientos administrativos o civiles, mientras que 1 persona ha resultado absuelta.

En España, 2 personas físicas y ninguna persona jurídica han sido sancionadas penalmente, mientras que 1 persona física y 1 persona jurídica han resultado absueltas.

En Francia, 22 personas físicas y 15 personas jurídicas han sido condenadas penalmente (incluida 1 de ellas que recibió una *dispense*

¹² Sin embargo, el informe señala que: “Debido a un cambio en la metodología para alinear los datos de aplicación de este informe con los datos del informe de evaluación de la fase 4 de Alemania, los datos alemanes anteriores a 2017 no son comparables con los datos comunicados para 2017 o posteriores. Además, las sanciones comunicadas incluyen las aplicadas en el contexto de procedimientos terminados después de que el acusado o inculpado cumpliera las condiciones e instrucciones (por ejemplo, el pago de una suma de dinero a una institución sin ánimo de lucro), impuestas por la fiscalía o el tribunal (art. 153a(2) del Código de Procedimiento Penal —CCP— *Strafprozessordnung*). En la evaluación de la fase 3 de Alemania, no fue posible identificar qué sanciones aplicadas en virtud del art. 153a del CP correspondían a delitos de soborno en el extranjero y a delitos relacionados con el soborno en el extranjero. Por lo tanto, los datos incluyen las sanciones impuestas en virtud de esa disposición tanto por delitos de soborno en el extranjero como por delitos relacionados con el soborno en el extranjero. Los datos también incluyen las sanciones impuestas en virtud del art. 299 del CP en casos de soborno en el extranjero (desde la entrada en vigor de la Convención). En Alemania, la responsabilidad de las personas jurídicas es una responsabilidad administrativa, pero las personas jurídicas son sancionadas en relación con un delito en el contexto de un caso penal”.

de peine), mientras que 18 personas físicas y 1 persona jurídica han resultado absueltas.

En Italia, 16 personas físicas y 7 personas jurídicas han sido condenadas penalmente (incluidas las sentencias del llamado *patteggiamento*), mientras que 15 personas físicas y 2 personas jurídicas han resultado absueltas. Además, 16 personas físicas y 16 personas jurídicas han sido procesadas por violaciones del programa de la ONU *Oil-for-Food*.

Finalmente, en Estados Unidos, 133 personas físicas y 154 personas jurídicas han sido sancionadas penalmente, mientras que 4 personas físicas resultado absueltas¹³. Además, 56 personas físicas y 92 personas jurídicas han sido sancionadas en procedimientos administrativos o civiles¹⁴, mientras que 2 personas físicas han resultado absueltas.

¹³ De nuevo, sin embargo, el informe señala que “esta fila registra el número de casos penales procesados por el Departamento de Justicia de EE.UU., ya sea por violaciones de las disposiciones antisoborno del FCPA, o por violaciones tanto de las disposiciones antisoborno como de las disposiciones sobre libros y registros y controles internos del FCPA. Por lo tanto, esta tabla no refleja las sanciones penales que se han impuesto exclusivamente por violaciones de las disposiciones sobre libros y registros y controles internos del FCPA. “DPAs” y “NPAs” son “Deferred Prosecution Agreements” y “Non Prosecution Agreements” que se han celebrado entre el *US Department of Justice* y las personas sancionadas. Los datos también reflejan las declinaciones con *dequellé* concluidas en virtud del FCPA *Corporate Enforcement Policy*”.

¹⁴ Se precisa que “Esta fila registra el número de acciones de aplicación administrativas y civiles del *US Department of Justice* y de la *US Securities and Exchange Commission* que han dado lugar a sanciones por violaciones de las disposiciones antisoborno del FCPA, ya sea por sí solas o en conjunto con violaciones de las disposiciones de libros y registros y controles internos del FCPA, ya sea a través de una decisión judicial, una orden administrativa, o a través de otra resolución, incluyendo NPAs. Por lo tanto, esta tabla no refleja las sanciones civiles o administrativas que se han impuesto exclusivamente por violaciones de las disposiciones sobre libros y registros y controles internos del FCPA.”

4.2. Sistemas nacionales latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

4.2.1. Argentina

La Argentina ratificó el 8 de febrero de 2001 la “Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, que fue aprobada por la Ley 25.319 y entró en vigor el 9 de abril de 2001. A partir de la promulgación de la Ley 25.825, el CP argentino amplía el alcance del tipo legal que castiga el cohecho cuando involucra a funcionarios extranjeros y organizaciones internacionales, en asuntos relacionados con una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Esta legislación tipifica y sanciona el cohecho internacional en el art. 258 bis del CP, modificado por el art. 30 de la Ley 27.401.

En virtud del Art. 258 bis, por tanto, se castiga:

[...] el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial.

El delito se ubica en el título XI del CP argentino, que agrupa las figuras delictivas que dañan la imagen y el correcto funcionamiento de la Administración, entendida no sólo como una emanación del poder ejecutivo, sino como un complejo de poderes del Estado (Sassò, 2016: 108-109). Sin embargo, esta postura es engañosa, ya que el delito es polivalente y protege, por un lado, el bien jurídico de la imparcialidad del funcionario público extranjero o de un organismo público internacional y, por otro, la transparencia de las transacciones en materia económica, financiera o comercial (Sassò, 2016: 109; Donna, 2000: 248; Pinto, 2002: 617; D’Alessio & Divito, 2000: 1288; Morosi, 2005: 131; Levene, 2004: 1471). Como esto implicaría la protección de la administración pública de un Estado extranjero o de un organismo público internacional por parte de Argentina (con dudas sobre su competencia en la materia), parte de la doctri-

na (Manfroni, 2009: 2) sostiene que el bien jurídico protegido está vinculado a los intereses de la comunidad internacional, basado en fuentes supranacionales.

El cohecho internacional se concibe como un delito común, ya que no se requiere ninguna cualificación particular para su comisión y no se estructura como un delito de codelincuencia necesaria ya que sólo se incrimina el cohecho activo y no se castiga al funcionario al que se dirige la conducta. El destinatario de la oferta debe ser un funcionario público extranjero o de otro Estado u organización pública internacional. El CP argentino no define el concepto de funcionario público relevante para esta incriminación; por lo tanto, suele remitirse al concepto más amplio de funcionario público definido en la Convención sobre la Lucha contra el cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales internacionales (véase más adelante).

Aunque parte de la doctrina (Morosi, 2005: 131) considera que el funcionario corrupto puede ser considerado sujeto pasivo, la tesis dominante sostiene que esta calificación compite con la de persona física o jurídica, pública o privada, que se ve perjudicada por la transacción mercantil concluida encuentra la transparencia y buena fe en las relaciones comerciales.

Argentina, al igual que muchos otros países latinoamericanos, ha optado por penalizar únicamente el soborno activo tanto de funcionarios extranjeros/de otros Estados como de funcionarios públicos de organizaciones internacionales. En cambio, el soborno pasivo de las mismas personas no es punible. La conducta típica consiste en las acciones de “ofrecer” y “otorgar”. El primero se refiere a la conducta de prometer o dar, mientras que el segundo se refiere a la idea de conceder algo solicitado o deseado. Se trata de un delito puramente de conducta que se completa con el mero ofrecimiento, ya que no es necesario que el receptor acepte el regalo para que se cometa el delito. Desde este punto de vista, la hipótesis intentada se equipara (incluso *quoad poenam*) con la hipótesis consumada, creando evidentes desajustes desde el punto de vista de la proporción.

Otra cuestión discutida en la doctrina se refiere al objeto de las acciones de ofrecer u otorgar. En particular, se plantea la cuestión de

si los bienes o ventajas de carácter no económico pueden constituir también el contenido de la donación. En cuanto al acto relacionado con el ejercicio de la función pública en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial, se observa que la norma no menciona la demora, siendo controvertido si esta hipótesis entra o no en la conducta penalmente relevante¹⁵.

En cuanto a la dirección de la conducta, cabe señalar que el pago debe estar dirigido a la obtención de un acto concreto relacionado con las funciones ejercidas por el funcionario y no a la búsqueda genérica de la aprobación del funcionario público. Además, el acto debe realizarse en el contexto de asuntos económicos, financieros o comerciales. La corrupción es punible tanto en su forma correcta como en la incorrecta, ya que no es relevante si el acto en cuestión es conforme o contrario a las funciones oficiales del funcionario público.

La infracción es punible como delito y es compatible con la intención en todas sus formas, aunque parte de la doctrina (D'Alessio & Divito, 2000: 1289; Rùa, 2011: 600; Buompadre, 2011: 233; Buompadre, 2012: 674-677) sostiene que se requiere al menos el dolo directo. La conducta se dirige al mencionado acto del funcionario público, del que debe constituir la contraprestación, pero es irrelevante que se produzca o no ese acto.

El delito se castiga con pena de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública.

4.2.2. Brasil

Al igual que la mayoría de los países sudamericanos, Brasil también ha ratificado la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. En particular, con la Ley 10.467 de 11.6.2002, se

¹⁵ Siguiendo una interpretación sistemática, habría que incluir también la hipótesis del retraso, mientras que adoptando un enfoque más coherente con el principio de legalidad habría que excluir esta hipótesis, ya que no se hace referencia a ella expresamente (en este sentido véase Sassòn, 2016: 119).

añadió el capítulo II-A a la lista de delitos cometidos por particulares contra la administración pública extranjera y se incluyó el art. 337-B, que incrimina el soborno activo en las transacciones internacionales (Coutinho Pagliarini & Saldanha Martins, 2019: 13-37).

También en este caso el legislador ha incluido el delito de cohecho en las transacciones comerciales internacionales en el título XI del CP, dedicado a los delitos contra la administración pública, pero hay que señalar que el objeto de protección no es la administración pública extranjera. En cambio, los bienes jurídicos protegidos por la disposición coinciden con la buena fe, la regularidad y la transparencia en las relaciones comerciales internacionales (Regis Prado, 2009: 162).

Se trata de un delito común que, por lo tanto, puede ser cometido por cualquier persona: el sujeto activo puede ser un particular o —posiblemente— incluso un funcionario público, siempre que actúe en su propio y exclusivo interés privado. El sujeto pasivo coincide con la persona física o jurídica (pública o privada) que sufre el perjuicio en la transacción comercial objeto de la corrupción.

El art. 337-B castiga las acciones de prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventajas indebidas a funcionarios públicos extranjeros, o a terceras personas, para determinarlos a realizar, omitir o retrasar el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional.

En cuanto a la conducta típica, se observa que el concepto de “prometer” se refiere a la asunción de una obligación de dar o hacer con respecto a alguien, “ofrecer” se refiere a la disposición o presentación de la ventaja, mientras que “dar” se refiere explícitamente a la transferencia de bienes (Regis Prado, 2009: 165). Estas acciones pueden llevarse a cabo de forma directa o indirecta, lo que significa que pueden perpetrarse con la ayuda de un intermediario (que será considerado partícipe del delito) o mediante el uso de alusiones e insinuaciones que no son explícitas, pero que sin embargo revelan la intención del autor.

El tipo se construye con la ayuda del elemento normativo del “beneficio indebido”, que se refiere a cualquier beneficio o ganancia, ya sea material o moral, contraria a la ley. Incluso en este caso, es dudo-

so que se pueda hacer referencia también a las ventajas no económicas. Una peculiaridad de la legislación brasileña es que el receptor del beneficio indebido puede ser un tercero, siempre que la dádiva esté destinada a afectar un acto de un funcionario público.

El art. 337-D aclara a continuación qué se entiende por funcionario público extranjero, a efectos penales: “quien, incluso transitoriamente o sin remuneración, ejerce cargo, empleo o función pública en entidades estatales o en representaciones diplomáticas de país extranjero”. A los efectos de esta definición, el CP brasileño equipara al funcionario público extranjero con aquellos que ejercen cargo, empleo o función en empresas controladas, directa o indirectamente, por el Poder Público de país extranjero o de organizaciones públicas internacionales (art.337-D, párrafo único).

El objetivo de la acción debe ser hacer que el funcionario público extranjero realice, omita o retrase un acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional.

El delito solo puede ser cometido dolosamente. El dolo consiste en la representación y voluntad de realizar la conducta típica (ofrecer, prometer y dar un beneficio indebido) junto con el elemento subjetivo de la finalidad de determinar que el funcionario público “realice, omita o retrase” el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional, sin que sea necesario que esto ocurra para que se cometa el delito.

La pena es de uno a ocho años de prisión. Además, existe una circunstancia agravante (incrementada en un tercio) cuando, en razón de la ventaja o promesa, el funcionario público realiza, omite o retrasa efectivamente el acto oficial, o cuando lo realiza incumpliendo los deberes de su cargo. Por lo tanto, la ley brasileña castiga tanto el cohecho propio como el cohecho impropio, aunque se reserva una pena agravada para el primero.

4.2.3. Chile

En 2002, Chile adaptó su legislación a la Convención de la OCDE sobre la prevención del cohecho internacional (cohecho transnacional) mediante la adopción de la Ley 19.829, que introdujo el delito

de “cohecho a funcionario público extranjero”. El delito está previsto en el art. 251-bis del CP. El tipo se recoge en el art. 251-bis del CP, que debe leerse conjuntamente con el posterior art. 251-ter, que define la categoría de funcionarios públicos extranjeros. El marco normativo se perfeccionó entonces mediante las leyes 20.341 y 20.371 de 2009, que reconocieron la competencia de los tribunales nacionales para conocer de las causas relativas a dicho delito. Intervino entonces la Ley 21.121 de 2018, elevando el marco edictal de la sanción y ampliando el área de tipicidad a cualquier tipo de actividad económica afectada (Oliver Calderòn, 2021: 773-797).

El delito está incluido en el § 9 del título V titulado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos” en el que el bien jurídico protegido es la probidad administrativa, entendida como la recta administración del Estado mediante sus agentes y que pueden cometerse en la administración del Estado. No obstante, como ya se ha señalado en otro lugar, el asunto pretende proteger “la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales o en otras palabras el normal desarrollo de las relaciones económica internacionales” (Fernandez Aracena, 2010: 63).

En cuanto al sujeto activo, la infracción se estructura como un delito común. Por lo tanto, la conducta puede ser cometida por cualquier persona (particular o funcionario público) que tenga un interés en la transacción internacional o en la actividad económica corrompida. El sujeto pasivo debe coincidir, en cambio, con el funcionario público extranjero, que es definido textualmente en el art. 251-ter del CP como “toda persona que tenga con la coima”. Como “toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública”, extendiendo la misma calificación también a “cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”. Cabe señalar que la noción de persona corrupta está más circunscrita que en el art. 250 del CP, que no menciona expresamente los cargos legislativos o judiciales.

Así, sólo es punible el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales, mientras que se excluye el soborno pasivo.

La conducta puede consistir en ofrecer, dar, prometer o acordar un beneficio financiero o de otro tipo al funcionario público o a un tercero. Con esta formulación, el legislador chileno ha disipado las dudas sobre la naturaleza (patrimonial o no) y la dirección de la ventaja (dirigida al funcionario público o a un tercero) que pretende afectar al funcionario público extranjero. El contexto al que se aplica el delito es especialmente amplio, ya que, tras las reformas que se han producido, el delito es aplicable a cualquier actividad económica realizada en el extranjero.

En comparación con otras legislaciones, la de Chile se distingue por el hecho de que la conducta no tiene que estar necesariamente dirigida a la consecución de un acto concreto, sino que también es relevante si —simplemente— está motivada por el cargo del funcionario. La conducta también puede referirse a la realización de un acto relacionado con el cargo del funcionario, ya sea en el futuro o a posteriori. Se incriminan, por tanto, todos los paradigmas de la corrupción: el cohecho antecedente y el subsiguiente (“para que omita o ejecute” “por haber omitido o ejecutado” un acto), la propia y la impropia (un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo).

El delito puede ser realizado solo de manera dolosa, requiriendo además que la conducta esté motivada por la intención de obtener o mantener “cualquier negocio o ventaja” en el contexto de cualquier transacción internacional o actividad económica en el extranjero. Esta intención es un elemento subjetivo del tipo y no es necesario que se realice para que se cometa el delito.

La pena establecida es “la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo” (no inferior de tres años y un día y no mayor de diez años) y “multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado” junto con la “inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo”. También se dispone que “Si el beneficio fuere

de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales”.

4.2.4. México

México se incorporó a la OCDE en 1994, participando en el Grupo de Trabajo sobre el Cohecho. Posteriormente, en 1997, el Gobierno mexicano ratificó la Convención de la OCDE sobre la lucha contra el soborno en las transacciones internacionales. En 2003, firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en Mérida (aprobada en octubre de 2003 por la Asamblea General). En 2015, el delito fue reformado por el “decreto por el que se reforman los arts. 222 y 222 Bis del CP federal y el art. 13 de la Ley Federal para la Protección a Personas que intervienen en el Procedimiento Penal” para eliminar el requisito de determinar el tercero beneficiario de los pagos por parte del funcionario público extranjero (Nader Kuri, 2020: 166-168; Cobos Palma, 2012: 98-121).

En cuanto a la legislación nacional, en el art. 222 bis del CP federal, el legislador tipifica el hecho de “Cohecho a servidores públicos extranjeros”, un tipo especial respecto al previsto en el art. anterior del que se toma prestado la pena establecida (Amparo Casar, 2015).

De nuevo, a pesar de la ubicación sistemática del artículo, el bien jurídico protegido no se refiere a la buena marcha de la administración pública, sino a la transparencia y equidad de las transacciones comerciales internacionales.

El art. 222 bis del CP federal castiga a quien “con el fin de obtener o retener para sí o para otra persona beneficios indebidos en el desarrollo o realización de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o entregue, para sí o para otra persona, dinero o cualquier otro bien, ya sea en bienes o servicios”.

Se trata de un delito común que puede ser cometido tanto por particulares como por funcionarios públicos. El destinatario de la conducta puede ser el servidor público extranjero, que significa, según la definición legislativa expresa:

[...] toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el poder legislativo, ejecutivo o judicial o en un órgano público autónomo-

mo en cualquier orden o nivel de gobierno de un Estado extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función para una autoridad, organismo o empresa pública o de participación estatal de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de un organismo u organización pública internacional.

Sin embargo, la conducta también puede dirigirse a una persona identificada como “cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero” y que actúe como conducto.

Los pagos pueden realizarse en beneficio del funcionario público extranjero o de un tercero (ya no necesariamente determinado por el funcionario público), pero deben estar destinados a afectar a la actividad desarrollada por este último. En este sentido, cabe señalar que el precepto incrimina tanto las conductas dirigidas a que el servidor público extranjero “gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión” como “de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión”. En este sentido, el delito también parece incluir conductas que son generalmente ajenas al soborno, ya que se refiere a la conducta del funcionario público también respecto a asuntos que surgen fuera de su cargo o funciones. Además, el pago no está dirigido a obtener un acto del funcionario, sino a influir en la gestión “de asuntos”. En el caso de que la conducta se realice frente al intermediario que luego se dirige al funcionario público (art. 222-bis, III del CP federal), el alcance del delito se limita a los casos en que esa persona solicite o proponga al funcionario público “llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último”.

El delito es de mera actividad, y no es necesario que el funcionario público extranjero efectivamente “gestione o se abstenga de gestionar la transmisión o resolución de los asuntos” para que se consuma el delito. Sólo se castiga la corrupción activa, en su forma antecedente.

Al tratarse de un delito doloso, se requiere representación y voluntad para todos los elementos que componen el delito. Además, la intención específica es el “propósito de obtener o retener para sí o

para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales”.

La pena para el soborno internacional es la misma que para el delito de cohecho (art. 222 del CP federal) y es adecuada al valor de la dádiva: “a) cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa; b) cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa”.

4.2.5. Perú

Perú ha sido el último de los Estados objeto de nuestra reflexión en aprobar, el 17 de mayo de 2018, la Convención de 1997, rubricado en París, sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales. El Perú también es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, el 29 de marzo de 1996; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en Nueva York el 31 de octubre de 2003, aprobada por resolución legislativa no. 28357 del 5 de octubre de 2004 y ratificado por el Decreto Supremo 075-2004-RE del 16 de octubre de 2004; en el Proceso de Integración Andina, que se inició con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969 y se completó en 1996 con el Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino, que creó la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración.

Los delitos de cohecho transnacional están previstos en los arts. 393 A y 397 A del CP. Dado que la ley peruana incrimina tanto el cohecho activo como el pasivo, el alcance de los intereses legales protegidos es necesariamente más amplio que en otros sistemas legales latinoamericanos. En particular, junto a la protección de la transparencia y de la competencia leal y libre en las transacciones comerciales internacionales, hay la protección de la probidad y del buen

funcionamiento de la administración del Estado extranjero o de la organización internacional.

El ordenamiento jurídico peruano es el único que incrimina el cohecho transnacional tanto en su forma activa (art. 397 A del CP) como en su forma pasiva (art. 393 A del CP).

Pasando de la hipótesis activa, el art. 397 A incrimina la conducta de:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

La redacción de la norma recoge las ideas también presentes en las disposiciones especulares extendidas en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, tanto en la tipificación de las acciones corruptoras “ofrezca, otorgue o prometa”, realizadas directamente o no, como en la previsión de la doble finalidad que debe animar la conducta:

1. La realización u omisión de un acto por parte del funcionario público;
2. La obtención de una ventaja indebida en actividades económicas y comerciales internacionales. El cohecho activo transnacional está previsto tanto en su forma propia (en violación de sus obligaciones) como en su forma impropia (sin faltar a su obligación).

Se formula como un delito común y se especifica que el regalo puede estar dirigido al funcionario público o incluso a otra persona y debe constituir una ventaja/beneficio indebido.

El art. 393A del CP tipifica el delito de cohecho pasivo transnacional. En este caso, se trata de un delito especial, que sólo puede ser cometido por el “funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público”. La conducta delictiva

tiva se identifica con las acciones de aceptar, recibir o solicitar que se relacionen con regalos, promesas o cualquier otra ventaja o beneficio. Esta ventaja debe estar vinculada a la comisión/ejecución de un acto futuro, concomitante o pasado con respecto a la conducta, de modo que se penaliza el soborno antecedente (remuneración por un acto futuro) y el soborno subsiguiente (remuneración por un acto pasado). La extorsión se refiere exclusivamente a los actos realizados en el ejercicio de las funciones y en incumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto el funcionario público; por lo tanto, sólo es pertinente el cohecho pasivo. Además, la disposición establece que la conducta debe llevarse a cabo para “obtener o con vistas a obtener un beneficio financiero u otra ventaja indebida en el desempeño de actividades económicas internacionales”, lo que —dado que se trata de un delito de funcionario público— podría limitar significativamente el alcance real del delito.

Ambos delitos se cometen dolosamente y ambos requieren un dolo específico que se proyecta: en el acto del funcionario público sobornado; en la búsqueda de la ventaja en el contexto de una transacción comercial internacional (Fernández-Estofanero, 2018: 63-67).

Se prevé la misma sanción para ambos casos, es decir, la “pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1¹⁶, 2¹⁷ y 8¹⁸ del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

4.2.6. Análisis comparativo

El examen de los sistemas jurídicos latinoamericanos ha revelado diferentes caminos de evolución con respecto a la lucha contra el

¹⁶ Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de la elección popular.

¹⁷ Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

¹⁸ Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

soborno internacional. En la actualidad, todos los países analizados se han adherido a la Convención de la OCDE, que constituye el principal punto de referencia para la tipificación del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros. Sin embargo, la ratificación de esta Convención se produjo en momentos diferentes en los distintos países, creando durante mucho tiempo un panorama desigual. Asimismo, todos los países examinados han ratificado la CICC y la CNUCC. Esto contribuye a una base común bastante homogénea en el contexto latinoamericano, que responde con bastante fidelidad a los *inputs* supranacionales.

El soborno internacional se tipifica según el esquema del delito común estructurado como tipo unisubjetivo. Todos los sistemas jurídicos analizados incluyen también a los funcionarios miembros de organizaciones internacionales en el concepto de funcionario extranjero. En línea con el planteamiento de las convenciones internacionales de las que son parte estos países, la mayoría de los ordenamientos jurídicos optan por la criminalización únicamente del cohecho activo, con la significativa excepción de Perú: el Estado que más recientemente (2018) ha actualizado su legislación para cumplir, aunque con retraso, con sus obligaciones internacionales. El enfoque dominante en los países latinoamericanos sigue siendo fiel a la inspiración original de la Convención de la OCDE, en la que sólo se recogen las conductas corruptas que tienen lugar en el contexto de las transacciones económicas internacionales.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido, es, principalmente, el de la transparencia y la equidad en las transacciones económicas, financieras y comerciales internacionales. Sin embargo, los artículos que incriminan el soborno de funcionarios extranjeros suelen situarse dentro de los códigos penales, en las secciones dedicadas a los delitos para proteger el buen funcionamiento y la transparencia de la administración pública. Esta ambigüedad se debe probablemente a que en la tradición latinoamericana (al igual que en la europea) la percepción del desvalor de la conducta corrupta sigue estando vinculada a la protección de bienes jurídicos de carácter público.

En cuanto a la conducta típica, la conducta incriminada en el soborno activo gira en torno a las acciones de “ofrecer, prometer o conceder” y se refiere a dinero u otras ventajás destinadas a un

funcionario extranjero, ya sea directa o indirectamente, con el fin de influir en un funcionario público para que realice u omita un acto propio de su cargo (siempre en el contexto de una transacción económica). Los ordenamientos jurídicos analizados, coinciden en: (a) negar la relevancia de la aceptación por parte del funcionario público a efectos del delito; (b) que el ofrecimiento, la concesión o el otorgamiento de ventajas indebidas puede consistir en beneficios de naturaleza económica o no económica; y (c) que el cohecho puede alcanzar al funcionario público directa o indirectamente.

En todos los sistemas latinoamericanos analizados, se requiere el dolo, así como que la conducta corrupta esté orientada a conseguir una acción u omisión del funcionario público en ejercicio de su cargo (o, como en Chile, se encuentre motivada por el cargo del funcionario público).

Las penas de prisión pueden variar significativamente entre los distintos países, siendo las mínimas de entre 1 a 9 años y las máximas de entre 5 a 15 años.

En cuanto a la aplicación práctica, los datos de las jurisdicciones latinoamericanas muestran, en general, niveles de *enforcement* más bajos que en las jurisdicciones no latinoamericanas analizadas en la sección anterior (a excepción de España). No es posible exponer aquí las múltiples explicaciones posibles de esta sustancial diferencia, pero para una lectura global de los datos también es necesario tener en cuenta que numerosos casos de soborno internacional en América Latina han sido perseguidos por la jurisdicción estadounidense. En cualquier caso, consultando los datos recopilados por el WGB para el periodo 1999-2020 se tienen los resultados que se exponen a continuación.

En Argentina, no se han registrado procedimientos penales y/o administrativos o civiles con resultado de condenas o absoluciones por soborno internacional contra personas físicas o jurídicas.

En Brasil, 25 personas físicas han sido sancionadas penalmente (ninguna persona jurídica), sin que haya habido ninguna absolución. Además, 4 personas jurídicas han resultado sancionadas en procedimientos administrativos o civiles, y 24 personas físicas, ya san-

cionadas penalmente, también lo han sido en procedimientos administrativos o civiles.

En Chile, 2 personas físicas y 1 persona jurídica han sido sancionadas penalmente, mientras que no ha habido absoluciones.

Finalmente, en México y Perú no se han registrado procedimientos penales, administrativos o civiles contra personas físicas o jurídicas.

4.3. Colombia

4.3.1. Desarrollo normativo

Colombia ha suscrito varias convenciones internacionales relevantes en esta materia: la Convención Interamericana contra la Corrupción mediante la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997; la Convención de la OCDE de 1997, aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 1573 del 2 de agosto de 2012, que entró en vigor el 19 de enero de 2013; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, ratificada mediante la Ley 970 de 2005 (Ceballos Suarez, 2018).

Hasta antes de la Ley 599 de 2000, que introdujo el delito de soborno transnacional en el art. 433¹⁹, se descartaba que el ámbito de aplicación de las normas que incriminan el soborno nacional pudiera extenderse también a los funcionarios no nacionales, simplemente por el cumplimiento de las fuentes internacionales antes mencionadas. Desde entonces, el art. 433 ha sido actualizado en varias ocasiones: por la Ley 890 de 2004, que aumentó las penas inicial-

¹⁹ La primera formulación proporcionaba: “El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales vigentes.”

mente previstas²⁰; por la Ley 1474 de 2011, con el fin de adecuar la legislación colombiana a las Convenciones de la ONU sobre corrupción, que reformuló el art. 433 y añadió la definición de funcionario público al art. 433. 433 y agregó la definición de funcionario público extranjero; con la Ley 1778 de 2016, “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

La norma está ahora tipificada en el art. 433 del CP, titulado “soborno transnacional”²¹.

También en este caso, para identificar el bien jurídico protegido, es necesario considerar la hipótesis pública (Sintura Varela & Rodríguez, 2013; Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2001: 67-68; Molina Arrubla, 2005: 615), según la cual el soborno transnacional también se refiere a la protección del buen funcionamiento de la adminis-

²⁰ Penas elevadas a “prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de sesenta y seis, punto sesenta y seis (66,66), a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. “

²¹ “Toda persona que dé, prometa u ofrezca a un funcionario público extranjero, en nombre de ese funcionario o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor monetario o cualquier otro beneficio o ventaja a cambio de su desempeño, omita o retrase cualquier acto relativo al ejercicio de sus funciones y en relación con una negociación o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o de una entidad cuyo poder de decisión esté sometido a la voluntad del Estado, de sus subdivisiones políticas o de las autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

tración pública; y la hipótesis según la cual la protección se basa en la protección del mercado y la libre competencia (Fabián Caparrós, 2008: 192; Rodríguez Puerta, 2004: 2166). La opción sincrética que sostiene que el delito es pluriofensivo parece la más convincente, ya que sólo se penaliza el cohecho activo y la conducta relevante se limita al contexto de los negocios y transacciones internacionales (Rodríguez Puerta, 2004: 2170). Este planteamiento también parece haber sido acogido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-944 de 2012, en la que se considera que la conducta es pluriofensiva en cuanto vulnera “valores constitucionales fundamentales como el orden económico, la igualdad de los competidores, la corrección de las relaciones económicas internacionales y la imparcialidad”²².

En su formulación actual²³, el delito se concibe como un delito común, aunque existe una circunstancia agravante cuando el acto es cometido por un funcionario público. El destinatario de la acción corrupta se identifica como el servidor público extranjero. El párrafo 2 de la disposición establece que por funcionario público extranjero se entiende: a) toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido; b) toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera; c) el funcionario o agente de una organización pública internacional.

²² Corte Constitucional, sentencia C-944 de 2012, MP. Jorge Pretelt Chaljub.

²³ En la primera formulación, se exigía que el autor fuera “El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo”. Con la actual redacción legislativa, a pesar de la disposición anterior, ya no importa la nacionalidad o el lugar de residencia habitual de las partes activas. Hoy, por tanto, cualquier persona puede ser sujeto activo de esta particular forma de corrupción: con la aclaración de que existe una circunstancia agravante cuando el sujeto activo es un “servidor público” perteneciente a los órganos de control del Estado.

El delito es de mera actividad, de conducta alternativa. En efecto, la conducta típica consiste en las tres acciones habituales de dar, prometer y ofrecer, que deben referirse a sumas de dinero, a cualquier elemento de valor pecuniario o a otro beneficio o utilidad y que pueden realizarse directa o indirectamente. El pago también puede realizarse en beneficio de un tercero, pero no es necesario que éste haya sido designado por la U.P. El pago se concibe como una contraprestación por la comisión, omisión o aplazamiento de la realización de cualquier acto relacionado con las funciones del servidor público extranjero, en relación con un negocio o transacción internacional.

La infracción puede ser realizado solo de forma dolosa. Los tipos alternativos de conducta deben tener como objetivo la realización de un acto por parte del funcionario público. Sin embargo, a diferencia de otros sistemas jurídicos, la referencia al contexto de las transacciones comerciales y económicas no está sujeta a una intención específica.

La pena establecida es “prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. El art. 1 de la Ley 1474 de 2011 la inhabilitación para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, además el art. 33 de la misma Ley introdujo un agravante que se aplica al tráfico transnacional²⁴.

En cuanto a la recuperación de los réditos del delito, en caso de condena se aplica el comiso (art. 100 del CP). Además, aunque no es de estricta pertinencia penal, hay que considerar que también es posible utilizar la acción de extinción del dominio (Ley 1708 de 2014) que permite afectar los bienes de derivación ilícita.

Finalmente, sin entrar en un tratamiento que rebasaría el tema de este capítulo, dada la particular naturaleza del delito de corrup-

²⁴ “Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado”.

ción transnacional, cabe señalar que la Ley 1778 de 2016 prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en relación con los actos de corrupción internacional²⁵. Esta ley, que también ha sido reformada recientemente (con la Ley 2195 de 2022), contiene numerosas normas destinadas a reforzar las herramientas para identificar e investigar los episodios de corrupción transnacional. Existen además amplios poderes de investigación reconocidos a la Superintendencia de Sociedades (art. 20) (frente a la que, según el art. 22, está también prevista la obligación de información y de colaboración de otras agencias públicas), recogiendo así mismo importantes beneficios reconocidos a las empresas que colaboran oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con dicha conducta (art. 19).

4.3.2. Análisis comparativo de las fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Comparando el sistema colombiano con los otros sistemas legales analizados, se encuentran tanto continuidades como discontinuidades en el enfoque de la lucha contra la corrupción internacional.

En cuanto a la estructura del delito, el ordenamiento jurídico colombiano, como muchos otros en el contexto latinoamericano, se mantiene bastante fiel a la Convención original de la OCDE en la medida en que sanciona únicamente el soborno activo, estructurando el delito en la forma de soborno intencional por dar, prometer u ofrecer dinero u otras ventajas directa o indirectamente a un funcionario público extranjero para que éste realice u omita un acto relacionado

²⁵ Las sanciones establecidas son la multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; la inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años (a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada); la publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año; la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

con su función en una transacción comercial internacional (si bien se aleja del enfoque original en la medida en que no se requiere que el autor de la conducta pretenda obtener una ventaja en una transacción o acuerdo internacional).

La peculiaridad que distingue al sistema colombiano del resto de países latinoamericanos es, sin duda, la de las penas por soborno internacional, que son muy superiores a las establecidas en los demás sistemas latinoamericanos, acercándose a los sistemas europeos que prevén las penas más altas (España e Italia).

Colombia parece haber mantenido hasta ahora su planteamiento original de lucha contra el soborno internacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tendencia en los países europeos, que no parece probable que se vaya a revertir, se dirige hacia la equiparación del soborno doméstico con el soborno internacional (y no sólo, por tanto, a la tipificación del soborno pasivo). En un contexto globalizado, esta asimilación parece cada vez más justificada y racional, si se tiene en cuenta que el soborno de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales es un fenómeno que está en el origen de otras muchas dinámicas delictivas, que ponen en peligro bienes jurídicos incluso mucho más importantes que la competencia leal y correcta en las transacciones internacionales.

Evaluar la eficacia del sistema colombiano no es sencillo, ya que apenas hay procesos penales por casos de corrupción internacional. En el último informe del WGB, se recoge un solo procedimiento sancionador contra una persona jurídica, que resultó ser el primero en la historia del país para el periodo observado (1999-2020). El informe de la OCDE titulado “*Colombia Phase 3: Two Year Written Follow-Up - Summary and Conclusions by the Working Group on Bribery*” hace un balance de la aplicación de las recomendaciones formuladas a Colombia por el GTB en el informe emitido dos años antes, y presenta importantes sugerencias para mejorar el sistema²⁶.

²⁶ Así, las principales recomendaciones que todavía necesitan ser implementadas por el Estado colombiano, con respecto al tema que aquí se aborda, se pueden resumir en la necesidad de garantizar que la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con los hechos de corrupción internacional sea efectiva, tanto en lo que se refiere al alcance y extensión de los

El WGB ha considerado destacable el esfuerzo de Colombia por fortalecer el sistema de investigación y represión del soborno internacional, reforzado a través de la formación específica de los investigadores y fiscales de la Procuraduría General de la Nación y de la Superintendencia de Sociedades, así como del intercambio de información entre estas dos entidades y de las reuniones periódicas de confrontación que fomentan su coordinación y la de otras autoridades de *law enforcement* que se ocupan de los sectores fiscal y financiero.

También ha sido bien recibida por el WGB, la tendencia a incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el Proyecto de Ley 341/2020, fortalecer el decomiso de los productos del delito y ofrecer beneficios a cambio de cooperación. Además, desde el punto de vista de las estrategias de lucha contra el soborno, es muy importante el refuerzo de la cooperación entre los organismos estatales de *enforcement*, así como el sistema de sanciones relativas a los delitos instrumentales del soborno internacional, incluyendo las disposiciones sobre la contabilidad y el *money laundering*. Sin embargo, el CGM ha mostrado su preocupación por la falta de protección de los *whistleblowers* en el Proyecto de Ley 341/2020, que podría resultar contraproducente, ya que podría desalentar la denuncia de incidentes de soborno.

beneficios concedidos por cooperar, como en lo relativo al contenido de las sanciones y la regulación de la confiscación. Además, destacan también las recomendaciones en materia de cooperación internacional para reforzar el intercambio de información, la formación y la colaboración entre organismos de aplicación de la ley. Así mismo, se reitera la recomendación de que se adopte una normativa eficaz para la protección de los informantes. Vid.: Recommendation 9: Regarding whistleblower protection, the Working Group recommends that Colombia adopt urgently legislation that provides clear and comprehensive protections from retaliation to whistleblowers across the public and private sectors [2009 Recommendation III (iv) and IX (iii)]. Recommendation 1: Regarding the liability of legal persons, the Working Group recommends that Colombia clarify that self-reporting (i) is possible only prior to the discovery of the misconduct, by providing original information to the Superintendence of Companies and (ii) should be accompanied by appropriate remedial action by the legal person. [Convention, Article 2].

Finalmente, en la Ley 2195, aprobada el 22 de enero de 2022, el ordenamiento jurídico colombiano ha optado por no recoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e introducir en su lugar la responsabilidad administrativa especial (Ley 1778 de 2016), aplicable por la Superintendencia de Sociedades en caso de corrupción transnacional. Esta responsabilidad administrativa se extiende también a las personas jurídicas extranjeras con sucursales en Colombia o en el caso de “personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia”. En este sentido, cabe valorar positivamente el enfoque de prevención y control administrativo que pretende luchar contra la corrupción con instrumentos no penales.

5. ESPECIFICIDADES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

5.1. Corrupción transnacional asociada a la delincuencia organizada

Antes de profundizar en las especificidades de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, conviene considerar que la corrupción transnacional (en sus diversas formas) puede estar relacionada con una serie de relaciones diferentes.

Por un lado, está el caso en el que la corrupción tiene lugar en el contexto de los negocios internacionales y, por lo tanto, involucra a personas pertenecientes a diferentes áreas territoriales y, por lo tanto, se estructura como un delito de “red”, en el que los sobornadores y los corruptores actúan de forma partidista dentro de grupos más o menos estables y organizados. En este sentido, la corrupción transnacional es la transposición criminal de la lógica de la globalización.

Por otra parte, la corrupción transnacional puede ser uno de los medios por los que un grupo delictivo (violento o no) se preserva. De hecho, al establecer una conexión con las autoridades públicas, la delincuencia organizada puede preservar su capacidad de controlar su tráfico sin la interferencia de las fuerzas públicas. En este caso,

aunque las actividades de la delincuencia organizada suelen ir de la mano del tráfico internacional (por ejemplo, el tráfico de drogas, el tráfico de armas o la trata de personas), se aleja del contexto tradicional de la corrupción transnacional. En consecuencia, la apariencia del delito se aleja del enfoque mercantilista y se acerca al de la corrupción pública.

Estas dos tendencias, que pueden remontarse —en distintos grados— al concepto de corrupción transnacional, evocan estrategias de aplicación de la ley específicas que sólo son comparables en parte.

5.2. Estrategias policiales derivadas de la lucha contra la delincuencia organizada

Tanto en los sistemas jurídicos latinoamericanos como en los europeos, se ha producido una progresiva toma de conciencia de que la corrupción ha dejado de ser un fenómeno episódico circunscrito a la mala praxis periférica del aparato estatal, para institucionalizarse y consolidarse hasta asumir una dimensión sistémica que involucra no sólo a los más altos niveles del gobierno estatal, sino también a los directivos de las empresas públicas. Esta manifestación de la corrupción ha suscitado estudios doctrinales, criminológicos y dogmáticos, opciones de política criminal y estrategias para combatirla, con el objetivo de acercar la corrupción a la delincuencia organizada. En particular, este vínculo se ha captado con referencia a la delincuencia organizada transnacional.

Una característica particular registrada en Italia en los últimos veinte años se refiere a la progresiva tendencia legislativa a asimilar la corrupción sistémica y la delincuencia organizada de tipo mafioso (Mongillo, 2019; Di Vetta, 2020). Dado que ambos fenómenos comparten algunos rasgos característicos y a menudo se dan juntos, el legislador italiano ha ido extendiendo progresivamente a la corrupción algunas de las estrategias policiales que normalmente se aplican a la delincuencia organizada de tipo mafioso. Limitando el análisis aquí a las iniciativas que afectan al soborno internacional, cabe señalar lo siguiente: el art. 240-bis del CP, que prevé el denominado decomiso ampliado o “desproporcionado” de los bienes cuya procedencia

no pueda ser justificada por el condenado; posteriormente, se ha previsto también la aplicación de medidas de prevención patrimonial (decomiso y confiscación a efectos de decomiso) en relación con los delitos de corrupción cometidos en asociación (art. 4, c. 1, lett. i-bis); por último, el legislador italiano intervino con la Ley 3/2019, la llamada *Spazzacorrotti* (“azota-corruptos”), que amplía al delito administrativo una serie de instrumentos sustantivos, procesales y penales destinados a combatir la mafia. En particular, permite el uso de agentes encubiertos y el uso ilimitado de dispositivos de vigilancia electrónica. En particular, se permite el uso de agentes encubiertos y el uso ilimitado de capturas informáticas; se han introducido mecanismos de recompensa para fomentar el arrepentimiento de las personas que han participado en el acuerdo delictivo (art. 323-ter, que prevé una causa de no punición para quienes hayan denunciado el delito y cooperado con las autoridades); por último, es establecida la ampliación del régimen penitenciario en virtud del art. 4-bis del CP, que impide el acceso a los beneficios penitenciarios al detenido.

5.3. Estrategias policiales basadas en la dimensión transnacional

Partiendo de la dimensión fisiológicamente transnacional del soborno de funcionarios públicos extranjeros e internacionales, las estrategias especializadas de aplicación de la ley se refieren en gran medida a la agenda dictada por la Convención de Palermo. Se piensa en la responsabilidad de las personas jurídicas, en el decomiso y en la incautación del producto del delito y de los bienes, equipos y otros instrumentos utilizados para cometerlo; en general, en las medidas procesales destinadas a la cooperación internacional tanto en la fase de investigación como en la judicial; pero también en las centradas en la prevención y la transparencia de la gestión pública.

En cuanto a la cooperación judicial, un papel importante lo desempeñan las agencias supranacionales que facilitan la sinergia entre los distintos Estados, tanto a nivel mundial por la UNODC (Oficina contra la Droga y el Delito) como a nivel regional en América (Organización de Estados Americanos) y en la UE (Eurojust y Europol). En el ámbito de la UE, también existe la Orden de Detención Europea, que puede ejecutarse en cualquier Estado miembro de la UE y puede

emitirse: tras una condena firme a una pena privativa de libertad o una orden de detención no inferior a 4 meses; por delitos castigados en el Estado miembro emisor con una pena privativa de libertad o una orden de detención no inferior a 12 meses.

En general, una tendencia que se encuentra en casi todos los sistemas jurídicos analizados, y que es especialmente útil para combatir la corrupción transnacional, es la previsión de la responsabilidad de la persona jurídica por la corrupción transnacional. Esta opción desempeña un papel disuasorio muy importante, ya que la estrategia de aplicación de la ley no sólo se dirige a los incidentes de corrupción individuales, sino también a las políticas empresariales sin escrúpulos que hacen de la corrupción un *modus operandi*.

Con vistas a reforzar la prevención de la corrupción por parte de las multinacionales, también desempeñan un papel importante los llamados Principios de Ruggies (Principios rectores de la ONU para las empresas y los derechos humanos).

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

El análisis comparativo realizado anteriormente no reveló ninguna laguna en relación con las obligaciones de penalización derivadas de la Convención de la OCDE, ya que todas las jurisdicciones prevén al menos la penalización del soborno activo de funcionarios públicos extranjeros u organizaciones internacionales cometido en el curso de negocios o transacciones internacionales. Sin embargo, el panorama es desigual en cuanto a la penalización del soborno transnacional pasivo. En algunos países, puesto que el soborno transnacional se considera de igual valor que el soborno nacional, se ha decidido equiparar ambos *tout court*, incluyendo así la penalización del soborno transnacional pasivo. En otros países, en cambio, se ha preferido optar por la penalización limitada al modelo inspirador inicial (FCPA).

Aunque no hay obligación de incriminar en este sentido, al menos en el contexto latinoamericano, se puede observar fácilmente que una noción más amplia de corrupción transnacional es más ade-

cuada para cubrir también los casos “no tradicionales” de corrupción internacional asociados al crimen organizado mencionados anteriormente. Por ello, dada también la evolución del debate sobre el bien jurídico protegido por la disposición incriminatoria (cada vez más proyectada hacia el núcleo de la protección del Estado de Derecho y los derechos humanos, así como hacia los polos tradicionales de la buena actuación de la AP y la libre y leal competencia en el comercio), podría ser conveniente valorar la posibilidad de armonizar los sistemas en el sentido de incriminar también el cohecho pasivo transnacional.

Si se quisiera completar la homologación del cohecho transnacional al cohecho doméstico, convendría también eliminar la limitación del ámbito de aplicación sólo a los casos de cohecho enmarcados en el contexto de las transacciones económicas transnacionales, y eliminar también los elementos subjetivos del tipo que en ese sentido delimitan la conducta.

También sería deseable, con el fin de evitar el fenómeno del *forum shopping* (o, en todo caso, las indeseables discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos), armonizar —al menos a nivel regional— los demás elementos que contribuyen a definir la conducta típica (es decir, la noción de funcionario público, la elección relativa a la punibilidad de la forma previa y/o posterior, la conexión con un acto concreto, etc.) y la homogeneización de los marcos jurídicos.

Las sugerencias presentadas por Olasolo y Palermo (2022) también están orientadas a reformar la noción de corrupción: “Por ello, la principal aportación que se puede realizar desde el ámbito jurídico es ajustar su definición normativa al verdadero alcance y naturaleza del fenómeno, para lo cual parece necesario incluir un elemento contextual (como es el caso de la categoría de crímenes contra la humanidad), que refleje el carácter sistemático de la conducta prohibida y destaque su aplicación en el desarrollo de políticas o prácticas estatales u organizativas. De esta manera, las actuaciones de los sistemas de justicia civil, administrativa y penal, así como la normativa internacional relativa a la delimitación del alcance extraterritorial de las jurisdicciones nacionales y la cooperación judicial internacional, no se enfocarían en conductas individuales, sino que tendrían que analizar la forma de operar de las instituciones”.

Además, los mismos autores proponen trasladar la represión de la corrupción transnacional al ámbito internacional proponiendo una estrategia de represión basada en la introducción de órganos penales internacionales dedicados específicamente a la corrupción, es decir, ampliando la jurisdicción del tribunal penal internacional a la corrupción.

6.1. Propuesta de Acción para América Latina

A la luz de las conclusiones generales que se acaban de presentar, y teniendo en cuenta el estudio realizado en relación con los sistemas latinoamericanos que se han tomado como referencia en la presente obra colectiva, se recomienda adoptar una serie de medidas como propuesta de acción para América Latina con el fin de promover un cierto proceso de armonización.

Así, de cara a la revisión del tipo penal, se podría criminalizar el cohecho pasivo a funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales, como ya ha ocurrido en Perú en 2018. Además, podría eliminarse el elemento subjetivo que connota la intención, es decir, el propósito de obtener una ventaja en las transacciones comerciales o económicas internacionales, simplificando también el precepto subyacente a la norma, que coincidiría con una prohibición general de pagar o prometer dinero u otros beneficios a un funcionario público extranjero.

Además, dado que podrían surgir algunas ambigüedades de interpretación en torno a algunos de los elementos que componen el tipo, sería conveniente adoptar definiciones consensuadas de lo que se entiende por “funcionario público” o por “pago permisible”, si se quiere excluir los denominados *facilitating payments*, que no tienen relevancia penal en la FCPA.

Por su parte, en relación con la mejora de las estrategias de detección de conductas delictivas, es sumamente importante establecer programas eficaces de protección del *whistleblowing*, recompensando los mecanismos de cooperación de las personas físicas y jurídicas que denuncien episodios de corrupción internacional. Así mismo, es crucial establecer sistemas de comunicación e intercambio de informa-

ción entre las oficinas y organismos estatales encargados de regular y controlar los sectores financiero, económico y fiscal.

Finalmente, es también fundamental que se cree un marco uniforme de sanciones en América Latina, porque para luchar de forma efectiva contra la corrupción internacional es esencial que las penas privativas de derechos acompañen a las penas privativas de libertad y a las pecuniarias, de modo que el sancionado no pueda volver a cometer sus acciones delictivas en otro Estado tras cumplir su condena. Esto tiene que ser, a su vez, complementado con medidas eficaces de secuestro y decomiso del producto del delito.

6.2. Propuesta de acción para Colombia

En lo que se refiere al tipo penal objeto de estudio en el presente capítulo, y teniendo en cuenta lo que ya se ha señalado con respecto a la armonización de este tipo penal en América Latina, se observa que Colombia ya ha eliminado el dolo específico como elemento subjetivo que restringe el ámbito de las conductas punibles.

Sin embargo, el soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales aún no ha sido incriminado, lo que tendría sentido si se adoptara una estrategia acordada por los diferentes Estados sobre una base, al menos, regional, como ha sucedido en Europa.

Además, siempre desde la perspectiva de proceder según una agenda unificada multilateral, de la que el Estado colombiano podría hacerse promotor en América Latina, sería conveniente armonizar la política criminal de los Estados para homologar aún más (también mediante el recurso a definiciones comunes) los elementos clave del tipo. Por ejemplo, es necesario aclarar explícitamente cuáles son las personas que pueden entrar en el concepto de funcionario público. Además, se requiere determinar si la ventaja ofrecida puede ser concedida a un tercero, así como establecer una línea común para eventuales acciones tolerables (siguiendo el modelo de los pagos facilitadores anglosajones). Por último, si se quiere superar definitivamente el enfoque original de lucha contra la corrupción internacional que limita la incriminación a las conductas realizadas en el ámbito de los

asuntos internacionales, con el fin de equiparar la corrupción internacional a la doméstica, se podría analizar la posibilidad de eliminar la referencia al contexto de las transacciones nacionales.

A esto habría que añadir, toda una serie de medidas para fomentar que la normativa legislativa (*law in the books*) se traduzca en un eficaz acción preventiva y represiva (*law in action*). De hecho, la mayoría de las recomendaciones que la WGB ha hecho a Colombia están relacionadas con la falta de aplicación de su legislación. Por ello, es de esperar que las nuevas medidas especiales en materia de investigación y promoción de la colaboración puedan dar los frutos esperados en los próximos años, aumentando con ello el número de procesos penales por corrupción internacional. A estos efectos, podría resultar útil el recurso, en relación con las personas naturales, al principio de oportunidad previsto por el Título V del código de procedimiento penal (especialmente, en lo que se refiere a las causales previstas en los números 4, 5 y 18 del art. 324 del CPP), que deberían poder aplicarse válidamente a los hechos de soborno transnacional con el fin de reforzar la estrategia negociadora-colaborativa ya emprendida respecto a las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad administrativa²⁷, multiplicando así las posibilidades de lucha contra las conductas corruptas.

²⁷ Siempre con el fin de aumentar las ocasiones de detección de conductas corruptas, en el terreno de la responsabilidad administrativa de las entidades se han introducido importantes beneficios (mitigación o exención de responsabilidad) relacionados con la cooperación de la empresa en el procedimiento relativo a su responsabilidad por hechos de corrupción transnacional, cuando ésta aporte elementos determinantes para el caso o presente una denuncia antes de la apertura del expediente. Así, por ejemplo, el art. 19 de la Ley 1778 (2016), tal y como ha sido modificado por el art. 19 de la Ley 2195 (2022), prevé lo siguiente: “Beneficios por colaboración. La Superintendencia de Sociedades podrá conceder beneficios a participantes en las infracciones descritas en esta Ley, siempre y cuando los mismos la pongan en conocimiento de la Superintendencia y colaboren oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con dicha conducta. [] Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la sanción. En todo caso, cualquiera sea la modalidad de exoneración, la Superintendencia deberá tener en cuenta los siguientes criterios para conceder dichos beneficios, conforme a las siguientes reglas: a. La

A esto se deberían unir, entre otras, las siguientes medidas: (a) el establecimiento de un programa eficaz de protección y estímulo de la denuncia de irregularidades (*whistleblowing*); (b) el reforzamiento de los sistemas que facilitan el intercambio de información entre organismos estatales para facilitar la detección de casos de corrupción internacional, destinando los recursos a estos efectos a las agencias estatales encargadas de la aplicación de ley, como la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Superintendencia de Sociedades, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Dirección de Impuestos y Aduanas; y (c) el reforzamiento de las sanciones interdictivas y del decomiso del producto del delito²⁸.

calidad y utilidad de la información suministrada a la Superintendencia para el esclarecimiento de los hechos, para la represión de las conductas y para determinar la modalidad, duración y efectos de la conducta ilegal, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio que hubiera obtenido con ella. b. La oportunidad en que la Superintendencia reciba la colaboración. c. La información suministrada a la Superintendencia de Sociedades no ha sido previamente conocida por ella, o no ha sido difundida por otros medios, o la conducta no ha sido objeto de alguna investigación por otras autoridades nacionales o extranjeras. d. La persona jurídica ha adoptado las acciones remediales o las medidas correctivas adecuadas que establezca la Superintendencia de Sociedades". Sería importante alinear, en la medida de lo posible, la normativa aplicable a las personas físicas con la que se aplica a las personas jurídicas.

²⁸ Con respecto a esta última medida, cabe destacar que el ordenamiento jurídico colombiano ya contempla varios instrumentos que pueden resultar útiles para su recuperación. En particular, destacan el comiso (art. 100 de Ley 599 de 2000) y la extinción del derecho de dominio, (introducida por la Ley 793 de 2002 y actualmente regulado por la Ley 1708 de 2014). Sin embargo, han sido muchas las críticas realizadas al primero debido a su escasa aplicación práctica, la necesaria sentencia de condena para su aplicación, la dificultad de agregar el patrimonio de personas distintas del acusado y la imposibilidad de aplicar esta medida a bienes diferentes, pero de valor equivalente a los que constituyen el producto del delito (Garzón, 2003: 324). De ahí, la relevancia de la acción de extinción de dominio (Ley 1708 de 2014), que supera estructuralmente estas aporías, ya que se basa en el principio de que el derecho de propiedad solo puede ser protegido por el Estado si se adquiere legalmente, y se dirige a interrumpir el disfrute de los bienes ilícitamente adquiridos (incluso a falta de una condena penal), revelando grandes potencialidades en la eliminación de las ventajas económicas

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Aguilar, Ureña, Vargas, & Rodríguez. (2021). Configuración del cohecho en conductas de corrupción: responsabilidad del personal de la Policía Nacional. En: Graterol, Mendoza, Graterol, Contreras, & Espinosa (Eds.). *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica*. Maracaibo: Astro Data. Pp. 605-623.
- Aleo, S. (2012). “Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell’organizzazione”. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Vol. 3. Pp.7-41.
- Almagro, T. & Antoniazzi. (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Ambos, M. & Fuchs, (2021). *Corrupción y derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado*. Bogotá: Tirant lo blanch.
- Benito, D & Berdugo, I. (2012). *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madrid: Iustel.
- Benito, D. (2014). “Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español”. *Iustitia*. Vol.12. Pp. 11-40.

obtenidas ilícitamente. Desde este punto de vista, la amenaza de afectación de los beneficios ilícitos (si se presenta como actual y efectiva) puede desempeñar un importante papel de disuasión y prevención de la corrupción transnacional, reafirmando la idea de que, si el crimen no paga porque todas las ventajas económicas adquiridas ilegalmente son eliminadas por el Estado, se elimina gran parte del atractivo del delito desde una perspectiva de coste-beneficio (Lara, 2004: 112). Además, conviene tener en cuenta que, el dinamismo del fenómeno del crimen organizado transnacional (en particular, del narcotráfico) y su rápida capacidad de adaptación deberían tenerse en cuenta en este contexto (Ospina 2016: 90). Obviamente, extender la aplicación de la acción de extinción de dominio a la corrupción transnacional, no garantiza por sí mismo la recuperación efectiva de los réditos ilícitos, que de hecho se trasladan rápidamente a los territorios de los denominados “paraísos fiscales”, donde se aplican además normativas muy particulares en relación con el secreto bancario. Esto muestra, en última instancia, que la eficacia de la lucha contra la corrupción transnacional depende en gran medida de la voluntad de elaborar estrategias compartidas multilateralmente por los diferentes países y de su capacidad efectiva de cooperar.

- Benito, D. (2015). “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*. Vol. 63(1). Pp. 205-228.
- Benito, D. (2018). “La lucha contra la corrupción transnacional: el papel de la foreign corrupt practices act”. *Revista Paradigma*. Vol. 27 (3). Pp. 16-42.
- Berdugo, I. (2019). El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas. *Revista Derecho & Sociedad*,. Vol. 52. Pp. 165-181.
- Bijos, L., Vasconcellos, A. (2015). “Suborno transnacional. A nova realidade normativa brasileira”. *RIL Brasília*. Vol. 52 (207). Pp. 239-259.
- Blanco, I. (2019). “Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in idem”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 22 (16). Pp. 1-47.
- Boles, G. (2014). “The two faces of bribery: international corruption pathways meet conflicting legislative regimes”. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 35 (4). Pp. 673-713.
- Böse, M. (2018). “Das Rechtsgut der Auslandsbestechung (§ 335a StGB)”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Vol. 4. Pp. 119-129.
- Buompadre, J. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. MAVÉ.
- Buompadre, J. (2012). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Astrea.
- Burneo, J. (2009). “Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humano”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. Vol 63. Pp. 333-347.
- Buscaglia, E. & Van Dijk, J. (2003). “Controlling organized crime and corruption in the public sector”. *Forum on Crime and Society*. Vol. 3 (1-2). Pp. 3-34.
- Cantone, R. (2016). *Corruzione internazionale e ordinamento giuridico italiano: la L. 231 e il profilo della responsabilità penale delle aziende private. Intervento letto durante la IV Conferenza Ministeriale anticorruzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), nel Panel: “Prevenzione. Strutture per rafforzare e riconoscere la compliance anticorruzione”*. Roma: ANAC.
- Carnevali, R. & Artaza V. (2016). “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal”. *Ius et Praxis*. Vol. 22 (2). Pp. 53-90.
- Casas, K. (2013). “On Organized Crime and Political Finance: Why Does the Connection Matter?”. En: Casas-Zamora, K. (Ed.). *Dangerous Liaisons*. Washington D.C.: Brookings Institution Press. Pp. 1-21.
- Ceballos, A. (2018). “Colombia: de la corrupción común a la corrupción a gran escala”. *Revista nova et vetera*. Vol. 4. (37).

- Cesano, J. (2020). “La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria de la República Argentina (27.401) y la Responsabilidad de la Persona Jurídica”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXXIII. Pp. 779-809.
- Cingari, M. (2012). *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*. Torino: Giappichelli.
- Cobos, A. (2012). “La corrupción en un México globalizado”. *Revista In Jure Anáhuac Mayab*. Vol. 1 (1). Pp. 98-121.
- Coutinho, A. & Saldanha, C. (2019). “O combate à corrupção diante dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil e sua influência na tipicidade penal”. *Revista da AJURIS – Porto Alegre*. Vol. 46 (147). Pp. 13-37.
- Cugat, M. (2004). “Comentarios al Código Penal, Parte especial. Tomo II”. En: Córdoba, J. & García, M. (Eds.). Madrid: Marcial Pons.
- D’Alessio, A. & Divito, M. (2000). *Código Penal de la Nación (2a ed.) Tomo II*. Buenos Aires: La Ley Editorial.
- De Amicis, G. (2007). *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*. Torino: Giappichelli.
- De la Cuesta, J. & Blanco, I. (2001-2002). “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*. Vol. 4. Pp. 9-29.
- Deming, H. (2010). *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*. Chicago: America Bar Association.
- Di Vetta, G. (2020). “L’assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata nel declino della categoria del white-collar crime”. *Studi sulla questione criminale*. Vol. XV (3). Pp. 31-62.
- Díaz & Villarejo, J. (2007). “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código Penal español”. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*. Vol. 20. Pp. 111-142.
- Díaz & Villarejo, J. (2008). “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)”. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Vol. 74. Pp. 202-223.
- Díaz & Villarejo, J. (2011). “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Ed.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters. Pp. 607-627.
- Díaz & Villarejo, J. (2013). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*. Vol. 2 (2). Pp. 23-50.

- Díaz & Villarejo, J. (2016a). Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. En: Molina, F. (Ed.). *Memento Práctico Penal 2017*. Madrid: Francis Lefebvre. Pp. 1333-1346.
- Díaz & Villarejo, J. (2016b). Globalización, corrupción y delincuencia económica. En: Bacigalupo, Feijoo, & Echano (Eds.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. Pp. 845-869.
- Díaz & Villarejo, J. (2018). “Corrupción en las transacciones comerciales internacionales “Corruption in international business transactions”. *EU-NOMÍA: Revista En Cultura De La Legalidad*. Vol. 14. Pp. 310-321.
- Donna, E. (2000). *Derecho penal. Parte especial. Tomo 3*. Rubinzal-Culzoni.
- Durrieu, N. & Sacconi, R. (2018). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: Thomson-Reuters-La Ley.
- Fabián, E. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fabián, E. (2008). “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un derecho penal globalizado)”. En: Rodríguez, N. & Fabián, E. (Eds.). *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Universidad Santo Tomás (USTA). Pp. 271-289.
- Fernandèz, A. (2018). “Mega caso de la empresa Odebrecht y su incidencia en la comisión de delitos contra la administración pública (corrupción de funcionarios) en el Perú”. *Revista UANCV - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Vol.1 (1). Pp. 55-67.
- Fernandez, H. (2010). “Análisis del delito de cohecho transnacional”. *Revista jurídica del Ministerio Público*. Vol. 45. Pp. 59-73.
- Ferreira, D. (2013). “Argentina: Two Cases”. En: Casas-Zamora, K. (Ed.). Washington D.C.: *Dangerous Liaisons*. Brookings Institution Press.
- Galain, P. (2021). “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”. *Polít. Crim*. Vol. 16 (32). Pp. 745-773.
- Gómez, A. & Gómez, C. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Hetzer, W. & Militello, V. (2013). “European Union”. En: Stiftung, H. & Schönenberg, R. (Eds.). *Transnational Organized Crime*. Vol. 17. (pp. 239-266). Bielefeld: Transcript Verlag.
- Jeandidier, W. (2019). *Corruption et trafic d'influence*. Dalloz. Paris: Dalloz.
- Koehler, M. (2012). “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Ohio State Law Journal*. Vol. 73. Pp. 929-1013.

- Koehler, M. (2018) "The FCPA's Record-Breaking Year". *Connecticut Law Review*. Vol. 50 (1). Pp. 91-160.
- Lara, M. (2004). *Extinción de dominio*. Bogotá: Editorial carrera 7.
- Levene, R. (2004). "El cohecho a funcionario público extranjero. A propósito de la reforma del art. 258 bis (Ley 25825)". *Anales de legislación argentina*. Vol. 64 A. Pp. 1471 Et Seq.
- Maiello, V. (2018). "La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum". *Discrimen*. Pp. 1-7.
- Manacorda, Centonze, & Forti (2014). *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*. Springer.
- Manacorda, S. (2020). "L'ampliamento soggettivo e oggettivo delle fattispecie di 'corruzione internazionale' e le modifiche della disciplina sulla applicazione della legge penale nello spazio". En: G. Fidelbo (Ed.). *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*. Torino: Giappichelli. Pp.1-26.
- Manfroni, C. (2009). "El delito de soborno transnacional". *Aportes para el estado y la administración gubernamental*. Vol. 16. Pp. 1-5. http://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/16/al6_09.pdf.
- Mark, J. (2011). "Political Corruption in Central America: Assessment and Explanation". *Latin American Politics and Society*. Vol. 53 (1). Pp. 33-58.
- Masiero, A. (2019). "L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblicazione amministrazione: una (in)attesa riforma. Note a margine della legge 'spazza-corrotti'". *La Legislazione Penale*. Pp. 1-17.
- Masullo, M. (2019). "L' emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Vol. 62 (3). Pp. 1257-1287.
- McFarlane, J. (2013). "Transnational crime: corruption, crony capitalism and nepotism in the twenty-first century". En: Larmour, P. & Wolanin, N. (Eds.). *Corruption and Anti-Corruption*. ANU press. Pp. 131-145.
- Mingione, A. (2018). "La configurabilità della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni". *Diritto penale contemporaneo*. Vol. 2. Pp. 5-20.
- Molina, C. (2005). *Delitos contra la administración pública: conforme con el Nuevo Código Penal*. Bogotá: Leyer.
- Mongillo, V. (2012). *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

- Mongillo, V. (2019a). “Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive”. *Diritto penale contemporaneo- Rivista trimestrale*. Vol. 1. Pp. 162-195.
- Mongillo, V. (2019b). “La legge ‘spazzacorrotti’: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione”. *Diritto penale contemporaneo*. Vol. 5. Pp. 231-311.
- Monteith, C. (2011). “The Bribery Act: (3) Enforcement”. *Criminal Law Review*. Vol. 2. Pp. 112 Et. Seq.
- Morosi, G. (2005). “El Soborno transnacional según la reforma de la Ley 25825”. En: Aboso et. al. (Eds.). *Reformas al código penal, análisis doctrinario y praxis judicial*. Montevideo: IBdeF. Pp. 128 Et Seq.
- Nader, J. (2020). “Los delitos de corrupción”. En: García, S. & Islas de González, O. (Eds.). *Desafíos en el panorama de la justicia penal en México XIX Jornadas sobre Justicia Penal*. Ciudad de México: UNAM. Pp. 153-185.
- Newman, V. & Ángel, M. (2017). *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá: Dejusticia.
- Nieto, A. (2002). “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”. *Revista Penal*. Vol.10. Pp. 55-69.
- Nieto, A. (2003). “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”. *Revista penal*. Vol. 12. Pp. 3-26.
- Nieto, A. (2004). “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: Nieto, A (Ed.). *Estudios de derecho penal*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Pp. 47-151.
- Nieto, A. (2010). “Corrupción en las transacciones económicas”. En: Ortiz, I. (Ed.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*. Madrid: Francis Lefebvre. Pp. 543-552.
- Olasolo, H & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Olasolo, H. & Galain Palermo P. (2022). “Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural”. En: Liber Discipulorum Schola Iurus Ciminalis Salmanticensis, Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Ediciones Universidad de Salamanca. Vol.2. Pp. 723-734.

- Olasolo, H. Buitrago, Suleika, & Sarmiento (2021). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Oliver, G. (2021). "Juicio crítico sobre las últimas modificaciones legales al delito de cohecho (Ley N° 21.121)". *Política criminal*. Vol. 16(32). Pp. 773-797.
- Ospina, J. (2016). "La persecución de activos ilícitos derivados de la corrupción en Colombia como una herramienta eficaz en la prevención de la corrupción". *Revista Via Iuri*. Vol. 20. Pp. 81-104.
- Parés, A. (2017). "Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales corrupción y cohecho". *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*. Vol. 20 (1). Pp. 127-187.
- Piedrahita, P. (2020). "La corrupción política como crimen organizado transnacional". *Revista Criminalidad*. Vol. 62(2). Pp. 233-245.
- Piedrahita, P. & Ponce, A. (2020). "Entre políticos y criminales: corrupción política en Colombia 2013-2018". *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*. Vol. 6 (2). Pp. 215-234.
- Pierini, J. (2016). "*La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero: repressione nell'ambito del contrasto della criminalità organizzata*". Turín: Giappichelli. Pp. 215-234.
- Pinto, R. (2002). "El Soborno Transnacional en la Ley de los Estados Unidos ("Foreing Corrupt Practices Act") y el Código Penal Argentino". *Revista de Derecho Penal*. Vol. 2. Pp. 587-629.
- Raphael, M. (2010). *The Bribery Act 2010*. Oxford: Oxford University Press.
- Regis, L. (2009). "Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al código penal brasileño". *Revista de derecho penal y criminología*. Vol. 3(1). Pp. 147-173.
- Rodríguez, M. (2007). "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". En: Quintero, G. & Morales, F. (Ed.). *Comentarios al Código penal español*. Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 1265-1464.
- Rodríguez, M. (2016). En: Quintero, G. (Ed.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª ed.* Cizur Menor: Aranzadi.
- Ronderos, J. (2003). "The War on Drugs and the Military: The Case of Colombia". En: Beare, M. (Ed.). *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*. Toronto: Toronto University Press. Pp. 207-236.
- Rose, S. (2002). "Corruption and the criminal law". *Forum on crime and society*. Vol. 2 (1). Pp. 3-21.

- Rià, G. (2011). "Artículo 258 bis". En: Baigún, Zaffaroni, R. & Terreagni (Eds.). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Vol. 10. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ruggiero, V. (2010). "Who corrupts whom? A criminal eco-system made in Italy". *Crime Law Soc Change*. Vol. 54. Pp. 87-105.
- Salcuni, G. (2008). "Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari della Comunità europee e di Stati esteri". En: Cadoppi, Canestrari, Manna & Papa (Ed.). *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*. Utet.
- Sansò - Rubert. (2005). "La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno". *UNISCI discussion papers*. Vol. 9. Pp. 43-61.
- Sassón, I. (2016). "El soborno transnacional y el tráfico de influencias internacional en el código penal argentino". *Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales y políticas*. Vol. 10 (19). Pp. 105-122.
- Scalia, V. (2020). *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*. Torino: Giappichelli.
- Schroth, P. (2002). "The United States and the International Bribery Conventions". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. Pp. 593-622.
- Scollo, L. (2020). "I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria". *Giurisprudenza Penale*. Vol. 5. Pp. 1-32.
- Scollo, L. (2022). *I modelli di contrasto alla corruzione internazionale. Prospettive di riforma del sistema penale e della responsabilità degli enti*. Torino: Giappichelli.
- Sebelius (2008). "Twenty-Third Survey of White Collar Crime, Foreign Corrupt Practices Act". *American Criminal Law Review*. Vol. 45. Pp. 579-606.
- Sintura, F. & Rodríguez, N. (2013). *Estado de derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Spahn, E. (2009). "Discovering secrets: act of state defenses to bribery cases". *Hofstra law review*. Vol. 38 (1). Pp. 163-210.
- Speck, B. (2013). "Brazil: Crime Meets Politics". En: Casas-Zamora, K. (Ed.). Washington D.C.: *Dangerous Liaisons*. Brookings Institution Press. Pp. 42-75.
- Tarun, R. & Tomczak, P. (2010). *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. Chicago: American Bar Association.

- Van, J. (2019). "Eliminating schmiergeld: lessons learned from the enforcement of foreign anti-bribery laws in the United States and Germany". *Georgetown Law Journal*. Vol. 107(3). Pp. 767 Et Seq.
- Wells, C. (2009). "Bribery: Corporate Liability under the Draft Bill 2009". *Criminal Law Review*. Pp.479-487.
- Zagaris, B. (2010). "Transnational corruption". En: Zagaris, B. (Ed.). *International White Collar Crime. Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 94-143.
- Zapatero, L. & Nieto, A. (2006). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Zapatero, L. & Nieto, A. (2013). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo blanch.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Alcalá, R. (2006). "La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Número Extraordinario. Dedicado a: la armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*. Vol. 2015. Pp. 207-216.
- Amparo, M. (2015). *México: anatomía de la corrupción*. CIDE.
- Andrade, X. (2019). *Guía general sobre corrupción y delincuencia organizada*. Madrid: Programa EL PACTO.
- Balsamo, Mattarella, & Tartaglia (2020). *Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*. Giappichelli.
- Consejo de Europa. (1998). *Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Texto aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998)*. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A51998XG1215>.
- Consejo de Europa. (2014). *White Paper on transnational organised crime*. <https://edoc.coe.int/en/organised-crime/6837-white-paper-on-transnationalorganised-crime.html#>.
- Consejo de la Unión Europea (3 de diciembre de 1998). *Informe Explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, (98/C391/01), DOUE C 391 de 15. 12*. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A51998XG1215>.

- Consejo de la Unión Europea. (27 de septiembre 1996). *Protocolo establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996 (DOCE n° C 313, de 23 de octubre)*. [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/09/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/09/27/(1)).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA (17 de febrero de 1995). <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202000.pdf>].
- Convención Interamericana contra la Corrupción Convención Interamericana contra la Corrupción. (1996). https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corrupcion.pdf.
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, OCDE. (1997) [Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf].
- Council of Europe. (2014). *White paper on transnational organised crime*. Council of Europe.
- Centre for the study of democracy (2010). *Examining the links between organised crime and corruption*. European comisión. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/report_csd/report_csd_en.pdf
- Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (1977). Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCA).
- European Parliamentary Research Service (2016a). *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption. Annex I – Organised Crime*. European Added Value Unit.
- European Parliamentary Research Service (2016b). *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption. Annex II – Corruption*. European Added Value Unit.
- European Parliamentary Research Service (2016c). *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption. Annex III – Overall assessment of organized crime and corruption*. European Added Value Unit.
- Kunicka, B. (2017). “La lucha contra la corrupción en América Latina”. *CIE-CAL Revista Vectores de Investigación-Journal of Comparative Studies of Latin America*. Vol. 12-13. Pp.197-211.
- Naciones Unidas (2000). Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. *Oficina Contra la Droga y Delito*. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

- OCDE. (2010). Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2017). Directiva 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.
- SEC. (1976). Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices.
- Vélez, L. Cañón, M. (2014). *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados*. OECD.

Capítulo 3

La malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos

JEAN PIERRE MATUS A.*

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este capítulo es analizar los estándares internacionales y la regulación nacional en distintos sistemas no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con particular atención al sistema colombiano, de la malversación o peculado, apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, para determinar de qué manera las diferentes tipificaciones, con las reformas que pudieran ser necesarias, podría hacer una contribución eficaz para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT).

El art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) 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.

La Guía Legislativa para la implementación de la CNUCC agrega que “los elementos necesarios del delito son la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otro tipo de desviación por un

* Ministro de la Corte Suprema de Chile. Universidad de Chile.

funcionario público de cosas de valor que se le hayan confiado en virtud de su cargo”. Además, “la figura delictiva deberá comprender los casos en que esos actos se cometan en beneficio propio o de terceros u otras entidades” (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2012a).

Su regulación como parte del denominado derecho penal transnacional (Matus, 2007), emerge “ante la evidencia de la insuficiencia de las medidas estrictamente nacionales”, que:

[...] hizo patente la necesidad de adoptar medidas internacionales de tipo multilateral obligatorias que llevarán a una armonización de los derechos internos de la materia, a una mayor cooperación internacional, a la extensión del ámbito de aplicación espacial de los ilícitos sancionados por las normas nacionales también para actos cometidos fuera de los territorios de los países parte, y al intento para ampliar la base jurídica para la extradición en caso de delitos relacionados con la corrupción (Rojas, 2010).

Su consagración en la CNUCC no es, con todo, producto de la necesidad de incorporar una figura nueva a la lucha contra la corrupción para llenar los espacios dejados por la falta de regulación tradicional, como en su oportunidad lo fue la propuesta de tipificar el lavado de activos¹, el enriquecimiento ilícito², el soborno o cohe-

¹ Art. 3(b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena) (1988), donde por primera vez en un tratado internacional aparece la obligación de tipificar el blanqueo de dinero, para evitar los vacíos de la regulación tradicional del encubrimiento, en los siguientes términos: “i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo [tráfico de drogas], o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”.

² Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas (CICC) (1996), donde en su art. X se obliga a los Estados parte a tipificar el delito de en-

cho de funcionarios públicos extranjeros³ y la llamada corrupción privada⁴.

riquecimiento ilícito, en los siguientes términos: “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”.

³ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OECD (Convención OCDE) (1997), que anticipa la necesidad de cubrir el vacío legislativo producto de las definiciones de empleados públicos y delitos funcionarios basadas en los derechos locales, disponiendo en su art. 1 que “[c]ada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.”

⁴ Cuya tipificación, como novedad a nivel global, se prevé también en esta CNUCC, en los siguientes términos: “*Artículo 21. Soborno en el sector privado.* Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: (a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar; (b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar. [] *Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado.* Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados

En efecto, se trata, más bien, de fijar pautas que permitan armonizar la persecución a nivel transnacional de un delito antiguo, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, al igual que la expresión peculado que se emplea en su definición⁵. Ello, por cuanto, “la eficacia en la lucha internacional contra la corrupción aconseja la adopción de definiciones armonizadas de las conductas delictivas básicas, presupuesto fundamental para la aplicación de cualquier tipo de medida de cooperación y auxilio mutuo en el plano penal” (De la Cuesta, 2003).

En el presente trabajo nos concentraremos, por tanto, en el tratamiento del delito de peculado (propio) a que dicha Convención hace referencia. Según el Diccionario de la Lengua Española, “en el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos”, se entiende por tal, el “delito que consiste en el hurto de caudales del

o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”.

⁵ Sus orígenes se remontan al Derecho romano y, específicamente, a la *Lex Julia Peculatus et de sacrilegis et de residuis*, citada por Ulpiano en el *Digesto* 48.13.1. Como señala Gottlieb (1845): “Se dispone en la Ley Julia relativa al peculado, que nadie quite, ni intercepte, ni invierta en cosa suya parte del peculio sagrado, religioso o público; ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, a no ser que a él le fuere ciertamente lícito por la ley”, disposición que se suele datar, con referencias a Cicerón y Seutonio, en el primer consulado de César, el año 695 de la fundación de Roma. En cambio, en la *Partida* VII.14.14 se sancionaba solo con restitución y multa al que empleare en uso propio los dineros del rey o de una ciudad o villa, “como quier que este atal non face furto, pero face muy grant yerro posponiendo la pro del rey su señor por la suya misma”. La práctica posterior, según se recogen en el *Febrero Novísimo*, asimilaba el peculado a la defraudación, sosteniendo que el “empleado ó dependiente de la Real Hacienda ó arrendador de rentas o derechos Reales que usurpe fraudulentamente aunque sea sin violencia alguna cosa perteneciente al Real Haber o dé auxilio ó consejo á otro para que lo haga perderá todos sus bienes y será desterrado por toda su vida de estos reinos bien que en este caso se agrava ó minora el castigo según el modo y medios que se hayan empleado para lograr el intento en lo que suelen variar mucho las circunstancias” (Tapia, 1829). Como demuestra la historia de la legislación romana, son también delitos antiguos de corrupción, junto con la malversación o peculado, el cohecho (de empleados públicos nacionales) y los delitos de fraude electoral (Robles, 2017).

erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración”. Modernamente, y según los términos del art. 432 del CP español (1995), tras la reforma operada por la LO 10/2015, el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico define la malversación o peculado como la “conducta delictiva que lleva a cabo la autoridad o el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, realiza una administración desleal del patrimonio público o se apropia indebidamente de objetos que forman parte de dicho patrimonio”.

Aunque ambas definiciones dan cuenta de dos modelos diferentes de regulación, según veremos más adelante, para los efectos de este trabajo es posible, inicialmente, fijar el ámbito de la investigación en el peculado, entendido como el delito que comete el empleado público que se apropia o desvía los bienes públicos o privados que se le han confiado en administración, para beneficio propio o de terceros. El delito parece una forma especial de administración desleal, cuando recae en una universalidad (p. ej., los fondos de las cuentas corrientes de la entidad pública que administre), y una especie de hurto o apropiación indebida, cuando recae sobre bienes determinados (p. ej., un computador o un teléfono móvil entregado para uso personal durante el ejercicio del cargo). En este último caso se comprende también la “desviación” de los bienes administrados para el provecho propio o de terceros, pues la regulación la alcanza solo en la medida en que equivalga a apropiación o hurto⁶.

Existen en las legislaciones otras formas todavía más específicas de cometer delitos similares, tales como el simple uso para fines propios de los fondos administrados, con su posterior restitución (con o sin daño a la causa pública), que no siempre es punible (si el reintegro es oportuno), así como formas imprudentes de cometer

⁶ Esta precisión se desprende de las notas interpretativas del texto del Art. 17 de la Convención, aprobadas por el Comité Especial correspondiente (A/58/422/Add.1, párrs. 29 y 30), que señalan: “a) No es la intención de este artículo requerir el enjuiciamiento de delitos *de minimis*; b) En algunos países el significado de la palabra “desviación” no incluye la malversación o el peculado ni la apropiación indebida, mientras que en otros países se entiende que la desviación queda abarcada en esos conceptos o se considera como sinónimo de ellos” (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2012b).

el delito (permitiendo por negligencia que terceros sustraigan los bienes administrados) e incluso formas especiales de defraudación, engañando a los administradores para obtener de ellos los bienes que administran (“fraude al fisco”, por ejemplo, según la legislación chilena)⁷. Ninguna de estas será considerada en este texto como formas de peculado, por las siguientes razones: (a) no se produce una “desviación” equivalente a la “apropiación”; (b) no hay la “intencionalidad” requerida en el texto de la CNUCC; o (c) el delito no lo comete el empleado público que administra los bienes que se trate, como exige la Convención, respectivamente⁸. No obstante, siempre que ello sea necesario para la adecuada explicación de la materia, se hará referencia a estas formas especiales de peculado.

La metodología que emplearemos en este capítulo será de carácter comparativo, de manera que tras abordar los estándares internacionales recogidos en la CNUCC y en la CICC, se analizará el tratamiento del peculado en las legislaciones de los países de referencia no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU), latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) y Colombia, con el objetivo de determinar: (a) su adecuación o no a las prescripciones de los tratados internacionales que obligan a su tipificación; (b) la existencia de modelos de regulación diferenciados; y (c) su vinculación con la prevención y sanción de la corrupción asociada al COT. Se recurrirá para ello a las fuentes disponibles de las páginas oficiales de la legislación nacional e internacional que se trate y a la literatura científica que corresponda, sin pretensión de exhaustividad.

En cuanto a la estructura del capítulo, esta primera sección presenta una precisión conceptual del tema a estudiar y se describirá

⁷ “Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que interviere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.”

⁸ Tampoco se abordarán los aspectos propiamente dogmáticos, como la comisión por omisión de este delito y los relativos a la sanción de la participación en estos delitos y, en particular, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que sugieren establecer los tratados internacionales (ver al respecto, Abello, 2010 y 2017).

la metodología a emplear. A continuación, se estudia el tratamiento del peculado o malversación en las dos convenciones internacionales relevantes en la materia, la CNUCC y la CICC. En la sección tercera se analiza su tratamiento en el derecho comparado, para pasar en la sección siguiente a su análisis en el derecho colombiano. Luego, se hace una referencia a su vinculación con la corrupción generada por el COT y se presentan las conclusiones generales.

2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

2.1. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Como hemos visto, la CNUCC establece en su art. 17 la obligación de tipificar como delito la “malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público”. No se trata de una invitación a legislar en ese sentido, ni de una declaración sobre lo conveniente que pudiera ser su tipificación, sino de una obligación jurídica de carácter internacional, cuyo cumplimiento ha de ser verificado, según se recoge en el art. 63, por la Conferencia de los Estados Parte de la CNUCC, que en la Resolución 3/1, adoptada en su tercera reunión en Doha (2009), ha establecido un Mecanismo y un Grupo de Examen de la Aplicación de la Convención.

Tras un Primer Ciclo de Revisión (2010-2015), las conclusiones a que se han arribado por parte de la Conferencia de los Estados Parte acerca de la implementación a nivel nacional de la obligación contemplada en el art. 17 de la CNUCC son auspiciosas, afirmándose que:

Todos los Estados parte han establecido medidas para tipificar como delito la malversación o peculado y la apropiación indebida de fondos públicos. Aunque no existe un enfoque uniforme en las distintas jurisdicciones, sino una amplia variedad de términos y conceptos en los que se subsume la conducta correspondiente (por ejemplo, “robo”, “malversación”, “peculado”, “conversión”, “apropiación indebida”, “mala gestión”, “abuso doloso de confianza”, “utilización no autorizada de bienes”, “dilapidación de bienes”, “gasto de fondos presupuestarios con fines ilícitos”, etc.), la legislación nacional abarca en principio la sustracción de fondos confiados a un funcionario público

en virtud de su puesto, así como, de forma más general, el uso indebido y la mala administración de fondos y recursos públicos para fines distintos de aquellos a los que están destinados, en provecho del propio funcionario o de otra persona o entidad. Así pues, los resultados de los exámenes fueron en su mayoría satisfactorios, pese a la variedad terminológica, la fragmentación de las leyes e incluso las numerosas contradicciones y superposiciones que se observaron entre los elementos fácticos de los tipos penales aplicables. Solo en casos aislados insistieron los examinadores en que se sustituyese la legislación vigente con una disposición específica sobre la malversación o peculado y la apropiación indebida en el sector público (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2017a).

En el detalle, ninguno de los Estados americanos figura entre los que parecían presentar problemas que requerirían mayores aclaraciones, medidas o acciones que hicieran eficaz la implementación de la CNUCC en esta materia, al menos a nivel legislativo (Ídem).

En cuanto a sus elementos característicos, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) (Ídem), destaca tres aspectos sujetos a discusión: (a) la calidad del objeto material del delito; (b) que el delito pueda beneficiar a terceros y no solo a empleados públicos; y (c) la intencionalidad del hecho o *mens rea*. En cuanto a la primera cuestión, se insiste en que el art. 17 de la CNUCC comprende “bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor”. Además, de conformidad con el art. 2(d) de la CNUCC, por “bienes” se entenderá “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Así mismo, se entiende que la expresión “activos de cualquier tipo” comprende los fondos y los derechos legales sobre activos.

Luego, las dificultades que su implementación presenta están a la vista: definiciones legales, jurisprudenciales o doctrinales que limiten el alcance de la expresión “bienes” en los ordenamientos locales pueden entrar en conflicto con la obligación de implementación dispuesta. Así, por ejemplo, regulaciones que no incorporen en el delito los bienes privados, los inmuebles, los intangibles y los fondos o derechos sobre ellos requerirían una revisión, incluyendo la adopción de las medidas legales correspondientes para su adecuación.

En lo que toca a la segunda cuestión, el informe resultado del Primer Ciclo de revisión hace énfasis en que el hecho de que el tipo penal interno no mencione expresamente que se pueda beneficiar a terceros (además de a empleados públicos) no impide la sanción si la finalidad de la apropiación no está determinada en la ley (aunque podría generar problemas de aplicación si este elemento se menciona en otros delitos de la legislación interna)⁹.

Finalmente, en cuanto al *mens rea* o la subjetividad del delito, se aclara que la intencionalidad exigida no necesariamente debe figurar en términos similares en las legislaciones nacionales, si éstas la exigen como regla general. Más allá de eso, se considera una “buena práctica” la inclusión del peculado por negligencia o negligencia grave, como el informe entiende a la denominada “ceguera deliberada”.

2.2. La Convención Interamericana contra la Corrupción

La CICC no contempla específicamente la malversación o peculado como uno de los “actos de corrupción” a que se refiere su art. VI. Sin embargo, es posible considerarla dentro del amplio concepto de la letra (c) de dicho artículo, que declara como actos de corrupción, “la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

⁹ El país que se señala es Chile: “No se encuentran en explícito reguladas las conductas realizadas en provecho de terceros (personas jurídicas y naturales). En este aspecto, los expertos chilenos mencionaron que no existe en la legislación de Chile un criterio que haga relevante lo que el actor hace con los fondos, pues los delitos mencionados se consuman con la distracción de los fondos. Esta explicación fue aceptada para los efectos del cumplimiento del artículo bajo examen, aunque hicieron notar que en otras partes del código penal (por ejemplo, en el artículo 250, soborno) el requisito del beneficio a terceros aparece expresamente, lo que haría suponer que su ausencia de otras disposiciones no sea irrelevante” (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013a).

Así mismo, también se puede considerar que la malversación o el peculado están incluidos como una de las modalidades específicas para la obtención del enriquecimiento ilícito en los términos de su art. IX, esto es, “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”.

No obstante, la falta de un tratamiento específico de la malversación o el peculado en la CICC impide un análisis de cumplimiento como el realizado respecto a la obligación específica del art. 17 de la CNUCC en la materia.

2.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

No existen otros documentos internacionales relevantes que apunten específicamente a esta clase de delitos, probablemente por el carácter “antiguo” de la malversación o peculado. Un ejemplo significativo de lo anterior es que, a pesar de la directa relación entre corrupción y crimen organizado que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000), donde la Asamblea General se declara “firmemente convencida” de que esta Convención “constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como [...], la corrupción”, sus disposiciones al respecto apuntan a la sanción de la corrupción como cohecho o soborno de funcionarios públicos (art. 8.1).

No obstante, se añade que “cada Estado parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción” (art. 8.2), con lo que se da entender que estas otras formas (entre las que figura la antigua malversación o peculado), también pueden estar vinculadas al COT, como expresamente se declara ahora en la Guía Legislativa para su implementación, donde se expresa:

De conformidad con el artículo 8 (2) de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados también deben considerar la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción, de confor-

midad con sus principios legales fundamentales y teniendo en cuenta su contexto histórico. Esto puede incluir, por ejemplo, cualquiera de los delitos previstos en los artículos 17 a 24 de la Convención contra la Corrupción, como malversación, apropiación indebida u otro desvío de bienes por parte de un funcionario público (artículo 17)” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017b).

2.4. Tratados de ámbito europeo

Más evidente es todavía esta omisión frente a la malversación o peculado en los tratados del ámbito europeo. Así, el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa (1999), define en sus arts. 2 y 3 la corrupción activa como “el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos”, y la pasiva como “el hecho de que uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”, conceptos equivalentes a la idea del cohecho o soborno. Todo el resto del texto gira sobre tales conceptos y sus variaciones en el ámbito legislativo e internacional. Lo mismo sucede con el Convenio establecido sobre la base de la letra (c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195 de 25.6.1997, pp. 2-11), cuya característica principal es incluir a los funcionarios de la Unión Europea como destinatarios de las disposiciones penales relativas a la corrupción, entendida como modalidades de cohecho o soborno activo y pasivo.

3. EL DERECHO COMPARADO

3.1. Sistemas no latinoamericanos

3.1.1. El modelo del sistema federal norteamericano

La palabra *peculatus*, del latín, se reconoce en el *common law* como una expresión del derecho civil o continental para referirse al deli-

to que consiste en “*stealing or embezzling public funds*” (Garner, 1999). Aunque en el idioma inglés subsiste la expresión *peculation*, el término legal que se emplea en los estatutos y en la jurisprudencia para referirse a este hecho es *embezzlement*, como entre nosotros usamos el término malversación.

Así en la sección 654 del título 18 de la USC, se castiga a “cualquiera que, siendo un funcionario o empleado de los EE.UU., o de cualquier departamento o agencia de los mismos, malversa o convierte indebidamente para su propio uso el dinero o la propiedad de otro que llega a su posesión o bajo su control en la ejecución de dicho cargo o empleo, o bajo apariencia o reclamo de autoridad como tal funcionario o empleado”.

Por su parte, la sección 541 recoge una figura más amplia que cubre los casos de apropiación de bienes fiscales de cualquier naturaleza por cualquier persona, sea o no empleado federal, en los siguientes términos: “cualquiera que desfalque, robe, hurte o a sabiendas convierta para su uso o el de otro, o sin autorización, venda, transmita o disponga de cualquier registro, comprobante, dinero o cosa de valor de los Estados Unidos o de cualquier departamento o agencia de los mismos, o cualquier propiedad hecha o que se esté haciendo bajo contrato para los Estados Unidos o cualquier departamento o agencia de los mismos”.

La literatura destaca dos elementos centrales de este delito: (a) que no se trata de un delito del *common law*, sino de carácter estatutario, creado en el derecho inglés a fines del siglo XVIII (Dressler, 2015); y (b) que el aspecto central de la figura es la *conversión* de una forma de tenencia o posesión de los bienes que se trate, recibidos legítimamente pero no como propiedad, en propiedad del malversador o de un tercero, privando de ellos o de su uso a su legítimo dueño (Samaha, 2017).

Esta aproximación sustantiva al delito, complementado con las provisiones de las secciones 666 (hurto o apropiación por particulares de fondos recibidos para ejecutar programas federales), 371 (conspiración para cometer un delito contra los Estados Unidos), 1341 (fraude por correo), 1343 (fraude por cable) y 1346 (otras defraudaciones), llevaron a la Comisión de la Primera Ronda de Revi-

sión de la Implementación de la CNUCC a declarar que, a este respecto la legislación revisada “cubre” todos los aspectos relevantes de su art. 17: “intención; beneficio para el funcionario público o para otro; cosa de valor confiada al funcionario público en virtud de su cargo” (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013f).

3.1.2. El modelo italiano

Tras varias reformas realizadas a partir de la década de 1990 (Ley de 26 de abril de 1990; Ley de 6 de noviembre de 2012; Ley de 27 mayo de 2015; y Decreto Legislativo de 14 de julio de 2020), la figura del *peculado* se ha reducido en Italia a una suerte de “apropiación indebida cometida por un funcionario público” (Giaquinto, 2019), siendo irrelevante ahora que los bienes apropiados sean públicos o de particulares¹⁰, siempre que se trate de dinero o bienes muebles. Este delito se puede cometer por apropiación, uso indebido o retención aprovechando el error de otro (arts. 314 a 315 CP italiano). Además, se ha incorporado un nuevo art. 316 *bis* que sanciona la desviación de subvenciones o financiamiento público por particulares (“malversación con daño al Estado”), y se da a entender que otras modalidades de peculado, sobre todo el que recaería sobre bienes inmuebles, podrían ser sancionadas sobre la base del delito de abuso del oficio público (art. 323 del CP).

Sin embargo, en la revisión de la implementación de la CNUCC, se representan las insuficiencias de esta regulación, señalándose que “Italia ha implementado parcialmente la disposición bajo revisión” y se recomienda que “tome medidas legislativas para garantizar que las disposiciones internas que implementan el art. 17 de la Convención cubran completamente lo siguiente: el elemento de los terceros beneficiarios, el amplio alcance de la propiedad para incluir también los bienes inmuebles, y la conducta de “otros desvíos de propiedad”

¹⁰ De allí que la derogación formal de la antigua “malversación con daño a privados” (art. 316 del CP italiano), no produzca efectos en el ámbito de lo punible (Riverditi, 2018).

(Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013e).

Por esta razón, se trata de un modelo de escaso valor para los desafíos que esta figura enfrenta en reformas futuras, salvo como un ejemplo a no replicar.

3.1.3. El modelo español del Código de 1995

Tras las reformas de la LO 10/2015, el CP español abandonó el modelo de regulación decimonónico, que sobrevive en su estructura básica en América Latina, adoptando una formulación legal que lo entiende como formas especiales de administración desleal y apropiación indebida cometidas por empleados públicos.

En este modelo, no se describen las conductas punibles directamente como un delito *sui generis* o especial cometido por empleados públicos, sino que se remite su configuración a las figuras generales de apropiación indebida y administración desleal, siendo su única especialidad, por tanto, la calidad de empleado público (“autoridad o funcionario público”) que opera como agravante especial, determinando la clase de pena aplicable¹¹.

En el caso de la malversación como apropiación indebida, el Art. 432.2 del CP español, al remitir el delito funcionario a la figura común de apropiación indebida especifica el objeto sobre el que recae

¹¹ Para destacar el cambio de modelo de regulación la Exposición de Motivos que acompañó a esta reforma señala: “La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo —agrega— se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal”.

(“cosa mueble ajena”) y la relación entre el sujeto y el objeto, al punto de tratarse de una de carácter jurídico, que produzca la obligación de restituir o devolver¹². La doctrina más autorizada sostiene, no obstante, que:

[...] aunque en principio parezca difícil que pueda darse en el ámbito público alguno de los supuestos que allí se mencionan (depósito, comisión, custodia), lo importante es que el funcionario o autoridad haya recibido el bien mueble por un título que le obligue a entregarlo o devolverlo, consistiendo aquí la conducta típica en apropiarse indebidamente del bien para sí o para tercero, o negar haberlo recibido (Muñoz Conde, 2017).

Tratándose de la malversación como administración desleal, agrega la doctrina que no habrá limitaciones con la clase de bienes que constituyan el patrimonio administrado, pero se exige que “el funcionario o autoridad deberá tener facultades para administrar los bienes públicos emanadas de la ley o encomendadas por la autoridad (las facultades de administración asumidas mediante un negocio jurídico, que también se mencionan en el art. 252 del CP, no serían aplicables aquí)”, Además, se añade que “la conducta típica consistiría en esta modalidad en excederse en el ejercicio de dichas facultades, causando de esa manera un perjuicio al patrimonio administrado” (Muñoz Conde, 2017).

Por la fecha de estas reformas, la Conferencia de los Estados Parte no ha tenido oportunidad de examinar el grado de cumplimiento que representa frente al art. 17 de la CNUCC, pues se revisó en el Primer Ciclo, sin hacer reparo alguno, la versión original del CP español de 1995, que seguía los lineamientos del modelo tradicional (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013b).

¹² “Art. 252. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”.

3.1.4. Análisis comparado

En términos generales, la legislación examinada en este apartado tiene la ventaja de que la regulación de la malversación o peculado se entiende como un delito común; la del *embezzlement* o conversión, apropiación indebida o hurto de bienes fiscales, agravada por la calidad del sujeto activo: ser empleado público. De este modo, se limitan las potenciales diferencias interpretativas e incluso es posible extender su aplicación a particulares, cuando el delito recae sobre bienes fiscales que estén en su poder.

Sin embargo, esta ventaja es, al mismo tiempo, su mayor desventaja. En efecto, los modelos italiano y español limitan el alcance de sus figuras a la malversación de bienes muebles, siempre que exista entre el funcionario y la cosa una relación de carácter jurídico propia del derecho privado que obligue a la restitución. Ello es insuficiente para dar cumplimiento a las obligaciones de penalización del art. 17 CNUCC y, por esa razón, la revisión hecha a la legislación italiana, al detectar las falencias señaladas, sugiere modificaciones legales para su adecuada implementación.

Solo en el caso del sistema federal norteamericano es posible encontrar una regulación amplia y de carácter sustancial, que permite superar esas limitaciones, como se entendió en el proceso de revisión de su adecuación a la CNUCC. No obstante, dadas las particularidades del sistema del *common law*, es difícil su trasposición a los sistemas de derecho civil.

3.2. *Sistemas latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, Perú y México*

3.2.1. Desarrollo normativo

Las legislaciones latinoamericanas estudiadas siguen el modelo de regulación contemplado en el Código español de 1848-1850, que sirvió de base para buena parte de la legislación actual¹³, a pesar de

¹³ Sobre los problemas del modelo decimonónico para dar cuenta de los casos que ahora se consideran administración desleal, *vid.*: Hernández (2005).

que hoy es entendido en España como una suerte de resabio histórico según la definición arriba mencionada del término “peculado” por el Diccionario de la Lengua Española. Su evolución, cuando ha existido, ha ido de la mano de las necesidades de sortear las dificultades de aplicación práctica de la regulación original y de adecuarse a la normativa internacional.

Luego, siguiendo los escuetos términos del texto español de 1848 (“El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere, o consintiere que otro los sustraiga”), en este modelo de regulación sus elementos distintivos son: (a) el sujeto activo especial (“empleado público”); (b) el objeto material específico (“caudales o efectos públicos”); (c) la existencia de una relación entre el sujeto y el objeto (“tenerlos a su cargo”); y (d) la apropiación o el consentimiento para que otro se apropie (“sustracción”).

Pacheco (2000) destaca en esta descripción las especificidades del sujeto activo y del objeto material, señalando, con respecto al primero, que cuando la sustracción la comenten particulares o éstos son coautores, cómplices o encubridores “tales delitos, en tales delinquentes, son solo privados, y corresponden a títulos que hallaremos después”. En cambio, cuando el cómplice de la sustracción es el empleado público que consiente en que un tercero la ejecute, la ley establece para éste la misma pena que si fuera autor de la malversación.

Por su parte, en cuanto al objeto material, Pacheco (2000) subraya que “[I]o primero que hay que notar en este artículo es la calificación de públicos que da a los caudales o efectos de que trata. Para otro caso —agrega—, para cuando no sean públicos esos intereses, encontraremos después otro u otros artículos” (Pacheco, 2000).

Según se desprende de los resultados de la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la Implementación de la CNUCC, la posibilidad de una interpretación amplia del sentido de las expresiones “caudales o efectos”, la aplicación de las otras figuras generales o especiales que sugiere Pacheco, las sucesivas reformas a los términos que pudieran parecer restrictivos y la incorporación de algunos de los previstos en la CNUCC, llevan a concluir que este modelo de regulación, predominante en el ámbito Latinoamericano actual, parece cumplir con sus exigencias.

En cuanto a la legislación interna, en todos los casos estudiados el peculado se construye como un delito especial, que aparenta un carácter *sui generis*, atendida la relación especial que existe entre el empleado público que interviene y el objeto del delito (relación que solo existe en el ámbito público, o por el ejercicio de una función pública, con independencia de que sea ordenada por la ley, el reglamento o un contrato o negocio jurídico entre partes)¹⁴.

Así, para identificar al sujeto activo del delito, se emplean expresiones amplias relativas a la propia legislación local como “el empleado público” (art. 233 del CP chileno); “funcionario o servidor público” (art. 387 del CP peruano); “funcionario público” (art. 261 del CP argentino). Incluso, para evitar una interpretación administrativista del sujeto activo, en algunos países, como Chile, la ley ofrece una definición amplia de la expresión “empleado público” en un artículo separado, entendiéndolo como “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado”, agregando que “no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular” (art. 260).

En el mismo sentido, la legislación brasileña prevé que “se considera funcionario, a los efectos penales, a todo aquel que, aunque sea con carácter temporal o sin remuneración, desempeñe un cargo, empleo o función pública” (art. 327 del Decreto-Ley 2848).

Estas definiciones más o menos amplias del sujeto activo parecen corresponderse con lo previsto el art. 2(a) de la CNUCC, donde se entiende por “funcionario público” (más allá de las definiciones administrativas locales) a: (a) “toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial”, “ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la

¹⁴ Montoya (2015) destaca que la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino un elemento “fundamentador” de la responsabilidad penal.

antigüedad de esa persona en el cargo”; y (b) “toda otra persona que desempeñe una función pública” o “que preste un servicio público”.

Sin embargo, a pesar de la apariencia señalada en cuanto al carácter de delito especial del peculado, desde antiguo existen casos en que este delito puede cometerse por particulares que no pueden entenderse en modo alguno como funcionarios públicos, según las definiciones legales aplicables. Así, p. ej., según el art. 238 del CP chileno, es posible sancionar como autor de este delito “al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”. Asimismo, en Perú, su CP contempla una norma denominada “extensión del tipo”, según la cual, también están sujetos a las penas del peculado los que, sin ser empleados públicos, “administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares”, así como “todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social” (art. 392 del CP).

En contraste, en el CP federal de México, al no darse atención al destino de los caudales “a cargo”, la figura se extiende a “cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal”, esté “obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales” (art. 223.IV)¹⁵.

En cuanto al objeto material, quizás este es el aspecto más problemático de las diferentes legislaciones del modelo tradicional, donde la imagen de fondo, por así decirlo, es la del funcionario decimonó-

¹⁵ La legislación mexicana fue reformada en esta materia por Ley de 18 de julio de 2016. Sin embargo, la única bibliografía relevante disponible en Internet es una tesis del año 1998, que no alcanza a dar cuenta de las importantes modificaciones de la década pasada (Leija, 1998). Dicha reforma incorporó, además, lo que parece ser un supuesto típico reactivo a una clase especial de peculado, propio de la cultura mexicana, consistente en el empleo de los caudales públicos “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” (art. 223. II), cuyo carácter excesivamente local impide su consideración en un trabajo de esta naturaleza.

nico que, materialmente, tomaba para sí (“hurtaba”) los fondos o caudales públicos, en esos entonces consistentes en monedas de oro o plata o ciertos documentos representativos de obligaciones.

Así, por ejemplo, la legislación chilena habla de “caudales o efectos públicos o particulares” (art. 233 del CP), generándose el problema de una eventual interpretación restrictiva, basada en su significado literal. En efecto, aunque el Diccionario de la Lengua Española define los “caudales” como “bienes de cualquier especie, y principalmente el dinero”, en un sentido muy acorde con la CNUCC (dado que los “efectos” son “cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador”), alguna jurisprudencia estima que los bienes muebles que no sean dineros o efectos de comercio o valorados, no constituyen el objeto material de este delito y a su respecto solo cabría la apropiación a título de hurto¹⁶.

Expresamente, en cambio, limitan el objeto material del delito las codificaciones uruguayas y brasileñas, al referirse a la apropiación del “dinero o los bienes muebles” el primero (art. 153 del CP uruguayo). y al “*dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel*” el segundo (art. 312 del CP federal brasileño). Así también lo hace el CP del Perú en su art. 387, con relación al 388, donde se sanciona el “peculado de uso” de “vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo”, dando a entender que esos bienes muebles no constituyen “caudales o efectos” del peculado propio.

No obstante, en los respectivos informes de la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la Implementación de la CNUCC, los expertos que la componen no hicieron mayor cuestión de estas limitaciones del ámbito de aplicación de los textos mencionados. Esas limitaciones no existen, en cambio, en regulaciones como la mexicana, donde su CP habla de “dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular” (art. 223. I), concepto amplio que evita toda duda de interpretación.

Respecto a la relación que ha de existir entre el empleado público y los bienes que se apropia, existen dentro del modelo tradicio-

¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones Rancagua, de 18.12.2006, en Matus (2016).

nal dos variantes muy relevantes: en algunos países se enfrenta esta relación desde el punto de vista jurídico, como proponía Pacheco, de modo que ella provenga de la ley, el reglamento o la delegación hecha en forma legal, tratándose de fondos públicos, o de un acto o contrato específico, tratándose de bienes privados. Este es la regulación que, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, se desprende de la expresión tener “a cargo” del art. 233 del CP chileno (Matus y Ramírez, 2021).

Similar parece ser el sistema peruano, que especifica que los bienes apropiados han de ser aquellos “cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo” (art. 387 CP Perú)¹⁷. En el mismo sentido, el CP argentino habla de “caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo” (art. 261).

En cambio, una relación material con la cosa apropiada (posesión o tenencia en un sentido fáctico) o incluso la posibilidad de acceder derivada o facilitada por el cargo parece ser la relación que se prevé en el sistema brasileño (art. 312 del CP y sección 1 del Decreto-Ley 2848) y en el CP de México, donde —tras las modificaciones del año 2016— se habla de haber “recibido” los bienes “en posesión o por otra causa”, sin atención a una relación jurídica especial (art. 223.I).

En cuanto a la conducta propiamente tal, el CP chileno emplea en el art. 233 la expresión “sustraer”. Según la doctrina y jurisprudencia dominantes, para configurar la sustracción de caudales públicos se requiere la prueba de dos elementos: (a) la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos que se trate; y (b) la falta de reintegro oportuno, tratándose de dinero o bienes fungibles; admitiéndose como formas de sustracción la disposición en beneficio propio o ajeno de los bienes administrados¹⁸.

¹⁷ Así, expresamente, la doctrina señala que “se debe afirmar que es necesario que el agente público tenga dominio sobre ellos, naciendo este dominio por el ejercicio de sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular de la cartera ministerial” (Calderón, 2012).

¹⁸ Sentencia Corte Suprema 14.1.1941, en Matus (2016). En consecuencia, la aplicación o desviación a usos propios o ajenos y posterior reintegro no

En Argentina, la expresión “sustraer” se interpreta diferenciando este delito del de “administración infiel”, sosteniéndose que “el primero, al requerir la sustracción de los caudales, importa que éstos hayan salido fuera de la esfera de custodia, mientras que el restante abarca la hipótesis de que esos fondos hayan sido arbitrariamente utilizados, generando un perjuicio”¹⁹.

En el mismo sentido, en Perú, aunque el art. 387 de su CP castiga al que “se apropia o utiliza, en cualquier forma” esos caudales o efectos, por lo que el peculado parece abarcar toda disposición de los bienes que se trata “como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio” (Abanto, 2003)²⁰, la jurisprudencia excluye también de este caso el dinero restituido oportunamente (San Martín, 2006).

En Brasil, en cambio, según la interpretación del delito del art. 312 del Decreto-Ley 2848, se sanciona con la misma pena el *peculato-apropriação*, donde un reintegro oportuno sin desviación previa no constituye delito, y el *peculato-desvio*, donde la figura se consuma aun cuando ha existido reintegro, si el agente previamente ha “desviado los bienes”, prestándolos, depositándolos a su nombre o empleándolos en cualquier finalidad particular (Oliveira, 1999).

Por otra parte, en relación con la referencia que el art. 17 de la CNUCC hace a la necesidad de explicitar en los tipos penales que el provecho obtenido por el peculado pueda ser para el propio empleado o “para otro”, ella ha sido incorporada solo en las últimas reformas del CP peruano (art. 387) y mexicano (art. 223.I), siendo aplicable al resto lo que señalaran los expertos chilenos en el Informe de la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la Implementación de la CNUCC: “no existe en la legislación de Chile un criterio que haga relevante lo que el actor hace con los fondos, pues los delitos

siempre configura un delito de malversación o peculado, sino que podría consistir en una distracción o desfalco si ha existido reintegro (art. 235 del CP).

¹⁹ Sentencia 2ª Sala Cámara Criminal y Correccional Federal (Argentina), 6.2.2014, C. N° 34.014, “SOLÁ, Felipe y otros s/prescripción”.

²⁰ En Perú también existe el *peculado de uso*, aunque solo tratándose del uso de “vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo” (art. 388 del CP).

mencionados se consuman con la distracción de los fondos” (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013a).

No obstante, en el caso del Perú, el Informe respectivo hace hincapié en la necesidad de extender expresamente que el beneficio a “otro” (entendido como “otra persona”) incluye a las personas jurídicas, para hacer recaer en ellas también la responsabilidad por estos hechos (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013c)

Por su parte, en Argentina se da por bueno que “a fin de evitar problemas probatorios y para lograr una mayor protección del bien jurídico tutelado, la legislación argentina se desentiende del uso posterior que pueda darse a los bienes malversados” (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013d).

Finalmente, respecto a la subjetividad del delito o *mens rea*, la mayor parte de las legislaciones analizadas comprenden todas, por su carácter continental, la figura intencional como básica y, además, alguna forma de peculado culposo (art. 234 CP del Chile; art. 262 CP de Argentina; art. 312 (secciones 2 y 3) del Decreto-Ley 2848 Brasil, y art. 387 del CP Perú), lo que ha sido estimado como una “buena práctica” por la ONUDD (2017a, p. 44). Sólo el CP federal mexicano excluye expresamente la sanción de la figura culposa de peculado (art. 60).

3.2.2. Análisis comparado

En términos generales, la legislación latinoamericana analizada se caracteriza por su apego a la estructura del modelo del CP español de 1848, que pone énfasis en el carácter especial de estos delitos, por la calidad de quien los comete: el empleado público que tiene a su cargo fondos o caudales públicos.

Luego, su gran desventaja es el anacronismo de un modelo ya desahuciado en su propio país de origen.

Sin embargo, la sencillez de dicho modelo ha permitido una mejor adecuación de los textos legales a las exigencias del derecho internacional que los actuales modelos italiano y español, por cuanto sus limitaciones son fáciles de detectar y corregir: ampliar los sujetos que pueden aprovecharse del peculado a terceros que se benefician de la desviación de los bienes, ampliar el objeto sobre que recae el delito a bienes inmuebles, ampliar la conducta a los desvíos de dichos bienes que no constituyan apropiación y ampliar el alcance de las relaciones entre el sujeto activo y los bienes, incorporando la tenencia o acceso de hecho.

4. EL SISTEMA COLOMBIANO

4.1. Desarrollo normativo

La Ley 599 de 2000, que establece el CP vigente en Colombia, con las modificaciones de la Ley 1474, de 2011, contempla cuatro figuras de peculado: por apropiación (art. 397), por uso (art. 398), por aplicación oficial diferente (art. 399) y culposo (art. 400). La redacción de estos cuatro tipos penales parece destinada a resolver todos los problemas técnicos que ofrece el modelo tradicional frente al mandato del art. 17 de la CNUCC, pero sin adoptar el modelo moderno de la legislación española.

En efecto, en primer lugar, el sujeto activo del delito puede ser cualquier “servidor público”, entendiendo como tales, según el art. 20 del CP, a “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios” y a “los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el art. 338 de la Constitución Política”. Según la doctrina dominante, esto significa que, salvo el caso de la usurpación de funciones, cualquier empleado de hecho o de derecho puede cometer el delito (Cancino, 2019).

En cuanto al objeto material, el CP colombiano se refiere en términos generales a los “bienes” públicos o privados que el servidor público puede apropiarse o usar, comprendiéndose en esta expresión tanto bienes muebles como inmuebles, corporales e incorpóreas, fungibles o no y, en general, “todas las cosas con significación económica, sean públicas o privadas, que administre el servidor público” (Cancino, 2019). Por ello, se puede cometer el delito respecto a los dineros de que se disponga, apropiándose los o usándolos, jugando el reintegro oportuno un rol solo en la determinación de la pena, como atenuante (art. 401 del CP).

En lo que respecta a la relación que ha de existir entre el servidor público y los bienes de que se apropia o usa, el CP colombiano habla de los bienes “cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”, de donde se afirma por la jurisprudencia colombiana que no es requisito legal que esta relación provenga de la ley, el reglamento o una delegación hecha en su conformidad, sino que basta con la material custodia o posesión de los bienes, que posibilite su disposición o uso, esto es, “toda posesión que tenga su origen en la función pública ejercitada por el sujeto” (Cancino, 2019).

Siguiendo esta línea de ampliación del modelo tradicional, coincidentemente con la regulación internacional, el legislador colombiano se refiere al destino de la apropiación o uso punible del servidor público, que debe hacerse “en provecho suyo o de un tercero”. Se precisa que este es un elemento subjetivo que no requeriría la prueba del aprovechamiento, goce o disfrute propio o de un tercero, sino únicamente de la intención y la disponibilidad del bien para su aprovechamiento, con el correlativo perjuicio para el Estado o los particulares por la pérdida o distracción de los bienes que se traten (Cancino, 2019).

Finalmente, en cuanto a la subjetividad o *mens rea*, el código colombiano acepta expresamente el peculado culposo (art. 400 del CP), cumpliendo con ello más allá de lo establecido en el art. 17 de la CNUCC.

Por lo anterior, concordamos con el aserto del Grupo de Examen del Mecanismo de Implementación, que declara, escuetamente: “Co-

lombia ha venido implementando este artículo de la Convención tal como lo demuestran su legislación y los ejemplos de casos judiciales provistos” (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2017).

4.2. Análisis comparado

La legislación colombiana mantiene —como el resto de la legislación latinoamericana— la estructura del modelo del CP español de 1848, alejándose del sentido de las reformas experimentadas por el CP italiano y el español de 1995.

Sin embargo, ello no habilita para considerar que se trata de una legislación anacrónica, pues las reformas de que ha sido objeto ponen a sus textos legales en un nivel superior a los de sus pares latinoamericanos en casi todos los aspectos vinculados con la necesidad de implementar las exigencias del art. 17 CNUCC, de modo que, en este sentido, su regulación se aproxima sustancialmente a la del sistema federal norteamericano, con la ventaja de que no tiene sus problemas de trasposición.

En efecto, según la regulación colombiana cualquier empleado de hecho o de derecho es imputable tanto por una apropiación como por una desviación (uso ilegítimo) de cualquier clase de bienes (incluidos los inmuebles), para beneficio propio de un tercero, sin que para ello sea relevante la existencia de un título que produzca obligación de restituir, como los de derecho privado.

De este modo, salvo lo que se dirá respecto de la falta de alguna disposición que permita dar cuenta del fenómeno de la criminalidad organizada en la comisión de esta clase de delitos, es posible afirmar que, en el contexto latinoamericano, la legislación colombiana es la que mejor se adecua a las exigencias de implementación del art. 17 CNUCC y, por lo mismo, bien puede servir de modelo a seguir por el resto de los países de la región para sus futuras reformas legales.

5. ESPECIFICIDADES PARA RESPONDER A LAS PRÁCTICAS DEL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN AMÉRICA LATINA

Aunque parece indiscutible que la criminalidad organizada en Latinoamérica actúa a través de redes familiares y políticas, favoreciendo la corrupción y los delitos asociados (Olasolo et. al., 2021), no se disponen de datos empíricos sobre la vinculación del peculado con las actividades del COT.

No obstante, ésta se encuentra explicitada en la Guía Legislativa para la implementación de la Convención de Palermo de 2000, ya analizada, y no cabe duda de que, materialmente, la cooptación de las instituciones estatales por parte de las redes de la COT puede llevar a la desviación de los recursos fiscales para los fines ilícitos de la organización que se trate (tanto directamente, transfiriendo sin más bienes a ella o en su provecho (peculado propio), como indirectamente, mediante la desviación más o menos permanente de los recursos confiados (peculado de uso o impropio) para su encubrimiento o la ocultación de sus actividades ilícitas). La tipificación colombiana es, en este sentido, más amplia y, a la vez precisa, que el resto de las latinoamericanas antes estudiadas, porque puede servir como modelo para los necesarios perfeccionamientos de todas ellas, a fin de abarcar la mayor parte de las situaciones imaginables.

Sin embargo, en la legislación que se ha tenido a la vista, la vinculación de esta clase de delitos con la COT no aparece expresamente sino en la peruana, donde el art. 387.1 de su CP establece la agravante especial de que “el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella”²¹.

²¹ Lamentablemente, y seguro debido a la urgencia del momento, en el *Dicamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso del Perú*, de fecha 13 de agosto de 2020, referido a la Ley 31.178, publicada el 24 de abril de 2021, que introdujo esta agravante y la redacción actual del delito de peculado, no se explicita su fundamento o justificación. Tampoco aparece ninguna mención explícita en los diversos proyectos de ley refundidos para dar lugar a estas modificaciones, introducidas, como la literalidad del art. 1

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones generales

La obligación de tipificar la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, contemplada específicamente en el art. 17 de la CNUCC es también parte de los mecanismos de prevención de la COT, según la Guía Legislativa para la implementación de la Convención de Palermo de 2000.

Sin embargo, no se trata de una figura novedosa, sino más bien es un “delito antiguo”, con raíces en el Derecho romano e incorporado en la mayor parte de las codificaciones decimonónicas y actuales. Ello explica por qué su desarrollo no esté en el centro de las preocupaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales, enfocadas en la prevención y sanción del lavado de dinero, el enriquecimiento ilícito, el soborno de empleados públicos extranjeros y la corrupción privada, principalmente, como fenómenos propios del cambio de siglo.

Existen varios modelos de regulación posibles. Entre los estudiados en este lugar, los más aptos para dar cuenta de las exigencias del art. 17 de la CNUCC son los de los Estados Unidos de América y de Colombia. El primero recoge una tradición estatutaria basada en la idea de la conversión al propio patrimonio o de un tercero de cualquier clase de bienes ajenos (incluyendo los del Estado) que se tienen a disposición material por cualquier título o por el cargo que se detenta. El colombiano perfecciona el modelo tradicional latinoamericano, heredero del propuesto en el CP español de 1848, que lo concibe como un delito *sui generis* o especial bajo las ideas de: (a) apropiación o sustracción; (b) de caudales o efectos públicos o pri-

de dicha ley señala, con “el fin de incorporar como circunstancia agravante la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria o cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad y soberanía nacional” y establecer “disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”.

vados; y (c) que estén a cargo de un empleado público, ajustando la definición de cada uno de esos requisitos a las exigencias del art. 17 CNUCC.

6.2. Propuesta de Acción para América Latina

A efectos de una adecuada implementación del art. 17 CNUCC, sería aconsejable la realización de reformas legales que permitan homologar las exigencias típicas de los delitos de malversación o peculado en toda la región, evitando de este modo problemas la creación de “paraísos jurisdiccionales”, donde no se posible la extradición o la cooperación internacional en la investigación de delitos por falta del requisito de doble incriminación.

Para ello, teniendo en cuenta que la mayor parte de los sistemas latinoamericanos se basan en el modelo del CP español de 1848, nuestra propuesta de acción consiste en la adecuación de sus leyes penales a las exigencias del art. 17 CNUCC siguiendo la actual regulación colombiana, que pone al día el modelo decimonónico mediante la modificación del alcance de sus elementos típicos principales: (a) considerar sujeto activo a todo empleado público, de hecho o de derecho; (b) ampliar las conductas a toda forma de desviación de bienes, tipificándose especialmente el peculado de uso; (c) concebir el objeto material como cualquier clase de bienes, incorporando los inmuebles y los incorporeales, como el patrimonio; (d) aclarar que el delito se comete por la apropiación o desviación para beneficio propio o de un tercero; y (e) estimar por relación suficiente no sólo las jurídicas de administración o custodia, sino también toda posición fáctica que permita acceder a los bienes que se trate y apropiárselos o distraerlos.

Además, debiera considerarse la referencia expresa que vincula este delito con la COT, como dispone el art. 387.1 del CP peruano, al establecer una agravación para el agente que “actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.”

6.3. *Propuesta de acción para Colombia*

Siendo, a nuestro juicio, la regulación colombiana el modelo a seguir para la adecuada implementación en Latinoamérica del art. 17 CNUCC, resta únicamente reiterar la necesidad de que se incorpore alguna referencia al fenómeno de la criminalidad organizada, que pudiera consistir en la antes mencionada agravante especial por pertenencia a una organización criminal, según lo dispone el citado art 387.1 del CP peruano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina
CCCFA. 2ª Sala (6 de febrero de 2014). Caso “Solá, Felipe y otros s/prescripción”, N° 34.014.

Doctrina

- Abanto, M. (2003). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ed. Palestra: Lima.
- Abello, J. (2010). “El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: La responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. 13(26). Pp. 267-284.
- Abello, J. (2017). “El peculado por comisión por omisión en Colombia”. *Pensamiento Jurídico*. N.º 45. Pp. 157-192.
- Calderón, L. (2012). “El delito de malversación de caudales públicos”. Benavente, H. y Calderón, L. *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica. Pp. 165-182.
- Cancino, J. (2019). “Delitos contra la administración pública”. Barreto, H. *et al. Lecciones Derecho penal colombiano, 3.ª Ed.*. Universidad de Externado: Bogotá.
- De la Cuesta, J. (2003). “Iniciativas internacionales contra la corrupción”. *Eguzkilore (San Sebastián)*. N.º 17. Pp. 5-26.
- Dressler, J. (2015). *Understanding Criminal Law, 7.ª Ed.* Lexis Nexis: Kindle.
- Garner, B. (1999). *Black’s Law Dictionary, 8.ª Ed.* Thomson Reuters: St. Paul.

- Giaquinto, P. (2019). *Compendio di Diritto e Procedura Penale: con aggiornamenti*. StudioPigi Ed.: Kindle.
- Gottlieb, J. (1845). *Historia del Derecho Romano*. Trad. M. Fernández. Imp. Pedro Sanz y. Sanz: Madrid.
- Hernández, H. (2005). “La administración desleal en el Derecho penal chileno”. *Revista de Derecho*. Vol. 26 (1). Pp. 201-258.
- Leija., M. (1998). *El delito de peculado. Breve ensayo dogmático*. U. Autónoma de Nueva León: Tesis.
- Matus, J. (2007). “La Política Criminal de los Tratados Internacionales”. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 13 (1). Pp. 267-289.
- Matus, J. (2016). *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia. Código Penal y Leyes Especiales*. Ed. Jurídica de Chile: Santiago.
- Matus, J. & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte especial. 4.ª*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Montoya, I. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. P. Universidad Católica del Perú: Lima.
- Muñoz, F. (2017). *Derecho Penal español. 21.ª ed.* Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Olasolo, H. et al. (2021). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Oliveira, S. (1999). “Apontamentos sobre o crime de peculato”. *Justitia São Paulo*. Vol. 61 (185/188). Pp. 28-38.
- Pacheco, J. (2000). *El Código Penal Concordado y Comentado. 3.ª Ed. (1865)*. Madrid: Edisofer.
- Robles, L. (2017). “La lucha contra la corrupción en la República romana. Una nueva interpretación sobre la obra ciceroniana. “*De Officiis*””. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. N°. 11. Pp. 111-126.
- Rojas, V. (2010). “Los tratados internacionales contra la corrupción”. Méndez-Silva, R. (Ed.). *Lo que todos sabemos de la corrupción y algo más*. UNAM: México. Pp.165-198.
- Samaha, J. (2017). *Criminal Law, 12.ª Ed.* Cengage: Kindle.
- San, C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra.
- Tapia, E.(1829). *Febrero Novísimo ó librería de jueces abogados y escribanos refundida ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*. T. VII. Madrid: Imprenta de Ildefonso Mompie.

Resoluciones, informes y otros documentos

- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2009). Doha.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013a). *Informe sobre el examen de Chile. Ciclo de examen 2010-2015*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013b). *Informe sobre el examen del país del Reino de España, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013c). *Informe sobre el examen del Perú, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013d). *Informe sobre el examen de Argentina, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013e). *Country Review Report of Italy*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013f). *Country Review Report of the United States of America*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2017). *Informe sobre el examen de Colombia, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2012a). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2.ª Ed. revisada*. Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2012b). *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2017a). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional. 2.ª Ed.* Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2017b). *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

Capítulo 4
El delito de tráfico de influencias

JOSÉ R. BÉGUELIN*
LEANDRO A. DIAS*
AGUSTINA SZENKMAN*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal de la corrupción tiene un objeto de estudio bastante determinado y hay cierto consenso respecto de aquellos tipos penales que decididamente se encuentran en su “núcleo de significado”¹. No obstante, un estudio más detallado permite observar que los contornos no son tan claros. En particular, cuando se indaga en distintos delitos que aparecen en las regulaciones de cada Estado o que son mencionados en las convenciones internacionales de la materia, resulta claro que existen infracciones complejas y no siempre comprensibles. Nadie dudaría de que delitos como el cohecho y el peculado son ejemplos arquetípicos del DP de la corrupción² y tampoco se dudaría del merecimiento y la necesidad de

* Los autores agradecen a Lola de Tezanos Pintos (UBA), Agustina Giaroli (universidad de San Andrés) y Nicolás Grinbaum (UBA) por la asistencia científica en la búsqueda de bibliografía y edición del texto.

* Procuraduría de Buenos Aires (Argentina).

* Abogado de la universidad de Buenos Aires. Magister en derecho penal por la universidad Torcuato Di Tella. Doctor en derecho por la universidad de Buenos Aires. Actualmente es asistente de investigación y doctorando en la universidad de Wurzburg (Alemania).

* Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravenacional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina).

¹ Sobre la distinción entre el núcleo de significado y la zona de penumbra de una regla, vid.: Hart, 2012: 124 et. seq.; 144.

² Para esta terminología, fundamental Kuhlen (2018: 1 et. seq.).

pena de esas conductas³. Pero cuando entran en escena delitos como el enriquecimiento ilícito o, lo que interesa en esta contribución, el tráfico de influencias se ingresa a la zona de penumbra del DP de la corrupción y es necesario realizar algunas aclaraciones importantes. Comience esta contribución, entonces, con un breve análisis conceptual de este último delito.

Lo primero que debe señalarse respecto del tráfico de influencias es que se trata de un delito que mantiene ciertas similitudes con otros más usuales (D'Alessio, 2004: 827). El vínculo más claro se da con el cohecho, respecto del cual, según la regulación, comparte elementos esenciales y suele presentar cierto adelanto de la punibilidad: no se trata del ofrecimiento y recepción de alguna clase de bien, o de una promesa remuneratoria, con el fin de que un funcionario público realice un acto funcional (en principio contrario a deber), sino de actos previos, consistentes en “vender” una posible influencia, derivada de relaciones informales, sobre funcionarios públicos o, según la regulación, ejercer de hecho una influencia en esas personas. Es decir, no haría falta la realización de un acto equivalente al cohecho o cercano temporalmente a lo que podría ser un cohecho, sino que resultaría punible la sola influencia real, o incluso meramente posible, que pueda dar lugar a un acto de corrupción más específico. Por eso, si la influencia resulta exitosa, pueden entrar en consideración otros delitos de corrupción o eventuales agravantes (nuevamente, según las particularidades del ordenamiento jurídico respectivo). Además, y según la regulación de los respectivos países (véase sobre esto infra 3, 4 y 5), los requisitos de autoría también se encuentran matizados respecto de delitos especiales clásicos que resultan aplicables en estos contextos.

¿Pero qué significa exactamente un tráfico de influencias? Debido a que no es un delito clásico del derecho penal nuclear, no es posible brindar una respuesta más exacta y los detalles dependerán de las decisiones legislativas concretas, tal como se verá más adelante en

³ Aunque por supuesto hay dudas tanto en los detalles, como en la fundamentación teórica, de estos delitos, más allá de que no se dude en principio de su merecimiento y necesidad de pena. Sobre el cohecho, indispensable Rusca, 2016: 86 et. seq.

esta contribución. Por ahora, basta señalar que se trata, a grandes rasgos y sin pretender ofrecer una definición clásica con condiciones necesarias y suficientes, de un ilícito contra la pretensión de objetividad o imparcialidad de la función pública (Feijóo Sánchez, 1997: 1144), que consiste en participar en una transacción cuyo objeto es el ejercicio de influencia sobre funcionarios públicos. En ese sentido, parecería captarse un segmento de ilicitud material al menos parcialmente diferente al de otros delitos, como el cohecho⁴: una violación al deber de manejo transparente en asuntos de interés estatal en los que estén involucrados funcionarios públicos, incluso si estos últimos no participan en la acción delictiva. El resto de las características puntuales variará, otra vez, según la regulación correspondiente⁵.

Y, lo que quizá es más importante, muchos países “exportadores” de DP, en el sentido de que dan lugar a procesos de recepción en otros países, como especialmente Alemania en este contexto, no cuentan con un delito de esta clase. De hecho, tal como se verá en el análisis de las recomendaciones de los distintos organismos internacionales en la materia, aquellos Estados que no prevén en su legislación este delito suelen considerarlo superfluo, debido a que su ámbito de aplicación ya estaría abarcado por otras figuras penales, más usuales en la respectiva cultura jurídica (véase *infra* 2). Esto es un indicador de que se está en presencia de un delito alejado del núcleo del DP en general y del DP de la corrupción en particular, algo similar a lo que sucede con el ya mencionado delito de enriquecimiento ilícito⁶. Estas consideraciones guiarán el resto del análisis de este artículo: la experiencia comparada, en países que han desarrollado una dogmática detallada de la parte especial del DP, muestra que un delito de esta clase puede no ser considerado necesario. En todo caso, lo que interesa es que la regulación del Estado respectivo

⁴ Sobre la ilicitud material como criterio de criminalización en contextos de corrupción, véase, en detalle, Rusca, 2020, I.

⁵ Capítulo AI respecto, véase la legislación comparada en *infra* 3 y 4.

⁶ En detalle sobre los problemas del delito de enriquecimiento ilícito, vid.: Kliegel (2013); Sancinetti (2014).

no permita lagunas de punibilidad que den lugar a situaciones de impunidad ante actos de corrupción⁷.

En los siguientes apartados, entonces, se hará una descripción relativamente aséptica de las experiencias comparadas, con especial hincapié en ciertos ordenamientos jurídicos, como el colombiano. De todos modos, un espíritu crítico guiará todas las consideraciones siguientes. La hipótesis de trabajo que se presentará es la siguiente: un tipo penal como el de tráfico de influencias puede ser importante para la lucha contra la corrupción (tal como, de hecho, se señala en el marco de los distintos organismos internacionales), pero su tipificación como delito autónomo responde a cuestiones de política criminal locales⁸, muy vinculadas con la regulación de los delitos de corrupción en cada país. En ese sentido, se trata de un prototipo de delito de DP no-nuclear⁹ que, si bien responde a cierto fenómeno de ilicitud material que quizá habría de ser criminalizado, la respuesta a la pregunta por la necesidad de tipificación no puede ser contestada en abstracto ni con independencia de consideraciones de derecho interno.

⁷ Suponiéndose, claro está, que las conductas contrarias a la transparencia que caracterizan al tráfico de influencia son, de hecho, merecedoras de pena independientemente de la regulación positiva. Si bien esto podría ser puesto en duda, asúmase que existe tal merecimiento de pena. Para un tratamiento detallado del merecimiento de pena o “incorrección moral” de ciertas conductas vinculadas al DP de la corrupción, fundamental, Green, 2013, capítulo III. A favor de considerar estas conductas de “clientelismo” o “amiguismo” como infracciones morales graves (“lacra social”) Pérez Ferrer (2022: cap. I). También considera “evidente” el merecimiento de pena de las conductas de tráfico de influencias (Rusca, 2021: 6).

⁸ Sobre este tema, en detalle: Rusca (2012: 137 et seq.).

⁹ No se está realizando aquí una clasificación formal de DP nuclear y accesorio, sino que simplemente se alude a que este delito no forma parte de aquellos que resultan indispensables en un código penal, en virtud de que no pertenece al núcleo de conductas prohibidas por excelencia en un código penal ideal. Al respecto, Koch (2019: § 8).

2. EXPERIENCIAS Y RECOMENDACIONES EN RELACIÓN CON LA RESPUESTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

El tratamiento más importante del tráfico de influencias como instrumento para la lucha contra la corrupción viene de la mano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)¹⁰ y es una muestra del rol, en principio, secundario de este delito. Así, si bien en este tratado es mencionado el tráfico de influencias como un instrumento importante para prevenir interferencias en las decisiones públicas, no aparece un deber de criminalización. Puntualmente, el art. 18 es claro al respecto al señalar que:

Cada Estado Parte *considerará la posibilidad de adoptar* [énfasis agregado] las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

En los trabajos preparatorios de la CNUCC sí se discutió la posibilidad de incluir un deber de criminalizar¹¹, pero eso fue dejado de lado posteriormente y se optó por dejarlo a consideración de cada Estado (o un deber matizado de “considerar” la posibilidad de criminalización), debido fundamentalmente a ciertas objecio-

¹⁰ Resolución 58/4 de la Asamblea General, del 31 de octubre de 2003.

¹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, Proyecto de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, A/AC.261/3 (Part II), Distr. general 27 de diciembre de 2001, art. 21.

nes de legalidad (por el carácter indeterminado de un tipo penal respecto del cual ya se señaló que sus contornos dependen de la regulación específica) y por el hecho de que muchos Estados exportadores de DP, como los Estados Unidos y Alemania, no cuentan con este delito¹².

Un tanto distinta es la situación en el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción¹³, donde el tráfico de influencias aparece mencionado como forma de corrupción cercana al cohecho. Y, a diferencia de la CNUCC, sí aparece en principio un deber de criminalización en el art. 12¹⁴:

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida en concepto de remuneración a cualquiera que afirme o confirme ser capaz de ejercer influencia sobre las decisiones de cualquiera de las personas a que se refieren los artículos 2, 4 a 6 y 9 a 11, independientemente de que la ventaja indebida sea para sí mismo o para cualquier otro, así como el hecho de solicitar, recibir o aceptar la oferta o promesa de la misma en concepto de remuneración por dicha influencia, independientemente de que se ejerza o no esa influencia o de que la influencia supuesta produzca o no el resultado perseguido.

Empero, se trata de un deber que cuenta con matices¹⁵ (Vázquez-Portomeñe Sejas, 2016) ya que el art. 37 del mismo convenio permite expresamente que los Estados establezcan reservas respecto de su derecho a no tipificar esta conducta¹⁶. En consecuencia, aparece nue-

¹² En detalle sobre esta cuestión Vázquez-Portomeñe Sejas, 2015: 7.

¹³ Consejo de Europa, Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), entrada en vigencia el 1/07/2002.

¹⁴ Se utiliza la versión en español del texto según el Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) dictado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, publicado en BOE, n.º 182, del 28 de julio de 2010, BOE-A-2010-12135: 65780-65812.

¹⁵ Sobre la intensidad de los distintos deberes de criminalización en el marco de los tratados internacionales de esta clase, recientemente Ambos, 2022.

¹⁶ Según el art. 37 (1) de la Convención, relativo a las reservas: "En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación,

vamente el reconocimiento de que se trata de un delito que podría abarcar un aspecto quizá relevante de incorrección material, pero que no necesariamente tiene que estar criminalizado, o al menos no como un delito autónomo (Vázquez-Portomeñe Seijas, 2015: 103-116).

La consecuencia prácticamente forzosa que puede ser extraída de este análisis es la de que el tráfico de influencias es, en efecto, un tipo penal que resulta relevante para la discusión de política criminal contra la corrupción en el nivel internacional. Esto queda demostrado por el hecho de que esta clase de conductas aparecen mencionadas en varios tratados internacionales con distintos ámbitos de aplicación. Pero, como contrapartida, en estos instrumentos no se establece un deber fuerte de criminalización de estas conductas y, de hecho, parecería que esa cuestión queda en manos de las autoridades legislativas estatales (Pérez Ferrer, 2022: cap. III.2). Puede hablarse, entonces, de un indicio de que se trata de un tipo penal no esencial en la lucha contra la corrupción, aunque, desde luego, no se puede negar su aporte a la prevención de este tipo de criminalidad.

3. PAÍSES NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: EL CASO DE ESPAÑA

3.1. Normativa

Para entender, de todos modos, la importancia del delito de tráfico de influencia en las discusiones sobre política criminal en Latinoamérica es necesario remitirse a España¹⁷. Esto se debe, no en última

aprobación o adhesión, cualquier Estado podrá declarar que no tipificará como delito conforme a su derecho interno, en todo o en parte, los actos contemplados en los artículos 4, 6 a 8, 10 y 12, o los delitos de corrupción pasiva a que se refiere el artículo 5”.

¹⁷ Además, se abordan ciertos aspectos de la legislación italiana a través de diversas notas al pie de página. En todo caso, es importante tener en cuenta que, a diferencia de otros capítulos de la presente obra, en este capítulo no se analiza la regulación de los Estados Unidos, porque no contiene

instancia, a la influencia que este ordenamiento jurídico ha tenido y sigue teniendo en la creación de los códigos penales latinoamericanos.

Así, en el CP de España, el delito de tráfico de influencias está tipificado entre los arts. 428 y 430, en el título XIX (Delitos contra la administración pública), capítulo VI (Del tráfico de influencias), y se distinguen dos supuestos. En primer lugar, el art. 428 se refiere a los casos en los que:

[e]l funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

En segundo lugar, el art. 429 aborda aquellos casos relativos al:

[...] particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

Estos dos escenarios se completan con el art. 430, párr. 1, que sanciona a quienes soliciten dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa a cambio de realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores:

en principio un delito equivalente al tráfico de influencias. Se observa, en particular, que este delito es característico de *ciertos* sistemas de derecho continental-europeo, sin que, sin embargo, sea esencial incluso en dichos sistemas. La construcción de una equivalencia apta para un análisis de derecho comparado requeriría un tratamiento particular de distintos delitos solo parcialmente vinculados con lo que se entiende aquí como “tráfico de influencias”, que además dependería en gran medida de las regulaciones puntuales adoptadas dentro del derecho de los Estados Unidos. Un trabajo de esta clase requeriría una investigación autónoma de derecho comparado.

Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años¹⁸.

3.2. Bien jurídico protegido

La ubicación sistemática de este delito en el ordenamiento español¹⁹ dentro de los delitos contra la administración pública permite inferir la conclusión general que puede derivarse de todos estos delitos en lo que se refiere a la afectación de bienes jurídicos: este delito afecta, según la opinión usual en la materia, la “integridad del servicio público y la confianza del público en la incorruptibilidad de los funcionarios públicos”²⁰ (Hilgendorf & Valerius, 2021).

¹⁸ Compárese esta regulación con la italiana. En Italia, el delito de *tráfico di influenze illecite* está regulado en el art. 346 *bis* del libro segundo, título 2, capítulo 2 (“*Dei delitti dei privati contro la pubblica Amministrazione*”). Esta norma sanciona a quien, explotando o alardeando de relaciones existentes o supuestas con un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público o alguno de los demás sujetos a los que refiere el art. 322 *bis*, indebidamente haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otros beneficios, como precio de su mediación ilícita hacia un funcionario público o persona encargada de un servicio público o de alguno de los demás sujetos a los que se refiere el artículo 322 *bis*, o para remunerarlo en relación con el ejercicio de sus funciones o atribuciones. Anteriormente, el art. 346 regulaba de forma separada la figura del *millantato credito*, que castigaba la venta de una influencia inexistente o falsa, pero este fue derogado en 2019 (Hernández Basualdo, 2021: 225).

¹⁹ Lo mismo sucede en el caso del derecho penal italiano.

²⁰ Hilgendorf y Valerius (2021: § 7). En otros términos, “la imparcialidad en la función pública” y la finalidad político-criminal de “evitar la desviación del interés general hacia fines particulares” en Muñoz Conde (2019: 922).

3.3. *Autoría*

El CP español prevé dos supuestos diferentes para el caso en que el sujeto activo sea un funcionario público o un particular: en el primer caso se trata de un delito especial (art. 428 del CP), mientras que en el segundo, de un delito común (art. 429 del CP), aunque según parte de la doctrina esta definición no resultaría tan clara, dado que esta última disposición también exigiría la existencia de una relación especial entre el particular y el funcionario, lo que determinaría cierta calificación del autor (Lombana Villalba, 2013). Además, específicamente regula que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables por el delito de tráfico de influencias (CP español, art. 430)²¹.

3.4. *Acción típica*

La acción típica establecida por la legislación española es la de “influnciar” y debe estar dirigida (objeto del hecho) a un funcionario o a una autoridad (Muñoz Conde, 2019). Además, se exige para la configuración de este delito que el autor tenga algún tipo de relación con el funcionario que pretende influenciar (Cugat Mauri, 2014). Así, el autor debe realizar la conducta mediante un aprovechamiento de cualquier situación derivada de su relación personal con la persona a quien va dirigida la acción o, en caso de ser un funcionario público, también podría hacerlo prevaliéndose del ejercicio de las facultades a su cargo (Valeije Álvarez, 2015)²². A su vez,

²¹ En cambio, según la normativa italiana el tráfico de influencias es un delito que puede ser cometido por cualquier persona, esto es, un delito común. No obstante, establece una agravación de la pena para el caso en que sea cometido por un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público. Al respecto véase Merenda, 2013.

²² La normativa italiana establece un requisito similar al exigir que el agente realice la conducta explotando o alardeando de relaciones existentes o supuestas con un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público. Sin embargo, la acción típica es descripta como hacer dar o prometer, lo que implica en principio una anticipación de la punibilidad, con respecto al ejercicio específico de influencia. Sobre los detalles y proble-

en el CP español aparece una anticipación de la punibilidad importante en el art. 430. Esta anticipación probablemente vaya en línea con la finalidad del tráfico de influencias (tal como ha sido conceptualizado), en el sentido de prohibir acciones aptas para afectar la transparencia de la administración y que se encuentren ya en un ámbito (bastante) anterior al cubierto por infracciones funcionales concretas (en detalle sobre estas modalidades típicas, Pérez Ferrer, 2022: cap. VI).

3.5. *Tipo subjetivo*

La legislación analizada en este apartado tipifica el tráfico de influencias como un delito doloso (Muñoz Conde, 2019)²³, de tal manera que en tradiciones de derecho continental bastaría con el dolo eventual (representación del riesgo de realización del delito y aceptación de las consecuencias). Empero, algunos autores observan como especial elemento subjetivo que la actuación del sujeto sea realizada “con el fin” de obtener un beneficio para sí o para un tercero (Valeije Álvarez, 2015)²⁴. Respecto del fin buscado, según el CP español el autor debe intentar obtener cualquier beneficio económico para sí o para un tercero (Lombana Villalba, 2013)²⁵.

mas interpretativos de la regulación italiana, vid.: Mongillo (2019b: 275 et. seq.).

²³ Lo mismo resulta aplicable para Italia. Sobre el tipo subjetivo, véase Mongillo (2019b: 283 et. seq.).

²⁴ No obstante, crítico en general de que la fórmula “con el fin de” en delitos imperfectos de dos actos (y de resultado recortado) sea interpretada como elemento subjetivo adicional (en el sentido de dolo directo de primer grado), Frister, 2022: 229, quien entiende que alcanza, antes bien, con cualquier tipo de dolo, referido a elementos del tipo objetivo que han sido recortados del tipo del texto.

²⁵ Sobre las características del beneficio económico, vid. Lombana Villalba (2013). Compárese aquí también la regulación española con la italiana, que habla de conseguir dinero o cualquier otro beneficio, sin detallar o ejemplificar qué clase de beneficio se requiere.

3.6. *Penas previstas*

En España, el CP prevé, para los casos en que el sujeto activo es funcionario público:

[...] prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. (art. 428)

Si además obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior²⁶. En cambio, para el supuesto en que el autor sea un particular, la sanción será de:

[...] prisión de seis meses a dos años, multas del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior (art. 429)²⁷.

²⁶ Sobre la evolución de las penas previstas, véase Valeije Álvarez (2015). En cambio, el CP italiano establece una pena de prisión de uno a cuatro años y seis meses. La norma prevé una agravante en caso de que los hechos se cometan en relación con el ejercicio de actividades jurisdiccionales o para remunerar al funcionario público o al encargado de un servicio público o a alguno de los sujetos del art. 322 bis (Mongillo, 2019).

²⁷ A su vez, los párrafos segundo y tercero del art. 430 establecen explícitamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. [] Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Por las características especiales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la discusión crítica que ha tenido lugar en España al respecto, este tema puede ser dejado aquí de lado. Para un panorama de la discusión, véase solamente Silva Sánchez (2016: 319 et. seq.).

3.7. Reflexiones sobre el delito a la luz de su regulación en España

La regulación del tráfico de influencias en España permite algunas reflexiones sobre el delito. Si bien ya se ha mencionado que se trata de conductas lindantes con el cohecho, su regulación es autónoma respecto de esta clase de delitos²⁸. Se intenta, por tanto, captar un núcleo de conductas “espurias” que podrían generar alguna clase de desconfianza en el funcionamiento del Estado, como es el ejercicio de influencia respecto de funcionarios.

A su vez, se observan anticipaciones de la punibilidad en dos sentidos. En primer lugar, en los arts. 428 y 429 del CP español, la utilización de la estructura de un delito de dos actos (con el segundo acto recortado del tipo objetivo) permite un castigo por delito consumado sin la necesidad de que la finalidad del autor se vea concretada. Es decir, no es necesario que de la influencia se derive alguna clase de beneficio, sino que es suficiente con que ese objetivo sea intentado con la conducta: “para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico [...]” (Valeije Álvarez, 2015). En segundo lugar, en el art. 430 se establece la punibilidad no solo como tentativa, sino como delito consumado sin que haya necesidad de que se ejerza influencia de hecho sobre un funcionario (Valeije Álvarez, 2015). De este modo, no es condición necesaria para el castigo la presencia de un funcionario público en la negociación²⁹, mucho menos el éxito en el ejercicio de influencia sobre el funcionario. Y en cuanto a las escalas penales, puede observarse que se trata de delitos que tienen penas relativamente bajas (en relación con otros delitos tipificados en esos ordenamientos jurídicos), lo que probablemente responda al carácter anticipatorio de la punibilidad de estas conductas.

A diferencia del tipo penal de tráfico de influencias propuesto en la CNUCC y en el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre

²⁸ Sobre la particular relación del tráfico de influencias con la instigación al prevaricato en España, vid.: Cugat Mauri (2014).

²⁹ Vid.: Cugat Mauri (2014) y su cita en relación con las “influencias en cadena” en España. Para el caso de Italia, vid.: Mongillo (2019), respecto del *mero accordo tra committente e intermediario*.

la Corrupción, así como también en legislaciones que se verán en los próximos acápite, en el CP español se criminaliza (en los arts. 428 y 429) la mera conducta de “influir” en un funcionario público o en una autoridad, mientras que la transacción comercial, esto es, la “venta” de la influencia, aparece como figura diferente en el art. 430. Entonces, lo decisivo aquí es el castigo de la sola influencia en un funcionario público para lograr una resolución que genere beneficio económico, sin que sea necesario que esa influencia haya sido ejercida, a su vez, a cambio de alguna remuneración. Sí se castiga la transacción comercial de la influencia en el art. 430 (como en los instrumentos internacionales y en otras legislaciones), aunque este delito no requiere ninguna influencia efectiva para ser consumado, pues la conducta típica consiste en “ofrecerse” a realizar las conductas de los arts. 428 y 429.

Por tanto, se trata de conductas que no están alcanzadas por otros tipos penales clásicos del derecho penal de la corrupción, en especial por el de cohecho. Recordemos que, muy simplificada, este delito consiste en la aceptación (o el ofrecimiento) de algo de valor a cambio de un acto propio de las funciones estatales (Rusca, 2016: 89). Los delitos de los arts. 428 y 429 prevén una modalidad diferente para lograr el acto del funcionario público: el ejercicio de una influencia indebida, pero sin remuneración a cambio, es decir, exige un elemento típico del que carece el cohecho y no contiene uno que resulta definitorio para el cohecho. Por su parte, el delito del art. 430 prevé un adelanto de la punibilidad del ejercicio de la influencia: el ofrecerse, a cambio de remuneración, a ejercer la influencia, esto es, la “venta” de la influencia, independientemente de que esta última efectivamente se lleve a cabo.

Más allá de las críticas que en general se dirigen contra los adelantamientos de la punibilidad (Frister, 2022: 497 et. seq.) y otras formas de ampliación de la punibilidad, tema que se retomará más adelante en este trabajo, cierto es que la tipificación de estas formas de comportamiento en el CP español capta conductas reprochables que de otra forma no serían punibles. En particular, a diferencia de otros ordenamientos, se castiga también la mera influencia y no tan solo la venta o compra de la influencia.

4. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: LOS EJEMPLOS DE LA ARGENTINA, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. Normativa

En la Argentina³⁰, la figura de tráfico de influencias en su modalidad pasiva fue incorporada por la ley 16.648 como una conducta incluida dentro del cohecho pasivo (Marín, 2008: 786). No obstante, en 1999, el delito fue introducido por la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública como un tipo penal autónomo en el art. 256 bis del CP de la Argentina, dentro del capítulo VI (Cohecho y tráfico de influencias) del título XI (delitos contra la administración pública)³¹. Esta norma sanciona a quien:

[...] por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

A su vez, la modalidad activa de este delito está prevista en el art. 258 del CP junto con el cohecho activo, y castiga a quien “directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de algunas de las conductas reprimidas por [...] [el artículo] 256 bis: primer párrafo”.

El CP chileno contiene la figura del tráfico de influencias en el § VI (Fraudes y exacciones ilegales) del título quinto (Crímenes y

³⁰ En los siguientes apartados se realizan también algunas referencias en nota al pie de página a la regulación en el sistema jurídico brasileño.

³¹ Compárese con la regulación de Brasil. Allí, el delito de tráfico de influencias está previsto en el art. 332 del CP Federal, dentro del capítulo I (crímenes practicados por funcionarios públicos contra la administración) del título XI (Delitos contra la administración pública). Allí se establece una pena para quien solicite, exija, cobre u obtenga, para sí o para otros, una ventaja o promesa de ventaja, con el fin de influir en un acto realizado por un funcionario público en el ejercicio de su función (véase Regis Prado, 2009).

simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos). Según Matus Acuña & Ramírez Guzmán, “la Ley N° 19.645 agregó en el [a]rt. 240 bis como modalidad de comisión de este delito [negociación incompatible] el hacerlo mediante tráfico de influencias” (Matus Acuña, 2018: 467). De esta manera, el art. 240 bis sanciona, por un lado, al “empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en este para obtener una decisión favorable a sus intereses”. La norma castiga al:

[...] empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos segundo y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses.

En México, dentro del título décimo (delitos cometidos por servidores públicos) del CP Federal, el capítulo IX denominado “tráfico de influencia” regula la figura en cuestión y sanciona tres supuestos en el art. 221. En primer lugar, se subsume dentro de esta figura la conducta del “servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión”. En segundo lugar, se refiere a “cualquier persona que promueva la conducta ilícita del servidor público o se preste a la promoción o gestión a que hace referencia la fracción anterior”. En tercer lugar, comete el delito de tráfico de influencias:

[...] El servidor público que por sí o por interpósita persona indebidamente solicite o promueva cualquier resolución o la realización de cualquier acto materia del empleo, cargo o comisión de otro servidor público, que produzca beneficios económicos para sí o para cualquiera de las personas a que hace referencia la primera fracción del artículo 220 de este Código.

Luego de varias modificaciones legislativas, el art. 2 del Decreto Legislativo n.º 1243 terminó de modificar el CP peruano³². A diferen-

³² Sobre la evolución normativa de la figura del tráfico de influencias, véase en detalle Chanjan Documet *et al.* (2020: 277 et seq.).

cia de otros países latinoamericanos, la regulación peruana menciona únicamente como objeto a un “caso judicial o administrativo”³³. Así, dentro del capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos) contenido en el título XVIII (delitos contra la administración pública), el art. 400 sanciona a quien:

[...] invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

4.2. *Bien jurídico protegido*

En las legislaciones de referencia se observa que la ubicación sistemática del tráfico de influencias dentro de los delitos contra la administración pública (Argentina y Perú) o como delito cometido por empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Chile y México) podría indicar que el bien jurídico afectado es el correcto ejercicio de la función pública³⁴. En ese sentido, se sigue la tendencia del derecho español.

³³ Así se delimita en exceso el alcance del tipo al excluirse, por ejemplo, los actos de investigación del Ministerio Público o la Policía Nacional de Perú. Vid. detalladamente en: Díaz Pretel (2019: 167 et seq.); Chanjan Documet *et al.* (2020: 275 et seq.).

³⁴ En la Argentina se hace referencia a la imparcialidad de la administración pública, vid.: D'Alessio (2004: 827). En el caso de Chile, vid. Ossandón (2003: 163 et seq.). Respecto de Perú, Chanjan Documet, *et al.* (2020), aunque otro sector de la doctrina se refiere específicamente al buen nombre o prestigio de la administración pública, como por ejemplo Yon Ruesta (2002: 231 et seq.); Díaz Petrel (2019: 161 et seq.). En Brasil, el tráfico de influencia integra el título relativo a los delitos contra la administración pública, no obstante, existe una discusión sobre cuál es exactamente el bien jurídico protegido (p. ej., la regularidad y la transparencia en las relaciones comerciales). Al respecto, vid.: Regis Prado (2009).

4.3. *Autor*

Para algunos de los países analizados, el tráfico de influencias es un delito especial propio del que solo puede ser sujeto activo un funcionario o empleado en el servicio público. Este es el caso de Chile, que requiere que el autor sea un empleado público y contiene en el art. 260 del CP una definición propia de empleado público que abarca a todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de este, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado (Arancibia Mattar, 2009). En cambio, la legislación mexicana especifica distintos supuestos en los cuales se requiere que el sujeto activo sea un funcionario público, pero también establece la punibilidad autónoma (respecto de las reglas de la participación en un delito especial) de las personas que intervienen en el acto y no son funcionarios públicos (Crispin Mateos, 1986: 63-64). La Argentina (D'Alessio, 2004) y Perú (Díaz Pretel, 2019)³⁵ optaron por considerar el tráfico de influencias como un delito común (dado el caso, con alguna circunstancia agravante por ser el autor un funcionario público)³⁶.

4.4. *Conducta típica*

En la Argentina, la conducta típica prevista para el tráfico de influencias en su modalidad pasiva consiste en solicitar o recibir dinero o cualquier otra dádiva, o aceptar una promesa (Arocena & Sanchez Freytes, 2021). En un sentido similar, en el CP peruano la conducta es la de recibir, hacer dar o prometer donativo o promesa o cualquier

³⁵ Si bien el delito de tráfico de influencias está ubicado en el título XVIII, capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos), podría ser cometido por cualquier persona y su comisión por parte de un funcionario público configura una circunstancia agravante. Cf. Díaz Pretel (2019: 161).

³⁶ De modo similar, la regulación brasileña, que en la redacción no hace referencia a la autoría de quien solicita, exige, cobra u obtiene una ventaja o promesa de ventaja con el pretexto de influir en un acto de un funcionario público.

ventaja o beneficio. Además, se especifica que la influencia puede ser real o que es suficiente con que el autor la ofrezca de forma simulada (Yon Ruesta, 2002; 299 et. seq.)³⁷. Además, el CP Federal de México utiliza los verbos promover y gestionar, a excepción del último supuesto en el que también se incluye el verbo típico solicitar.

En los supuestos ya señalados, el verbo del tipo penal no es el de influir, como lo es en el CP chileno cuando prevé como comportamiento que se ejerza influencia sobre un empleado público³⁸. En este aspecto, el tipo penal chileno guarda similitud con el español, en tanto la conducta prohibida consiste en ejercer influencia (y no se requiere una transacción comercial respecto de esa influencia). Las figuras se diferencian en lo tocante al acto del Estado: en el caso chileno se trata de una “decisión favorable a sus intereses”, pues el delito está regulado en el marco de las meras negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, mientras que en el caso español el acto del Estado debe redundar en un “beneficio económico”. En comparación con el caso de la Argentina, México y Perú, la circunstancia de que en el CP chileno se exija la efectiva influencia como conducta típica reduce el adelantamiento de la punibilidad.

4.5. Tipo subjetivo

Las legislaciones de los países latinoamericanos de referencia tipifican el tráfico de influencias como un delito doloso³⁹. En general, se trata de delitos recortados de dos o más actos, es decir que el dolo del tipo abarca elementos (o resultados) que han sido recortados del tipo objetivo: no es necesario realizar los actos siguientes para

³⁷ Véase también la regulación brasileña, que establece como acciones típicas el solicitar, exigir, cobrar o recibir dinero u otra dádiva.

³⁸ A su vez, cf. Matus Acuña & Ramírez Guzmán (2018: 468): “no habría tráfico de influencia si se induce a un funcionario a adoptar una decisión justa, entendiendo el delito únicamente como una especie de inducción a la prevaricación administrativa”.

³⁹ Vid., en el caso de la Argentina, D’Alessio (2004: 827). Respecto del dolo que exige el tipo penal peruano, Díaz Pretel (2019: 170). Por su parte, en relación con la normativa chilena, Barra Olivares (2003: 124).

que el delito esté consumado. Tal como hemos visto supra, muchos autores ven en esta tendencia interna trascendente un especial elemento subjetivo, a saber, la intención propia del dolo directo de primer grado⁴⁰. Otros, empero, consideran que se trata simplemente del dolo referido a un elemento objetivo cuya realización no integra el tipo del texto y, por tanto, no es necesaria para la consumación. Por ello, bastaría con cualquier tipo de dolo (eventual o directo) (Frister, 2022: 229).

4.6. *Penas previstas*

En la mayoría de los países latinoamericanos de referencia las penas previstas para este delito incluyen varios años de prisión, multa e inhabilitación para los casos en que el autor haya sido un funcionario o empleado público.

Por un lado, el tráfico de influencias pasivo es sancionado en la Argentina con pena de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública. A su vez, el artículo contiene una agravante⁴¹ para los supuestos en que la:

[...] conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia (CP argentino, art. 256 *bis*).

⁴⁰ Así, para el caso chileno, Rojas Osorio (2015: 23) subraya como el CP exige, para que se perfeccione el ilícito, que el sujeto activo lleve a cabo el comportamiento *para* obtener una decisión favorable a sus intereses. Respecto del caso argentino, vid.: D'Alessio (2004: 827).

⁴¹ En este sentido, D'Alessio (2004: 828), afirma que “el legislador ha entendido que la corrupción de los miembros de la justicia es más grave y perjudicial que la de otros funcionarios públicos, toda vez que además de resolver los conflictos sometidos a su competencia, ellos deben tutelar y garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder”.

Para estos casos, el máximo de pena de prisión se elevará a doce años⁴². Por otro lado, se sanciona el delito en su modalidad activa con una pena de prisión de uno a seis años. Asimismo, la norma prevé una agravante para los casos en que la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia por parte de un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. En estos supuestos, la pena será de prisión de dos a seis años. Por último, si el sujeto activo fuera un funcionario público, además se lo castigará con inhabilitación de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

Según la normativa de Chile, frente a estas conductas se aplica la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo o perpetua, y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiera tomado en el negocio.

El CP federal de México impone como pena frente a la comisión de este delito dos a seis años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el distrito federal en el momento de cometerse el hecho y destitución e inhabilitación de dos a seis años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Finalmente, en Perú estas conductas son sancionadas con pena privativa de libertad de entre cuatro y seis años, inhabilitación según corresponda y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa⁴³.

⁴² Compárese estas penas con las de Brasil, relativamente más bajas. En particular, en Brasil la pena para este delito es de dos a cinco años de prisión y multa. Además, establece una agravante según la cual la sanción se incrementa en la mitad si el agente afirma o insinúa que la ventaja también está destinada al funcionario.

⁴³ Se establece la misma sanción penal tanto para el ejercicio de influencias reales como simuladas. Cf. Yon Ruesta (2002: 233).

4.7. Reflexiones finales sobre los sistemas latinoamericanos

Como puede observarse, los países latinoamericanos suelen seguir la tendencia española (e italiana) de tipificar el delito de tráfico de influencias en el marco de los delitos contra la administración pública. Respecto de esta decisión, se debe decir que si lo que se pretende es proteger un bien jurídico difuso como la integridad o transparencia de la administración pública, la conducta consistente en ejercer alguna clase de influencia indebida en un funcionario público (ya sea como funcionario público o como ciudadano común), o de vender esa posibilidad de ejercer una influencia, es apta para lesionar o poner en peligro esa integridad o transparencia. Incluso si luego no es obtenido un beneficio patrimonial o de otra clase, e incluso si luego no es llevada a cabo ninguna conducta contraria al deber, ya la mera influencia indebida en el ámbito funcional de un funcionario o la incorporación de esa clase de conductas como objeto de un negocio resultaría espuria y, por tanto, apta para disminuir la confianza de la generalidad en la transparencia de la administración.

Un tanto más dudoso es el caso de la influencia simulada, pues la afectación potencial de la integridad o transparencia de la administración pública aparece sumamente reducida o acaso desaparece: en estos casos, ya no se trata de una influencia indebida, sino de un engaño en una transacción (por cierto, también espuria) en la que una parte está dando algo a cambio de una influencia que no existe. Sobre este último tema, también es esencial analizar la posible aplicación de tipos penales de estafa en perjuicio de quien compra la influencia simulada, cuestión que depende no en última instancia de la debatida cuestión de la estafa sobre negocios ilícitos (Pastor Muñoz, 2000: 335 et.seq.; Hilgendorf & Valerius, 2021b:§7).

Con todo, la tipificación de todos estos delitos ya sea a través de delitos especiales o de delitos comunes, tiende a un fin que podría ser considerado *prima facie* legítimo en el marco de la lucha contra la corrupción. Estas reflexiones generales, de todos modos, deberían ser complementadas por investigaciones de filosofía práctica, específicas respecto del merecimiento de pena de conductas asociadas con los “delitos de cuello blanco” (Pérez Barberá, 2017: 69 et.seq.; Verde,

2021: 47 et.seq.) en general y de la corrupción en particular (Rusca, 2021: 3 et. seq.).

También es necesario señalar que los países de América Latina analizados en este trabajo no han realizado esfuerzos importantes por adaptar el delito de tráfico de influencias a eventuales necesidades derivadas de la regulación internacional de la lucha contra la corrupción y contra el crimen organizado transnacional (COT). Nuevamente: la cuestión de si es necesario ampliar la criminalización o reducirla depende de muchos factores, tanto merecimiento como de necesidad de pena. Pero ante la ausencia de cambios recientes en la legislación, por un lado, y de una mayor concientización internacional respecto de la vinculación entre hechos de corrupción y criminalidad organizada, quizá sería un buen plan de estrategia que los Estados latinoamericanos evaluaran críticamente su derecho interno. Esto también es aplicable, por supuesto, al delito de tráfico de influencias, que en todo caso podrá ser “ajustado” legislativamente para optimizar la persecución de estas conductas, en el marco de un Estado de derecho. Algo así no resulta arbitrario y, de hecho, en los últimos años un país que históricamente ha sido tenido en cuenta para la criminalización en América Latina, como Italia, ha realizado ciertas modificaciones en la regulación jurídica del delito de tráfico de influencias Monguillo (2019b), quien señala también los aspectos criticables de la reforma.

5. LA REGULACIÓN COLOMBIANA

5.1. Normativa

El CP colombiano regula este delito en el título XV (Delitos contra la administración pública), capítulo quinto (del tráfico de influencias) y establece dos supuestos. Así, el art. 411 prevé el tráfico de influencias de un servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de un servidor público en un asunto en que este se encuentre conociendo o haya de conocer (Varios Autores., 2011: 171-172). A su vez, el art. 411-A regula el tráfico de influencias de los particula-

res que ejerzan indebidamente influencias sobre un servidor público respecto de un asunto en que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico.

5.2. *Bien jurídico protegido*

De la posición sistemática del delito es posible inferir que el bien jurídico afectado es la administración pública (véase, al respecto, lo señalado sobre la regulación española). Dentro de este marco general, el bien jurídico afectado en específico sería “un deber (genérico) de fidelidad, de respeto y de acatamiento de parte de los servidores públicos frente a sus homólogos” (Varios Autores., 2011: 172 et. seq.).

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia consideró que el delito de tráfico de influencias implica comprometer seriamente el principio de transparencia en la función pública, “que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad a la función administrativa” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP2282-2014. Rad. n.º 43747, 2014: 14-15). Según Piedrahita Jaramillo (2012: 9) “[1]a Corte Suprema de Justicia considera que con el comportamiento enunciado y sancionado en el artículo 411 del CP, tráfico de influencias, se lesiona la buena imagen de la administración pública aparte de cualquiera motivación del sujeto activo”.

5.3. *Autor*

El autor puede ser un servidor público (art. 411) —delito especial— o un particular (art. 411 A) —delito común—. Así, se el bien jurídico afectado es la administración pública frente a agresiones tanto internas como externas (Varios Autores, 2011: 173). La Constitución Política de Colombia en su art. 123 establece que los servidores públicos “están al servicio del Estado y de la comunidad” y los define como “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territo-

rialmente y por servicios”. La ley penal toma esta clasificación a través de la Ley 599 de 2000 que en su art. 20 dispone:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 388 de la Constitución Política.

Al respecto, Piedrahita Jaramillo (2012: 13) afirma que:

Habría que especificar que el servidor público ante quien otro ejerce las influencias debe tener poder de decisión en relación con el asunto, pues de otra manera no puede decirse que este se encuentre bajo su conocimiento o lo pueda estar.

Respecto al particular que ejerce el tráfico de influencias sostiene que:

El sujeto activo puede ser cualquier persona a quien se le reprocha el comportamiento con el cual busca esquilmar el patrimonio de quien atiende el artificio de presumir relaciones *non sanctas* con servidores públicos, sin que estos tengan conocimiento del asunto (Piedrahita Jaramillo, 2012: 12).

5.4. Conducta típica

Respecto del comportamiento exigido por la norma, se debe diferenciar entre los dos supuestos previstos. Por un lado, para el caso en que el autor sea un servidor público, la acción típica consiste en “utilizar” indebidamente las influencias que deriven del ejercicio del cargo o de la función. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia sostuvo que la esencia de la conducta tipificada y la idoneidad de la acción con el carácter de una influencia indebida:

[...] radica en que el sujeto imponga o haga prevalecer su condición sobre otro servidor público, esto es, que tanto por la forma como hace la solicitud, como por su rango o superioridad o jerarquía tiene la entidad de incidir en un asunto del que conoce o va a conocer quien

la recibe (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP12846-2018. Rad. n.º 46848, 2017: 30).

Se trata, entonces, de una conducta que adelanta la punibilidad respecto de lesiones más intensas o concretas al bien jurídico, dado que basta con utilizar esas influencias con el fin de obtener un beneficio por parte de un funcionario público (y no es necesario obtener realmente esos beneficios). Por otro lado, en el supuesto en que el sujeto activo sea un particular, el comportamiento normado se refiere a “ejercer” indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer⁴⁴.

En ambos casos, las influencias deben estar relacionadas con el cargo o la función del servidor público al que le son dirigidas (Piedrahita Jaramillo, 2012: 11). La Corte analizó la definición de la palabra “influencia” que contiene la descripción del tipo penal y concluyó en que la influencia será idónea cuando sea “cierta y real, o lo que es igual, ‘con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en verdadero abuso de poder’” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP12846-2018. Rad. n.º 46848, 2017: 31) y que para los casos en que la acción carezca de esa entidad, la conducta se vuelve atípica. A modo de ejemplo, el tribunal planteó el supuesto en que el sujeto activo aprovecha determinadas circunstancias “derivadas de las facultades del cargo o de la función, o de su relación jerárquica con el servidor público influenciado, o de sus relaciones personales, incluidas, entre otras, las de parentesco, afectividad, amistad o compañerismo político” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP12846-2018. Rad. n.º 46848, 2017: 31).

A su vez, se exige que las influencias sean indebidas. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso que:

[...] no toda influencia puede ser punible, sino aquella que sea indebida; se entiende por indebido aquello que está por fuera del deber; y el deber, en el servidor público está centrado [...] en el servicio a la comunidad. Ese es su norte y su esencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP4263-2017. Rad. n.º 42.749, 2017).

⁴⁴ Respecto del verbo “ejercer”, vid. Piedrahita Jaramillo (2012: 15).

De este modo,

[...] lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la administración pública (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP14623-2014. Rad. n.º 34.282, 2014).

Se debe señalar que, si bien la regulación colombiana presenta a este delito como un adelanto de la punibilidad —tal como se señaló supra—, este último no es tan intenso como en otras regulaciones de derecho comparado, como la argentina o la española (en el art. 430). En particular, la exigencia de “utilizar” o “ejercer” influencias no alcanza a las transacciones anteriores a estos actos, algo que caracterizaría a esta clase de delitos, tal como han sido conceptualizados en este artículo (supra apartado 1) y tal como son presentados en los instrumentos internacionales (supra apartado 2). Sobre esto se volverá más adelante, al final de esta contribución.

5.5. *Tipo subjetivo*

Al igual que en el resto de las legislaciones de referencia, para la configuración de este tipo penal se requiere que el sujeto activo haya obrado con dolo⁴⁵. Además, se requiere que el dolo se refiera también al elemento de la obtención de un beneficio. Respecto de si esto constituye un especial elemento subjetivo o si alcanza con cualquier forma de dolo, corresponde remitir a lo expuesto supra (3.5 y 4.5)⁴⁶. De cualquier manera, se exige que el agente actúe con el fin de obtener un beneficio, el cual puede consistir en dinero o una dádiva de cualquier otra naturaleza (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP8568-2017. Rad. n.º 47.915, 2017). Para el delito de funcionario público, alcanza con “cualquier beneficio”, mientras que para el caso del particular se exige “cualquier beneficio económico”.

⁴⁵ Véase solamente, respecto de la regulación colombiana, Velásquez Velásquez, 2013: 392 et seq.

⁴⁶ Véase, no obstante, Piedrahita Jaramillo, 2012: 18.

5.6. Penas previstas

Si el autor del ilícito fuera un servidor público, incurrirá en la pena de prisión de sesenta y cuatro a ciento cuarenta y cuatro meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses. Esto se complementa con la agravante prevista en el art. 33 de la ley 1474 de 2011, según la cual la sanción será aumentada de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por un servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

El particular que cometa el delito de tráfico de influencias será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia entendió que “se torna improcedente cualquier clase de sustitutivos a la prisión intramural, al ser evidente el peligro que representa para la comunidad quien aprovecha su posición privilegiada para obtener beneficios ilícitos” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP2282-2014. Rad. n.º 43747, 2014: 15).

5.7. Reflexiones finales sobre el sistema colombiano

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que la legislación colombiana es más restrictiva que los tipos penales propuestos en los instrumentos internacionales, al no tipificarse en Colombia el tráfico comercial que tiene por objeto la influencia, esto es, vender o comprar influencias. En contraste, en España, según vimos, la venta de la influencia (más específicamente, la solicitud de remuneración o la aceptación) se incluye en el tipo penal del art. 430 del CP, mientras que en Argentina se tipifica tanto la compra como la venta (más precisamente, el recibir dádivas o aceptar promesas a cambio de la influencia, o bien el dar u ofrecer dádivas para obtener esa influencia). Una reforma legislativa en esta dirección, además de estar en línea con los instrumentos internacionales citados, adelantaría considera-

blemente la punibilidad a un campo de actos preparatorios de otros delitos que hoy no es punible en Colombia.

No obstante, la sustitución de la regulación actual por un texto como los propuestos en los instrumentos internacionales podría implicar al mismo tiempo una pérdida de parcelas de punibilidad —salvo que se diera una superposición con otros tipos penales—, pues los actuales tipos penales colombianos, al igual que los arts. 428 y 429 del CP español, criminalizan el mero ejercer influencia sin ninguna remuneración a cambio. Es decir, no se trata de un verdadero tráfico de influencias, en el sentido de que la influencia en sí sea objeto de una transacción comercial, sino que basta con que se ejerza una influencia sobre un funcionario público para obtener un acto propio del ejercicio de sus funciones.

En la propuesta de los organismos internacionales (al igual que en el caso argentino que coincide con tal estructura típica), la punibilidad se hace depender de que la influencia haya sido objeto de una transacción comercial. Sin un ofrecimiento o una aceptación de una dádiva a cambio del ejercicio de la influencia, el influir en un funcionario público no constituye el delito de tráfico de influencias. No es así, sin embargo, en el caso colombiano, ni en el español, en donde se tipifica esta conducta de manera autónoma y su punibilidad no depende de que se realicen otros tipos penales, como el cohecho o la administración fraudulenta. Esto debe ser tenido en cuenta a la hora de pensar una reforma legislativa.

Por último, cabe reflexionar respecto de la magnitud de la pena para los tipos penales básicos. En el caso español, se prevé un máximo de dos años de prisión para el ejercicio de la influencia y un máximo de tan solo un año para la transacción comercial previa que tiene por objeto la influencia. Por su parte, en Argentina, el máximo de pena es de seis años, coincidente con el de Perú y México. En cambio, en Colombia los máximos alcanzan doce años para el funcionario público y ocho años para el particular. Los mínimos son de cinco años y cuatro meses para el funcionario público y de cuatro años para el particular. En comparación con los demás países analizados, llama la atención lo drástico de las penas previstas en el CP colombiano. En este punto, una reforma penal tendente a bajar los montos de la pena y optimizar la disuasión podría ser también tenida en cuenta.

6. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. *Recomendaciones para América Latina*

Lo primero que debe decirse es que, más allá de que en América Latina se ha decidido tipificar las conductas de tráfico de influencias, esto no es algo indispensable. Si bien estas acciones son en principio aptas para afectar la imagen de transparencia de la administración pública, no necesariamente dan lugar a perjuicios significativos para el Estado, como los patrimoniales, que vayan más allá del mero quebrantamiento de la confianza en la administración. Además, el tráfico de influencias en cierto sentido representa una forma de anticipación de la punibilidad respecto de otros delitos, menos controvertidos en términos de legitimación, como el cohecho o la administración fraudulenta en contra de la administración pública.

Como es sabido, las figuras penales que contienen esta clase de anticipaciones deben ser observadas con cierto escepticismo, debido a que reducen el ámbito de libertad de la ciudadanía de un modo nada despreciable⁴⁷. Entonces, el legislador debería ponderar adecuadamente esta merma de libertad con las ventajas que brindan estos delitos en materia de una protección, aunque sea simbólica, de un bien jurídico colectivo consistente en la preservación de la incolumidad de la administración pública. En esta tarea, debería ser importante la cuestión de si con los delitos clásicos de corrupción, en los que la cuestión del merecimiento y la necesidad de pena es más clara, no podrían ser cumplidos los requisitos de una lucha óptima contra la corrupción, sin la necesidad de incluir tipos penales que adelanten la punibilidad.

Los instrumentos internacionales parecen ir en esta dirección, al no establecer un deber fuerte de criminalización de estas conductas. Antes bien, la tipificación depende del resultado del análisis de política criminal de cada Estado. En ese sentido, y como ya se señaló, los Estados latinoamericanos, entre los que se incluye a Colombia,

⁴⁷ Sobre la problemática de estos delitos en términos de legitimación Jakobs, 1997: 293 et seq.

tienden a criminalizar las conductas de tráfico de influencias como parte del derecho penal de la corrupción, siguiendo la tradición española. No obstante, otros países que suelen ser tenidos en cuenta en Iberoamérica a la hora de tipificar conductas, como Alemania, no cuentan con un delito de esta clase. La razón parecería ser que las conductas de tráfico de influencias pueden ser captadas parcialmente por otras figuras jurídicas, como la administración fraudulenta⁴⁸, por lo que las necesidades de incorporación de un delito de esta clase no son altas.

Independientemente de esta cuestión, ya el hecho de que exista “cierta” criminalización parecería ser suficiente para cumplir con eventuales deberes internacionales de tipificación. Como resultado, incluso las tipificaciones de América Latina menos amplias (como la chilena), parecerían ser suficientes para cumplir con los acotados deberes de criminalización que existirían a nivel internacional. Por tanto, avanzar en una mayor medida (es decir, en una medida tendente a ampliar la punibilidad) sería una cuestión de política criminal interna, no necesariamente de derecho internacional. Y, en cuanto a las penas, también hay variaciones, pero por regla general se trata de delitos que no tienen escalas penales tan drásticas. No obstante, en varias regulaciones las penas son importantes y ciertas modalidades pueden superar los diez años de prisión, como en el caso de la Argentina. Esta cuestión de punición, vinculada no en última instancia con estrategias de disuasión por medio de castigo (Ferrante, 2015: 2102 et. seq.), también depende de cuestiones de política criminal interna.

Por lo demás, la incorporación de delitos anticipatorios de esta clase puede generar problemas de delimitación con otros, en especial con tentativas de delitos como el cohecho, ya que resulta por demás plausible pensar en escenarios en los que el tráfico de influencias sea parte de un plan general que involucre sobornos o que incluso dé lugar a un daño patrimonial en una relación apta para generar una administración fraudulenta. En este marco, las reglas usuales sobre concursos y ciertas nociones especialmente discutidas en el marco

⁴⁸ Fundamental sobre la aplicación de la figura de administración fraudulenta a casos de corrupción (pública), Abanto Vázquez, 2019: 37 et seq.

de delitos conexos, como la de “hecho posterior copenado”⁴⁹, son indispensables para una aplicación razonable de estas disposiciones. Además, debería tenerse en cuenta que en países como Colombia o la Argentina hay otros tipos penales que amplían la punibilidad de modo decisivo y que no son usuales en otros ordenamientos jurídicos, siendo el caso más claro el del enriquecimiento ilícito (arts. 412 del CP colombiano y 268 (2) del CP argentino).

Las relaciones entre estos delitos requieren de estudios profundos en el nivel dogmático en cada país y de un cuidado especial en la aplicación del derecho por parte de los tribunales. En otras palabras, no es posible brindar una conclusión general aplicable a toda Latinoamérica respecto de estas cuestiones “finas” de dogmática de la parte general del derecho penal. Lo máximo que se puede decir es que los estudios de sistematización e interpretación de la parte especial del derecho penal deben ser prioridad en el continente y las recientes investigaciones sobre una ciencia de la parte especial del derecho penal pueden ser un buen punto de partida (Kubiciel, 2021: 37 et. seq.; Rojas, 2015: 1 et. seq.).

Además, se debe señalar que, si bien es posible que con un delito de tráfico de influencias se intente solucionar problemas de prueba de otros delitos contra la administración pública, al anticipar la punibilidad, probablemente la ganancia no sea alta. Esto se debe a que, así como el cohecho y otros delitos contra la corrupción son hechos que se realizan clandestinamente, probablemente lo mismo suceda con ejercicios de influencia y promesas de ejercicio de influencia en funcionarios públicos. Es decir, si lo que se busca con estos delitos es facilitar la tarea de quienes realizan las investigaciones a través de delitos aptos para ser acreditados de un modo más sencillo que el usual, probablemente esto no pueda lograrse. Antes bien, la función que pueden cumplir los tipos penales de tráfico de influencia está vinculada a cerrar ciertas lagunas de punibilidad en la etapa anterior al comienzo de la tentativa de otros delitos. Lo que no resulta menor para el desarrollo de un DP de la corrupción sólido.

⁴⁹ Sobre esta cuestión en el marco de la relación entre el auto-lavado de dinero y otros ilícitos, véase Verde, 2016: 55 et seq.

Finalmente, los Estados latinoamericanos deberían evaluar, como ya se señaló (supra 4.7), si una modificación de los tipos penales de tráfico de influencias no deviene necesaria como consecuencia de la lucha internacional contra la corrupción y el crimen internacional, en un sentido muy específico: estas dos luchas jurídicas han tenido lugar en las últimas décadas, pero en ese tiempo no ha habido reformas sustanciales de la regulación del tráfico de influencias en América Latina. Quizá no sea necesario llevar a cabo esa reforma, pero puede ser un buen momento para evaluar cómo ha incidido en la práctica la criminalización actual y, dado el caso, proponer alguna clase de modificación en torno a una mayor punibilidad, o incluso a una menos severa.

6.2. Recomendaciones para Colombia

Respecto de las recomendaciones para Colombia, es posible hacer, al menos, tres consideraciones relevantes. La primera se vincula con el cumplimiento de eventuales obligaciones internacionales de tipificación, independientemente de si se trata de verdaderos deberes jurídicos, de deberes morales o de alguna categoría difusa, como la que presenta el problema del *soft law* (sobre estas categorías, vid.: Nußberger, 2018: 41 et. seq.).

Como se pudo observar en la sección 2 de este capítulo, la tendencia internacional es la de, como mucho, establecer un deber muy matizado de criminalización del tráfico de influencias. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción directamente no establece un deber en sentido estricto, mientras que el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción sí, pero con la posibilidad de que los Estados establezcan reservas. Además, estos instrumentos no brindan un “tipo penal modelo” o algo similar, sino que los detalles de la tipificación dependen de decisiones de derecho interno de los Estados respectivos. Ante esta situación, la regulación actual de Colombia, que incluye un delito de tráfico de influencias, cumpliría con estos deberes. Por tanto, la estrategia de acción debería concentrarse en cuestiones específicas tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*. Esto nos lleva directamente a las otras dos consideraciones.

La segunda consideración es que, *de lege lata*, lo decisivo es determinar qué se puede mejorar con la interpretación y aplicación del derecho colombiano vigente. El desafío que, en general, presenta el tráfico de influencias es doble. Por un lado, al tratarse de un tipo penal que amplía la punibilidad respecto de otros hechos punibles estrechamente vinculados, surge el problema de la delimitación. En particular, el intérprete tiene que llegar a un entendimiento sistemático de las alternativas típicas de este delito, de modo tal que pueda ser considerado autónomo y no superfluo. Por supuesto que cierta superposición con otros delitos es casi inevitable. Así, algunas acciones complejas de corrupción darán lugar a que una unidad de conducta realice no solo un tráfico de influencias, sino también otros delitos, en especial en grado de tentativa (como el cohecho activo). Esto no necesariamente es algo malo y la dogmática del derecho penal está bien preparada para ofrecer soluciones razonables, a partir de la teoría del concurso. En los últimos años estos problemas han sido abordados respecto de otros delitos asociados a la corrupción, como la receptación (Verde, 2021: 209 et. seq.), y sería importante que se realicen investigaciones equivalentes pero referidas al tráfico de influencias.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del derecho sería necesario realizar estudios empíricos sobre cómo son aplicados estos tipos penales en los procesos judiciales, en especial en las sentencias judiciales. Solo un estudio empírico amplio de esta clase podrá brindar información respecto de cuáles son los problemas prácticos (y no solo teóricos) de la regulación colombiana actual de este delito. Nuevamente, esta clase de estudios ha sido emprendida recientemente en América Latina en relación con otros delitos de corrupción, como el lavado de activos (Bermejo, 2015).

La tercera consideración es una *de lege ferenda*. El análisis de la regulación colombiana muestra que el legislador ha optado por alternativas típicas que no adelantan ampliamente la punibilidad. En particular, requieren una “utilización” o un “ejercicio” de influencia sobre funcionarios públicos, a diferencia de regulaciones como la argentina o la española (art. 430), que criminalizan las transacciones previas vinculadas a esa utilización o ejercicio de influencia. Surge la pregunta, entonces, respecto de si una modificación legislativa que

amplíe verdaderamente el alcance del tipo es necesaria para Colombia.

Si se entiende el concepto de “necesidad” como una exigencia internacional, la respuesta probablemente sea negativa. Como ya se mencionó en la primera consideración, el derecho colombiano actual parecería cumplir con las obligaciones de criminalización actuales. En cambio, si se lo entiende en el sentido de instrumento conveniente para optimizar la lucha contra la corrupción, la cuestión depende de la segunda consideración aquí señalada: los resultados a los que se llegue a través de investigaciones teóricas y/o prácticas han de determinar si es necesario reformar el derecho positivo colombiano. Así, si se llega a la conclusión de que la técnica legislativa es defectuosa (algo que es señalado por Varios Autores, 2011: 173) y que podría ser mejorada, por ejemplo, para captar adecuadamente conductas actualmente impunes, pero merecedoras de pena, entonces sería necesaria una reforma legislativa.

Además, las investigaciones empíricas deberían ofrecer un panorama claro respecto de la cifra negra de estos delitos, así como de los problemas prácticos de ejecución de estas reglas, como los problemas de prueba. Con los resultados de estas investigaciones sería posible, entonces, tomar una decisión concreta *de lege ferenda*, que aquí puede sintetizarse a través de tres alternativas. La primera sería mantener la ley actual, si es que puede interpretarse y aplicarse adecuadamente. La segunda sería reformar la ley para ampliar el alcance del tipo penal, teniendo como modelo, por ejemplo, los ordenamientos jurídicos de la Argentina o España (art. 430). Por último, la tercera alternativa, muchas veces desestimada sin más en las luchas contra un determinado mal social pero que no puede ser descartada, sería la de despenalizar estas conductas o, al menos, reducir el alcance del tipo penal. En este caso, se podría seguir el modelo alemán, que prescinde de esta figura, sin perjuicio de que estos casos puedan estar abarcados al menos parcialmente por otros tipos penales.

Con todo, no se debe soslayar que, como hemos visto, si bien la legislación colombiana es, por un lado, más restrictiva que los tipos penales propuestos en los instrumentos internacionales, por otro lado, también es más amplia. De ahí que, mientras la sustitución de la actual regulación colombiana por un texto como los propuestos en

los instrumentos internacionales podría implicar una pérdida de parcelas de punibilidad en el sistema colombiano, una reforma limitada a tipificar la solicitud y aceptación de remuneración por influencia (o la entrega / recepción de dádivas o el ofrecimiento / aceptación de promesas a cambio de la influencia), como ocurre en los sistemas español y argentino, además de cumplir con los instrumentos internacionales citados, permitiría adelantar notablemente la punibilidad a un campo de actos preparatorios de otros delitos que hoy no es punible en Colombia. Además, teniendo en cuenta la gravedad de las penas previstas en el CP colombiano (los máximos alcanzan doce años para el funcionario público y ocho años para el particular), una reforma penal tendente a bajar los montos de la pena y optimizar la disuasión podría tener también efectos positivos.

En todo caso, para decidir sobre una reforma legislativa en Colombia, se requiere de investigaciones más profundas sobre la interpretación y aplicación de este delito en particular. Esto, por supuesto, requiere no solo un gran compromiso por parte de los investigadores, sino también una inversión importante de recursos por parte de quienes estén a cargo de financiar estos proyectos. Pero si algo ha demostrado la lucha contra la corrupción que se viene dando en los últimos tiempos, es que vale la pena invertir esos recursos, con el fin de mejorar nuestro entendimiento de este fenómeno y, dado el caso, poder solucionar mejor los problemas sociales actuales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (13 de diciembre de 2017). Sentencia AP8568-2017. Rad. n.º 47.915. [M.P. Eugenio Fernández Carlier]

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (23 de agosto de 2017). Sentencia 12846-2018. Rad. n.º 46848. [M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa]

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (27 de octubre de 2014). Sentencia 14623-2014. Rad. n.º 34282. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero]

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (30 de abril de 2014). Sentencia AP2282-2014. Rad. n.º 43747. [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (4 de julio de 2017). Sentencia AP4263-2017. Rad. n.º 42.749. [M.P. Eyder Patiño Cabrera]

Doctrina

Andrade, J. Bernal, J. Buitrago, A. Gaviera, V. Gómez, C & González, E. (2011). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (edición ebook), 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Abanto, M. (2019). “La “administración desleal” como injusto punible en derecho comparado”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Vol. (39). Pp. 3-50.

Arancibia, J. (2009). “Concepto de empleado público administrativo en el art. 260 del Código Penal”. En Arancibia Mattar y Martínez Estay (eds.) *La Primacía de la Persona*. Santiago de Chile: Legal Publishing. Pp. 961-971.

Arocena, G. A. & Sánchez, F. (2021). *DP: Parte especial*, t. 2. Córdoba: Ediciones Lerner.

Barra, C. (2003). *Delito de cohecho* (Tesis de grado). Universidad de Chile, Chile.

Bermejo, M. (2015). *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Madrid: Marcial Pons.

Chanjan, R., Puchuri, F., Hinojosa, S., Villalobos, S., Gutiérrez, A. & Cueva, J. (2020). “El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial o administrativo”. *Revista Derecho y Sociedad*. Vol. 54 (2). Pp. 275-291.

Crispin, J. (1986). *Tráfico de Influencia en el Derecho Penal Mexicano* (tesis de grado), UNAM, México.

Cugat, M. (2014). “El tráfico de influencias. Un tipo prescindible”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16-07), 07:1-07:23

D’Alessio, A. (ed.). (2004). *Código Penal: Comentado y anotado: Parte especial* (Arts. 79 a 306). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Díaz, D. (2019). “Problemas sustanciales del delito de tráfico de influencias”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Vol. 125. Pp. 159-172.

Feijóo, B. (1997). “Delitos contra la Administración pública”. En: Rodríguez, G. (Ed.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas.

Ferrante, M. (2015). “Filosofía del Derecho Penal”. En J. Fabra Zamora y E. Spector (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 2. México:

- Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pp. 2087-2108.
- Frister, H. (2022). *DP. Parte general*, 9.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- Green, S. (2013). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H. (2012). *The Concept of Law*, 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Hernández, H. (2021). “Chile”. En H. Olásolo, E. Buitrago Díaz, C. S. Mané Granados, A. Sánchez Sarmiento (eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-236.
- Hilgendorf, E. & Valerius, B. (2021a). *Strafrecht Besonderer Teil I*. Múnich: C.H. Beck.
- Hilgendorf, E. & Valerius, B. (2021b). *Strafrecht Besonderer Teil II*, 2.^a ed. Múnich: C.H. Beck.
- Jakobs, G. (1997). “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. *Estudios de DP*. Madrid: Civitas.
- Kliegel, T. (2013). *Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung*. Baden-Baden: Nomos.
- Koch, A. (2019). “Entstehung und Entwicklung des Strafgesetzbuchs von 1871”. En E. Hilgendorf, H. Kudlich & B. Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1. Heidelberg: C.F. Müller.
- Kubiciel, M. (2021). *La ciencia de la parte especial del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Kuhlen, L. (julio de 2018). “Sobre la trivialización del derecho penal de la corrupción”. En L. Dias, J. P. Montiel, & C. Salvatori (eds.), *Enfoques Penales*, Pp. 1 et seq.
- Lombana, J. (2013). *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. Universidad de León.
- Marín, J. (2008). *DP: Parte especial*, 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- Matus, J. & Ramírez, M. (2018). *Manual de DP chileno. Parte especial*, 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Merenda, I. (2013). Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi. *Diritto Penale Contemporaneo -Rivista trimestrale*. Vol. 2. Pp. 88-99.
- Mongillo, V. (2019a). La nuova veste del traffico di influenze illecite. En *Convegno. I reati corruzione e la legge c.d. “Spazzacorrotti”*. Roma: Corte de Casación.

- Mongillo, V. (2019b). Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma. En Stefania Giavazzi, Vincenzo Mongill & Pier Luigi Petrillo (eds.), *Lobbying e traffico di influenze illecite*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Muñoz, F. (2019). *DP. Parte Especial*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Nußberger, A. (2018). Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR. En A. van Aaken & I. Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*. Oxford: OUP. Pp. 41-58.
- Ossandón, M. (2003). "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias". *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, (10). Pp. 161-180.
- Pastor, N. (2000). "Estafa y negocio ilícito". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. (2). Pp. 335-360.
- Pérez, G. (2017). "El ilícito material del delito tributario: en torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales". En C. Robiglio (ed.), *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Pp. 69-103.
- Pérez, F. (2022). *Análisis doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias*, Navarra: Aranzadi.
- Piedrahita, R. (2012). *El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.
- Regis, L. (2009). "Los Delitos de Cohecho y de Tráfico de Influencias en las Transacciones Comerciales Internacionales conforme al Código Penal Brasileño". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. 3(1). P. 164.
- Rojas, S. (2015). *Figuras penales relevantes en la responsabilidad funcionaria y su ejecución en materia tributaria* (Tesis de grado). Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile.
- Rusca, B. (2012). "La persecución penal de la corrupción. Reflexiones y propuestas de política criminal". *Revista de la Facultad*. Vol.3(2). Nueva Serie II.
- Rusca, B. (2016). ¿Por qué está mal ofrecer y aceptar sobornos? *En Letra: DP*. Vol. (2). Pp. 86-104.
- Rusca, B. (2020), *Fundamentos de la criminalización del cohecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rusca, B. (2021). "¡Feliz cumpleaños, señor funcionario!" *Revista Direito GV*. Vol (17). Pp. 1-35.

- Sancinetti, M. (2014). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* (art. 268, 2, C.P.), 3.^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Silva, J. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2.^a ed. Buenos Aires: BdeF.
- Valeije, I. (2015). “Tráfico de influencias (arts. 428 y ss.)”. En J. L. González Cussac (ed.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vázquez F. (2015). “El tráfico de influencias y su criminalización en el contexto internacional”. *Diritto Penale Contemporaneo*.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Verde, A. (2016). “Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado”. *En Letra: DP*. Vol. (2). Pp. 55-85.
- Verde, A. (2021). *Encubrimiento, receptación y lavado de activos*, 3.^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Yon, R. (2002). “Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal”. *Themis*. Num. (45). Pp. 229-242.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Ambos, K. (20 de mayo de 2022). Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/zur-volkerrechtlichen-zulassung-der-cannabis-entkriminalisierung/>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, Proyecto de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, A/AC.261/3 (Part II), Distr. general 27 de diciembre de 2001, artículo 21.
- Consejo de Europa, Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173), entrada en vigencia el 1/07/2002.
- Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), Estrasburgo, 27 de enero de 1999, publicado en BOE, n.º 182, del 28 de julio de 2010, BOE-A-2010-12135, págs. 65780-65812
- Resolución 58/4 de la Asamblea General, del 31 de octubre de 2003.

Capítulo 5

Prevaricato y abuso de funciones del cargo

DAVID RICARDO ROMERO ESPINOSA*

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo busca analizar los estándares internacionales y la regulación nacional en algunos sistemas no latinoamericanos (España, Italia y Estados Unidos (EE.UU.)), latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) y el sistema colombiano en relación con los delitos de abuso de las funciones del cargo y prevaricato. Con esa base, se pretende establecer cómo esas diferentes regulaciones permiten o no responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina, en general, y en Colombia, en particular.

En este sentido, el art. 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) dispone que:

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 abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

* Abogado, filósofo y magíster en derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Candidato a doctor en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor de cátedra en el pregrado y posgrado de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Se ha desempeñado como abogado en la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Colombia).

La Guía Legislativa para la implementación de la CNUCC afirma que esta disposición alienta la penalización de los funcionarios públicos que abusen de sus funciones a través de la comisión u omisión de un acto, en quebrantamiento de la ley, a fin de obtener un beneficio indebido. Además, de acuerdo con la nota interpretativa respectiva (A/58/422Add.1 párrafo 31), esta conducta comprende y puede abarcar delitos de diversa índole, tales como “la divulgación indebida de información reservada o privilegiada por un funcionario público”.

Con todo, su incorporación en la CNUCC no busca consagrar una conducta concreta en el abanico de posibilidades para responder a una forma particular o específica de corrupción sino, por el contrario, tipificar como delito una gama amplia de conductas corruptas perpetradas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus labores. Por ende, cabe afirmar que su finalidad es, más bien, la de servir como complemento de los demás tipos penales recogidos en el capítulo III de la Convención, y así ser utilizada como una suerte de disposición general que permita agotar las eventuales lagunas de punibilidad que deriven en impunidad ante diversos fenómenos de corrupción.

La implementación en los diferentes Estados parte enseña que, aun cuando no se haya acogido como tal, y bajo el *nomen iuris* “abuso de las funciones o del cargo”, en algunos casos se han consagrado o bien tipos penales de alcance general o bien diferentes tipos autónomos dentro de un catálogo de conductas que, vistos en su conjunto, reúnen los elementos esenciales propuestos al respecto en la CNUCC.

Este capítulo es abordado en clave del tratamiento del delito de abuso de funciones del cargo en el marco que la CNUCC establece. Para ello, y atendiendo que sus requisitos pueden descifrarse en distintos y diferentes tipos penales que, atisbados holísticamente, podrían satisfacer sus exigencias normativas, nos concentraremos en una de sus especies paradigmáticas: el prevaricato, entendido, sin pretensión de agotar su contenido, como la conducta cometida por un funcionario público que, a sabiendas, emite una determinación propia de sus funciones en manifiesta contradicción con la ley, u omite su cumplimiento.

En cuanto a su estructura, el capítulo estudia, en primer lugar, el estándar internacional recogido en la CNUCC (sección 2), a fin de analizar el tratamiento normativo del abuso de las funciones o del cargo y así trazar los fundamentos que permitan dar cuenta del tipo estándar, así como el de prevaricato en las legislaciones de los países de referencia no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) (sección 3), latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) (sección 4) y Colombia (sección 5). En segundo término, se analiza su adecuación o no a las prescripciones de la CNUCC y las diferencias entre los modelos analizados. Por último, se presentan las conclusiones y recomendaciones a que haya lugar (sección 6).

2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La CNUCC ofrece la descripción más importante en torno al abuso de las funciones del cargo como instrumento para la lucha contra la corrupción. Al respecto, interesa destacar, tal y como ha sido sostenido por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (ONUDD) y ha sido enfatizado por la doctrina (Rose, 2019; Cordini, 2023), que el citado art. 19 constituye una disposición no obligatoria para los Estados parte, es decir que, en principio, sólo conlleva una obligación de consideración, pero no un deber de criminalización.

Los *Travaux Préparatoires* (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2012b)) no revelan por qué los redactores decidieron incluir, finalmente, la disposición como no obligatoria. Probablemente, su génesis radicó en que muchas delegaciones expresaron dudas sobre la conveniencia o viabilidad de tipificar el abuso de funciones en la Convención: si bien el concepto de abuso de funciones ya existía en varios países, los redactores, de acuerdo con Rose (2019), podrían no haber estado seguros de que el concepto tuviese un entendimiento uniforme en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Con todo, se tiene que el delito en cuestión encuentra cierto grado de correspondencia con las provisiones de dos tratados anteriores. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996)

que, aun cuando no contempla específicamente el *nomen iuris* de la conducta, sus elementos se corresponden con uno de los “actos de corrupción” previstos en su art. VI (1) (c), a saber:

La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

Frente a su obligatoriedad, corrió la misma suerte que la CNUCC, porque el art. XI (1) de la CICC (“Desarrollo progresivo”), prevé que, a fin de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta convención, “los Estados parte estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas”:

- a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.
- b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

De acuerdo con Rose (2019), la CICC sirvió como probable fuente de inspiración para el art. 19 de la CNUCC, muestra de lo cual es que aun cuando su redacción en torno a la conducta es ligeramente distinta entre sí, lo cierto es que los elementos del delito son esencialmente los mismos. Por ello, no resulta baladí recordar que la nota interpretativa del art. 19 indica que el abuso de funciones “puede abarcar varios tipos de conducta”, pero al respecto sólo ofrece un ejemplo: “[la] divulgación indebida por parte de un funcionario público de información clasificada o privilegiada”, esto es, en los términos previstos por en el art. XI (1) de la CICC.

El segundo convenio que pudo servir de inspiración es el Protocolo de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo contra la Corrupción (2001) que prevé como un acto de corrupción, en su art. 3 (1) (c), “cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones

de un funcionario público con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí o para un tercero”.

Ahora, si bien puede afirmarse que el tipo de abuso de funciones del cargo adquiere un rol secundario respecto a otras conductas delictivas cuya consagración resulta obligatoria en los términos de la CNUCC, debe tenerse presente que tal tipo se erige en una herramienta útil para la represión de conductas constitutivas de corrupción “más restringidas” que, por tanto, su investigación y prueba puede resultar, en términos prácticos, más difícil o complicada, tal y como el caso del soborno, cohecho o tráfico de influencias. Ello, pues el abuso de funciones puede conllevar una amplia variedad de conductas indebidas susceptibles de ser cometidas: (a) intencionalmente; (b) por funcionarios públicos; (c) en contra de la ley; (d) a fin de conseguir un beneficio indebido para sí o para un tercero; y (e) cuya criminalización pretende tutelar “la integridad del servicio público”.

Lo anterior es confirmado por la Conferencia de los Estados Parte de la CNUCC, que en la Resolución 3/1, adoptada en su tercera reunión en Doha (2009), ha establecido un Mecanismo y un Grupo de Examen de la Aplicación de la Convención. Al respecto, las conclusiones derivadas del primer ciclo de evaluación por parte de la Conferencia de Estados parte acerca de la implementación a nivel nacional de la obligación contemplada en el art. 19 de la CNUCC señala lo siguiente:

Una gran mayoría de los Estados parte han adoptado medidas para tipificar como delito el abuso de funciones por funcionarios públicos. [...] En la mayoría de los Estados partes, la legislación (o, en casos poco frecuentes, el derecho consuetudinario) contiene un delito general en el que se incluyen los principales elementos constitutivos del artículo 19, bajo títulos similares como “abuso de autoridad y omisión de cumplir funciones oficiales”, “abuso de cargo público”, “abuso doloso de confianza”, “abuso de cargo oficial” y “conducta indebida en un cargo público”, con especial referencia a la violación de las leyes por un funcionario público en el desempeño de sus funciones, mediante la realización intencional de un acto o el incumplimiento de sus funciones.

[...] Aparte de esos delitos de carácter general, los Estados parte se refirieron a una gran variedad de delitos especiales en su legislación, que, a su juicio, guardaban relación con la aplicación del artículo 19,

como denegar o retrasar más allá de los plazos legales la concesión de un permiso especial o la tramitación o resolución de un asunto [...] Sin embargo, en algunas jurisdicciones no existe un delito general que abarque las formas básicas de conducta contempladas en la Convención.

En cuanto a sus elementos característicos, la ONUDD y la doctrina destacan cuatro aspectos sujetos a discusión en cuanto al alcance de los elementos de la conducta: (a) el objeto material del delito (realización u omisión de un acto); (b) la violación de la ley; (c) el sujeto activo, un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; y (d) la intencionalidad del hecho o *mens rea*.

En primer lugar, la legislación y adopción del delito de abuso de funciones del cargo debería cubrir tanto acciones como omisiones. Ello permite ampliar el ámbito de aplicación del tipo a los casos de incumplimiento, incluyendo, por ejemplo, la negativa de los funcionarios de conceder un permiso, tramitar o resolver un asunto, o retrasarlo en contra de los plazos legales dispuestos en los distintos ordenamientos. A este respecto, durante el Primer Ciclo de Revisión (2010-2015) los examinadores de los informes presentados por los Estados parte “se mostraron razonablemente satisfechos con estos porque los diferentes países contaban con extensos catálogos de delitos más completos que aquellos comprendidos en la categoría de “abuso de funciones” (soborno, obstrucción de la aplicación de una ley, apropiación indebida, adquisición ilícita de intereses, favoritismo, incumplimiento del deber de secreto, negligencia de actuar en un plazo razonable o negarse a hacerlo, etc.), pese a que no preveían “un delito mucho más amplio que proteja la integridad del servicio público”.

Segundo, el delito requiere que el acto u omisión viole la “ley”. Un ingrediente que, al igual que el tipo que conforma, es lo suficientemente amplio para incluir estatutos, reglamentos o leyes, sin mayor precisión en cuanto a la ontología normativa del objeto quebrantado.

Tercero, el alcance de la prohibición se refiere a los actos oficiales (no a los privados) de toda persona que, según el art. 2 (a) de la CNUCC: (a) “ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remu-

nerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo”; (b) “desempeñe una función pública [...] o preste un servicio público”; o (c) “[sea] definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado parte”.

Cuarto, en cuanto al *mens rea* o la subjetividad del delito, se precisa que se configura con dos elementos. Por un lado, requiere de una conducta intencional, aunque en algunos casos, en las legislaciones nacionales la responsabilidad penal se hace extensiva a la conducta negligente o temeraria. Por otro, el tipo del art. 19 exige que el funcionario público tenga un propósito especial, a saber: obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero.

El beneficio indebido “corresponde al de la expresión en la forma en que está aceptada en otros delitos de corrupción previstos en la Convención, e incluye los beneficios intangibles y no pecuniarios” (2017). No obstante, se aclara que la CNUCC no exige la configuración de un daño (a los derechos o intereses jurídicos de una persona natural o jurídica, de una sociedad, o del Estado) o que el daño alcance cierto nivel (“importante” o “sustancial”), o supere un mínimo límite de cuantía. En consecuencia, se ha indicado que el establecimiento de umbrales de daño constituye una desviación de los términos de la convención.

La principal conclusión que puede extraerse de este análisis radica en que el delito de abuso de funciones del cargo constituye una disposición general, de naturaleza subsidiaria y residual, que cobija una amplia gama de conductas dolosas de naturaleza corrupta perpetradas por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones en búsqueda de un interés indebido para sí o para un tercero, pero que, en la práctica, no son fácilmente subsumibles en tipos penales más restringidos como el soborno o cohecho o el tráfico de influencias.

Además, aunque su importancia en el ámbito de la política criminal contra la corrupción transnacional puede ser discutida, atendiendo la inexistencia de un deber específico de criminalización, lo cierto es que los diferentes tratados internacionales que recogen el tipo de abuso de funciones del cargo no imponen a los Estados parte la obligación de implementarlo a nivel nacional (si no solo de consi-

derar esta posibilidad), por lo que el asunto queda, en todo caso, a merced de las autoridades legislativas de cada Estado.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

3.1. *España*

El CP español tiene una formulación legal que entiende el delito de abuso de funciones del cargo como forma de la prevaricación administrativa (art. 404). Además, dependiendo de las circunstancias especiales podría tipificarse como: (a) cohecho (art. 419¹), en caso de que se solicite dinero para la consumación del hecho; o (b) malversación (arts. 432², 433 y 434), fraude (arts.

¹ “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.”

² “Malversación: 1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. De los fraudes y exacciones ilegales. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público,
o

436³), exacciones ilegales (art. 437) u otras incompatibilidades (art. 439⁴ y 440⁵), si existe enriquecimiento. En razón del objeto del capítulo, nos centraremos en la figura de la prevaricación.

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

- 3 “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.”
- 4 “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función. La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.”
- 5 “Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código.”

3.1.1. Normativa

El CP bajo estudio distingue dos supuestos de prevaricación. Así, en el art. 404 (recogido en el título relativo a los delitos contra la administración pública) castiga la prevaricación administrativa, mientras que en el art. 446 (previsto en el título sobre los delitos contra la administración de justicia) sanciona los comportamientos ilícitos del juez o magistrado en relación con determinadas funciones propias (art. 446). De este modo, mientras el art. 404 se refiere a los casos en los que las autoridades o funcionarios públicos dictan resoluciones arbitrarias en asuntos administrativos conociendo su injusticia, el art. 446 reprime, en principio, los comportamientos de los funcionarios jurisdiccionales —jueces o magistrados— que, a sabiendas, dicten sentencias o resoluciones injustas.

3.1.2. Bien jurídico protegido

En la figura de la prevaricación administrativa el bien jurídico protegido es la administración pública, es decir, la integridad del servicio público y la confianza de los funcionarios públicos, mientras que en los casos de la prevaricación judicial el bien jurídicamente tutelado es la administración de justicia.

3.1.3. Autoría

Frente a la prevaricación administrativa el sujeto de la conducta es la autoridad o funcionario público en tanto que, en la segunda modalidad, el sujeto activo es el juez o magistrado, esto es, aquella persona que ejerce la actividad jurisdiccional. Con todo, también puede ser sujeto activo el secretario judicial u otros funcionarios de la administración de justicia en el supuesto previsto en el art. 449 del CP, que comprende, además, el “retardo malicioso en la Administración de Justicia [...] provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima” (Muñoz Conde, 2019).

3.1.4. Acción típica

La acción típica en el caso de la prevaricación administrativa consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Frente al punto, la doctrina especializada advierte que:

[...] por resolución hay que entender el acto declarativo de voluntad decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o al interés colectivo y que resuelve sobre el fondo de un asunto; [por tanto] no constituye resolución, por ejemplo, la mera certificación administrativa o el levantamiento de actas no decisorias.

Por su parte, en la segunda modalidad de prevaricato, el CP español consagra que la conducta objeto del juicio de reproche consiste en dictar sentencia o resolución definitiva injusta, específicamente, la injusticia a la cual se hace referencia:

[...] debe entenderse como ilegalidad de la misma [...] su determinación supone, como en la prevaricación administrativa, una valoración que debe realizarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas (Muñoz Conde, 2019).

Así mismo, la injusticia, pese a la dificultad de su concreción semántica, ha de comprenderse como aquella que resulta evidente para terceros, cuya interpretación de la ley sea difícilmente justificable en un plano teórico (Muñoz Conde, 2019).

3.1.5. Tipo subjetivo

La legislación analizada en este apartado concibe la prevaricación administrativa como un delito doloso porque la expresa referencia a la resolución adoptada “a sabiendas de su injusticia” excluye aquellas que puedan ser injustas objetivamente, pero que sean expedidas por imprudencia, negligencia, ignorancia o error. Algo similar ocurre, en principio, con la prevaricación judicial, en la cual el art. 446 del CP exige un actuar doloso.

Adicionalmente, el art. 447, castiga al “juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”. Luego, en este supuesto lo

determinante radica en: (a) la omisión al deber de cuidado; y (b) la ignorancia o negligencia, la cual no podrá excusarse cuando “falte aquella diligencia mínima que es exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales, teniendo en cuenta también los conocimientos especiales que cabe atribuir al juez en función del asunto que trate” (Muñoz Conde, 2019).

3.1.6. Penas previstas

La prevaricación administrativa estipula como pena la “inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años” (art. 404).

En cuanto a la prevaricación judicial, frente a la modalidad dolosa se castiga:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.” (art. 446).

Por su parte, la prevaricación judicial culposa tiene como pena la “inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años” (art. 447).

3.2. Italia

Los elementos constitutivos del delito de abuso de funciones o del cargo se encuentran consagrados en el art. 323 del CP italiano, de acuerdo con el cual el abuso de la función se entiende configu-

rado: (a) con la conducta de un funcionario público o la persona encargada de prestar un servicio público; que (b) infrinja una ley o reglamento u omita abstenerse en presencia de un interés propio o de un familiar; (c) al procurar intencionalmente para sí o para otros una ventaja patrimonial indebida o cause a otros un daño indebido. Se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años, aunque la pena aumenta “si la ventaja o perjuicio son especialmente importantes”.

Con todo, pese a que el tipo hace referencia a la “ley o reglamento”, la Corte de Casación italiana ha indicado que el tipo excluye aquella que únicamente viole provisiones administrativas tales como normas disciplinarias. Además, al exigirse expresamente la intencionalidad, el abuso del cargo no puede, según el art. 42 del CP, ser cometido a título de culpa.

Con respecto a las omisiones, si bien el art. 323 del CP ha sido reconocido por la Corte de Casación como un tipo general, lo cierto es que el art. 328 del CP incluye el delito de “Denegación de actos oficiales-omisión” en los siguientes términos:

El funcionario público o el encargado de un servicio público, que rechace indebidamente un acto de su cargo que, por razones de justicia o de seguridad pública, o de orden público o de higiene y salud, deba realizarse sin demora, será reprimido con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Salvo los casos previstos en el primer párrafo, el funcionario público o el encargado de un servicio público, que dentro de los treinta días siguientes a la solicitud de quien tenga interés en el mismo no realice el acto de su cargo y no responda para explicar los motivos del retraso, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa de hasta 1.032 euros. Esta solicitud deberá realizarse por escrito y el plazo de treinta días comenzará a contar desde la recepción de la solicitud.

Como resultado, siguiendo a Gūidi (2006), se puede afirmar que, bajo la denominación de abuso del cargo, la legislación italiana prevé, en definitiva: (a) un tipo general de abuso del cargo del juez y del resto de los funcionarios públicos o encargados de un servicio público (art. 323); y (b) un tipo específico de comisión por omisión (retraso) de actos del cargo (art. 328 (1) y (2)).

Además, según la doctrina italiana mayoritaria, dentro del tipo del abuso del cargo, previsto en el art. 323, se comprenden dos modalidades: (a) la prevaricación, cuando el funcionario público, en el

desarrollo de la acción típica, causa un daño injusto; y (b) el abuso del cargo, si como resultado de la acción se produce una ventaja patrimonial injusta para sí o para otro (Güidi, 2006).

3.3. *El sistema federal de los Estados Unidos*

En la sección 201 del título 18 del Código de los EE.UU. (USC), se castiga a cualquiera que: (a) entregue, ofrezca o prometa, directa o indirectamente, de manera corrupta, cualquier cosa de valor a cualquier funcionario público o persona que haya sido seleccionada para ser funcionario público; o (b) le ofrezca o prometa entregarle cualquier cosa de valor para otra persona o entidad. Todo ello, siempre que se realice con la intención de: (a) influir en cualquier acto oficial; (b) influir en dicho funcionario público o persona que ha sido seleccionada para ser funcionario público para cometer o ayudar a cometer, o confabularse, o permitir, cualquier fraude, o crear oportunidades para la comisión de cualquier fraude, en los Estados Unidos; o (c) inducir a dicho funcionario público o persona a realizar u omitir cualquier acto en violación de sus obligaciones jurídicas.

Por su parte, la sección 41 del título 18 del USC consagra una figura todavía más amplia que cobija como conductas prohibidas, frente a cualquier persona: (a) proporcionar, intentar proporcionar u ofrecer cualquier soborno; (b) solicitar, aceptar o intentar aceptar cualquier comisión ilícita; o (c) incluir, directa o indirectamente, el monto de cualquier comisión ilegal prohibida para los casos (a) o (b) en el precio del contrato cobrado por un subcontratista a un contratista principal o a un subcontratista de nivel superior, o en el precio del contrato cobrado por un contratista principal a la administración federal.

Según la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la Implementación de la CNUCC, en respuesta a las preguntas formuladas por el equipo revisor durante la visita efectuada al país norteamericano, las disposiciones antes citadas, junto con la sección 1346 del USC (*Honest Services Fraud*), satisfacen los elementos que podrían ser considerados como abuso de poder o de funciones de los funcionarios públicos.

En particular, la Comisión subrayó que el hecho de que la sección 1346 prevea que para todo funcionario público que acepte un soborno “se considera que ha privado al gobierno y al pueblo del Estado del derecho intangible a los servicios honestos de sus elegidos y designados funcionarios”, lo cual, en su comprensión, hace que el sistema federal de los EE.UU. cumplan con todos los aspectos relevantes del art. 19 de la CNUCC (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013f).

3.4. Análisis comparado

Grosso modo, los países que conforman el estudio de referencia no latinoamericano satisfacen el estándar previsto en el art. 19 de la CNUCC en torno a la disposición no obligatoria de considerar en su legislación el delito de abuso de funciones del cargo. Ello, a través de previsiones de carácter general (EE.UU.) o mediante tipos penales concretos (España e Italia) que, vistos en conjunto o de manera particular, permiten sostener que, salvaguardando sus matices, recogen los elementos esenciales de la conducta estándar, al punto de servir como puerta de entrada para la prevención y castigo de la desviación de los funcionarios públicos que actúan intencionalmente en contra de la ley.

La descripción realizada enseña que EE.UU. carece de la consagración de un delito completamente equivalente al abuso de las funciones del cargo. Las diferentes provisiones reseñadas, que sirvieron de fundamento para el examen de la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la CNUCC, revelan que ese ordenamiento jurídico reprime a quienes incurran en conductas que, en la tradición jurídica de corte continental europeo, son más cercanas al soborno, el cohecho, o el tráfico de influencias. Ello podría ser indicativo, como se observa del estudio de Italia y España, que la conducta del abuso de funciones podría ser una figura característica de algunos sistemas continentales sin que, no obstante, su regulación concreta y autónoma, como lo muestra el caso de España, sea necesaria o esencial en la lucha contra la corrupción.

Bajo esa línea, podría sostenerse que el sistema federal norteamericano contiene una regulación de conductas más amplia y general

que, bajo el espíritu propuesto por la CNUCC, permitiría la represión de comportamientos considerados corruptos pero cuya investigación y juzgamiento, en comparación con tipos penales concretos o más restrictivos, dificultaría su efectiva represión. Con todo, en razón de la génesis de la naturaleza del sistema norteamericano, su trasplante a los sistemas de derecho continental no sería una tarea sencilla, pero ante lo cual valdría la pena preguntarse hasta qué punto un conjunto de disposiciones amplías, en el marco del contexto del derecho de angloamericano, visto al trasluz del estándar internacional objeto de nuestro interés, podría implicar un conjunto de riesgos tales como (a) no prevenir o castigar explícitamente las actuaciones u omisiones en contra de la ley de los funcionarios públicos, motivados por (b) obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero; y (c) bajo ánimo corrupto en el contexto nacional o transnacional.

Una situación distinta, en principio, puede considerarse al analizar los ordenamientos de Italia y España. El primero, sí contiene una previsión que podría considerarse analógica a lo dispuesto en el art. 19 de la CNUCC, en los términos expuestos en la primera sección de este escrito. Si bien el CP italiano agrega como elemento alternativo del tipo de abuso del cargo el daño indebido, dado que este no constituye un ingrediente imperativo del tipo, no se restringe entonces el alcance del delito en los términos del estándar internacional, sino que permite ampliarlo, por ejemplo, a los casos en que el funcionario público causa un daño, pero no adquiere una ventaja indebida con su actuación. Así mismo, el hecho de que allí se prevea una agravante para el “abuso del cargo” cuando se produzca “una ventaja o menoscabo especialmente importante”, podría parecer una desviación de la CNUCC, pero lo cierto es que, al ser una circunstancia agravante, se supera el mínimo de exigencia.

Frente al segundo, en el modelo español, no se advierte una previsión en sí misma equivalente al abuso de las funciones del cargo, sino que, por el contrario, sus elementos esenciales están comprendidos, de manera paradigmática, en los tipos del prevaricato. De cara al parámetro estipulado en la CNUCC, resulta importante tener en cuenta que el delito de prevaricación administrativa o judicial, al no contemplar en su regulación el elemento de “beneficio o interés indebido”, parece ser más amplio y por tanto extender el ámbito de

aplicación del tipo penal, cuya represión, no obstante, puede darse a través de otros tipos más restrictivos, por vía del principio de especialidad, tal como el cohecho.

Ahora bien, aun cuando España e Italia comparten la criminalización del prevaricato, algunas diferencias son notables: (a) en cuanto al elemento subjetivo, mientras que España castiga, por vía de la prevaricación judicial, el comportamiento culposo, Italia únicamente reprime la actuación dolosa; (b) frente a la escala y naturaleza de las penas, también difieren entre sí. En tanto que Italia castiga con prisión de uno a cuatro años a quien incurra en abuso de la función (art. 323 CP) y frente a la modalidad omisiva (art. 328) impone pena privativa de la libertad de seis meses a dos años, por su parte, en España sólo se castiga con pena de prisión, en la prevaricación judicial y su modalidad dolosa, entre uno y cuatro años, si la sentencia injusta se hubiese proferido contra reo en causa criminal, y en los demás casos con multa e inhabilitación para el empleo o cargo público.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS

4.1. *El prevaricato*

4.1.1. Normativa aplicable

En Argentina, la figura del prevaricato se encuentra prevista en el art. 269 del CP (recogido en el título relativo a los delitos contra la administración pública), que sanciona al “juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas” y, en su caso, “a los árbitros y arbitradores amigables componedores”

Por su parte, el art. 319 del CP de Brasil (consagrado en el título sobre los delitos contra la administración pública) tipifica la *prevaricação* de manera amplia y no limitada como en Argentina a los jueces, árbitros o amigables componedores, entendiendo por tal retrasar o dejar de realizar indebidamente un acto oficial, o realizarlo en contra de lo dispuesto expresamente en la ley, para satisfacer intereses o deseos personales.

Por su parte, el CP chileno contiene, al igual que el sistema español, dos modalidades de prevaricación: judicial y administrativa (ambos previstos en el título sobre los delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos). La primera está consagrada en el art. 223, la cual sanciona a los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y a los fiscales judiciales cuando: (a) “a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil”; y (b) “ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos”. La segunda modalidad se halla en el art. 228 del CP, dirigida al que “[...] desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo[...]”.

En México, el art. 225 (VI) del CP Federal (consagrado en el título sobre delitos cometidos contra la administración de justicia) tipifica, si bien no bajo el *nomen iuris* de prevaricato, el “[d]ictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.” Así mismo, el art. 225 (VIII) sanciona los actos de “[r]etardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia”.

Finalmente, Perú regula el delito de prevaricato en el art. 418 del CP (recogido en el título sobre delitos contra la administración pública), el cual fue modificado por el artículo único de la Ley 28.492 (2005), que sanciona al “juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas”.

4.1.2. Bien jurídico protegido

En las legislaciones analizadas se observa que la ubicación sistemática del prevaricato se halla dentro de los delitos contra la administración pública (Argentina, Perú, Brasil) mientras que, sin una de-

nominación expresa, México incluye una conducta equivalente entre los delitos contra la administración de justicia. Finalmente, Chile, lo incorpora entre las conductas cometidas por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

4.1.3. Autor

En los países estudiados, el prevaricato es un delito especial propio del que solo puede ser sujeto activo un funcionario o empleado en el servicio público. Además, en los casos específicos de Argentina y Perú el delito protege materialmente la administración de justicia, estableciendo que la conducta sólo puede ser cometida por jueces (también magistrados) o fiscales. Así mismo, en Argentina también pueden cometer la descripción típica el árbitro y el amigable componedor cuando ejercen funciones jurisdiccionales. Por su parte, Chile excluye, por vía de jurisprudencia a los miembros de la Corte Suprema, sobre la base de la llamada “ficción de infalibilidad” (Matus, 2019). Finalmente, tanto en Chile como en Brasil, la doctrina advierte que es posible la participación de un tercero no calificado “siempre que conozca la condición funcional del agente público” (Sanches, 2019)

4.1.4. Conducta típica

En Argentina, la conducta típica prevista para el prevaricato consiste en (a) dictar resoluciones contrarias a la ley expresamente invocada por las partes o por el mismo juez; o (b) citar hechos o resoluciones falsas para fundamentarlas. De forma similar, en el CP peruano la conducta se configura al dictar resoluciones, emitir dictámenes, citar pruebas inexistentes o hechos falsos, o apoyarse en leyes derogadas. Por su parte, países como Brasil, México y Chile, consagran expresamente la modalidad omisiva del prevaricato, a través de los verbos “retardar o dejar de realizar”, “omitir” o “incurrir en omisiones”. Finalmente, es particularmente destacable que México y Brasil requieren, en sus respectivas descripciones típicas, que los actos u omisiones contrarios a la ley “produzcan un daño o concedan

una ventaja indebida”, o se hayan ejecutado para satisfacer intereses o “deseos personales”.

4.1.5. Tipo subjetivo

Las legislaciones de los países latinoamericanos analizados, en su mayoría, tipifican el prevaricato como un delito doloso. Chile prevé la modalidad culposa tanto para los prevaricatos administrativo y judicial (modalidad también prevista en España pero solo para la prevaricación judicial).

4.1.6. Penas previstas

En los países de referencia latinoamericanos las penas para el delito de prevaricato son disímiles tanto en su clase como en su intensidad. En Argentina, el art. 269 del CP prevé multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua. Además, el hecho de que la sentencia objeto del prevaricato judicial sea condenatoria en causa penal constituye una circunstancia agravante, que incrementa la pena entre tres y quince años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua. Esta, sin embargo, no es en ningún caso aplicable a los árbitros y amigables componedores al carecer de actividad jurisdiccional penal (D’Alessio, 2004).

En Chile, quien comete prevaricato administrativo, incurre en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de 11 a 15 unidades tributarias mensuales (art. 228). Con todo las penas se reducen ante las siguientes circunstancias: (a) si la conducta se produce por malicia o negligencia inexcusables y faltando a las obligaciones de su oficio, no proceden a la persecución o aprehensión de los delincuentes después de requerimiento o denuncia formal hecha por escrito, la pena de multa se rebaja a entre 6 y 10 unidades tributarias mensuales (manteniéndose la de suspensión de empleo en su grado medio) (art. 229 del CP); y (b) en los casos de negligencia o ignorancia inexcusables, las penas se reducen a suspensión de empleo en su grado mínimo y multa de 6 a 10 unidades tributarias mensuales (art. 228 del CP)

Por su parte, en relación con el prevaricato judicial, el art. 224 del CP establece que las penas previstas serán las de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios cuando: (a) por negligencia o ignorancia inexcusables se dictan sentencias manifiestamente injustas en causa penal; (b) a sabiendas se contravienen las leyes que regulan el desarrollo de los juicios, generando nulidad en todo o en parte sustancial; (c) se niega o retrasa maliciosamente la administración de justicia y el auxilio o protección que se solicita legalmente; (d) se omite maliciosamente decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no se aplica la decretada, pudiendo hacerlo; (e) se retiene maliciosamente en calidad de preso a un individuo que debe ser puesto en libertad con arreglo a la ley; (f) se revelan los secretos del juicio o se da auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en perjuicio de la otra; (g) se falla en causa penal o civil con manifiesta implicancia, la cual se conoce y no se da previamente a conocer a las partes.

Ahora bien, el art. 225 del CP prevé que se impongan las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de 11 a 21 unidades tributarias mensuales, o solo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: (a) se dicta sentencia manifiestamente injusta en causa civil; (b) se contravienen las leyes que regulan el desarrollo de los juicios generando nulidad en todo o en parte sustancial; (c) se niega o retrasa la administración de justicia y el auxilio o protección a quienes lo pidan legalmente; (d) se omite maliciosamente decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no se aplica la decretada, pudiendo hacerlo; y (e) se retiene preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

Además, según el art. 226 del CP:

En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. [...] En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión,

y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir.

Por su parte, el CP federal de México, en el art. 225 distingue entre: (a) la pena de prisión de 4 a 10 años y de 100 a 150 días de multa en el caso del prevaricato por emitir, u omitir, ciertas decisiones o sentencias (art. 225 (VI)); y (b) de 3 a 8 años y de 30 a 100 día de multa si lo que se hace es retrasar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia (art. 225 (VIII)).

Finalmente, la conducta es sancionada en Perú con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor a cinco años, mientras que en Brasil se castiga con prisión de tres meses a un año y multa, incrementándose en un tercio “si el funcionario público desempeña un cargo en una comisión o en una función de dirección o asesoramiento en un órgano de administración directa, sociedad de capital mixto, sociedad pública o fundación constituida por autoridades públicas”.

4.2. Modalidades específicas y relevantes del abuso de las funciones del cargo en los ordenamientos latinoamericanos de referencia: los ejemplos de Argentina, Chile, México y Perú

4.2.1. Normativa

En Argentina, los arts. 248 a 256 del CP recogen la figura del abuso de autoridad (en el título relativo a los delitos contra la administración pública), entendido como el uso indebido o ilegítimo del poder o la posición de autoridad por parte de funcionarios públicos, agentes del Estado o cualquier otra persona que actúe en representación del gobierno, para generar la falsedad de documento público, la violación de derechos fundamentales, la imposición arbitraria de castigos, la extorsión, el maltrato o cualquier otro comportamiento que exceda los límites de la ley y vulnere los derechos de los ciudadanos. Entre estas disposiciones, destaca en particular el art. 248 del CP relativo al abuso de funciones que sanciona al “funcionario público que dictare resoluciones u ordenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones

de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Por su parte, el CP federal mexicano contiene la figura del “Ejercicio abusivo de funciones” en el art. 220 (recogido en el capítulo VIII del título X relativo a delitos por hechos de corrupción), que señala lo siguiente:

I. El servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;

II. El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.

Finalmente, en Perú, tras la reforma de la Ley 29.703 (2011), el art. 376 del CP tipifica el delito de “abuso de autoridad”, que castiga “[a]l funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”.

4.2.2. Bien jurídico protegido

Los delitos de “abuso de funciones”, “ejercicio abusivo de funciones” y el “abuso de autoridad” constituyen infracciones de interés para el derecho penal que protegen la administración pública.

4.2.3. Autor

Se trata de delitos especiales propios del que solo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos. Además, en el caso específico

de Argentina, debe ser uno con competencia para dictar o ejecutar las resoluciones u órdenes a las que se refiere el art. 248 del CP argentino. La coautoría es una figura aplicable si, y solo si, aquellos que intervienen les fue encomendado, en el marco de sus funciones, el dictado o la ejecución de dichas resoluciones u órdenes. Por su parte, si el funcionario que interviene es incompetente, únicamente podrá ser responsabilizado en calidad de partícipe (D'Alessio, 2004).

4.2.4. Conducta típica

En Argentina, la conducta típica del abuso de funciones admite tres modalidades. Las dos primeras de carácter comisivo, caracterizadas por el dictado o por la ejecución de resoluciones u órdenes ilegales. La tercera de naturaleza omisiva, consistente en dejar de ejecutar la ley en el ámbito de la competencia funcional. La doctrina refiere, con todo, el carácter residual y subsidiario de esta figura, al ser desplazada por todos los delitos que sustancialmente consistan en un abuso de la función, pero con mayor agotamiento de tipicidad. En todo caso, es importante subrayar que no se requiere de la existencia de ningún perjuicio o daño de alguna índole (D'Alessio, 2004).

De manera similar, en Perú la conducta versa en torno a la comisión o emisión de una orden arbitraria, en abuso de las funciones del cargo. De acuerdo con la doctrina especializada, “el injusto de esta conducta se consuma con la orden abusiva, sin requerir que sea cumplida”, siempre que se agoten los demás elementos del tipo. Sin embargo, el tipo sí exige que la conducta “cause perjuicio a alguien, es decir, que “la acción haya generado menoscabo o un daño material o personal” (Rosas, 2022).

En cuanto al requisito del daño, en sentido material, el perjuicio está representado por la lesión o menoscabo en los derechos que sufre la víctima con la acción del agente. Por su parte, desde un punto de vista formal, además de los particulares que hayan resultado perjudicados por el acto arbitrario, también puede ser sujeto pasivo el Estado, que al ser el titular de la regularidad y legalidad de los actos funcionales del servidor público, es a quien esencialmente se causa el perjuicio (Rosas, 2022).

En cuanto a México, como hemos visto, la fracción primera del art. 220 del CP federal presenta las siguientes conductas típicas: (a) otorgar indebidamente por uno mismo o por persona interpuesta “contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones; (b) efectuar compras o ventas; (c) realizar cualquier acto jurídico. Todo ello, siempre y cuando, la conducta realizada “produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte”.

Por su parte, la fracción segunda de esta misma disposición recoge las siguientes conductas típicas: (a) hacer por uno mismo o por interpósita persona, valiéndose de información que no es del conocimiento público y que posee por razón de su empleo, cargo o comisión (sea o no materia de sus funciones) “inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto”. Todo ello, siempre que el acto realizado “le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción”.

4.2.5. Tipo subjetivo

Las legislaciones de los países latinoamericanos de referencia tipifican las figuras bajo estudio como delitos dolosos.

4.2.6. Penas previstas

En Perú, el art. 376 del CP castiga el abuso de autoridad con pena privativa de la libertad no mayor de tres años y, si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, “la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Por su parte, en México, el ejercicio abusivo de funciones conlleva, según el art. 220 del CP federal, las siguientes sanciones, dependiendo de los supuestos respectivos:

Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, 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 en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce años de prisión, multa de trescientas veces a quinientas veces.

Por último, en Argentina el abuso de funciones se castiga con pena de prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por el doble de tiempo.

4.3. Análisis comparado

A grandes rasgos, la legislación latinoamericana analizada parte de la calidad del sujeto activo: el funcionario público. Sus definiciones parecen corresponderse con lo previsto en el art. 2 (a) de la CNUCC que incluye a toda persona que: (a) “ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo”; (b) “desempeñe una función pública [...] o preste un servicio público”; o (c) “[sea] definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado parte”.

Un rasgo común de los sistemas estudiados radica en que, en su mayoría, los elementos esenciales de la conducta de “abusos de las funciones”, tal y como se consagra en el art. 19 de la CNUCC, se encuentran presentes en diferentes delitos y, solo en algunos sistemas, cuentan con la prescripción general y residual que sugiere la convención.

En torno al prevaricato, se destaca que al ser un delito especial propio, únicamente puede concebirse como sujeto activo a un funcionario o empleado público; sin embargo, en los casos de Argentina y Perú se precisa que la conducta sólo puede ser perpetrada por

funcionarios judiciales, mientras que en países como México, Brasil y Chile siguen la tendencia del empleado o funcionario. Así mismo, en cuanto a la conducta típica se observa que Chile, México y Brasil tipifican expresamente, en tanto conducta prevaricadora, su modalidad omisiva; y estos dos últimos países exigen la producción de un daño o la concesión de una ventaja indebida con los actos u omisiones contrarios a la ley o, en el caso de Brasil, que la actuación prevaricadora hubiese tenido como fin la satisfacción de intereses propios.

Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, únicamente Chile prevé la modalidad culposa, tanto para la modalidad administrativa y judicial. En relación con las penas, como ya se anotó, su intensidad y clases varían. Así, por ejemplo, en Argentina, siguiendo el modelo español, el prevaricato se sanciona con multa e inhabilitación, y sólo cuando la sentencia sea condenatoria en causa penal, la pena es de prisión entre tres y quince años. En México, la pena de prisión por prevaricato se distingue según sea comisiva u omisiva, la primera entre cuatro a diez años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días; la segunda, entre tres a ocho años y treinta a cien días de multa; en Perú y Brasil también se prevén penas privativas de la libertad, respectivamente, de tres años y no mayor a cinco; y de tres meses a un año y multa, con la eventual agravante relativa al lugar de desempeño del cargo.

Con todo, cabe resaltar que únicamente Chile parece no reproducir con precisión el tipo penal descrito en el art. 19 de la CNUCC, tal y como se advirtió en el Informe de Evaluación correspondiente (Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2013a) puesto que si bien, a través de las figuras del prevaricato administrativo y judicial, pudiese entenderse parcialmente su adecuación, tales figuras resultan ser restrictivas en cuanto a los comportamientos criminalizados y, por tanto, para servir como tipo residual que impida lagunas de punibilidad relacionadas con actos de corrupción.

En cuanto a los ordenamientos analizados que prevén una figura típica cerca o analógica al nomen iuris “abuso de las funciones o del cargo”, se observa que tanto Argentina y Perú los incluyen en los delitos contra la administración pública, mientras que México lo consagra explícitamente en el título relativo a los delitos por hechos de

corrupción. El sujeto activo en cada uno de los sistemas, por cuanto se tratan de delitos especiales, únicamente pueden ser perpetrados por funcionarios o servidores públicos.

Argentina parece ser el único que, además de la modalidad comisiva, incluye la omisión de las funciones. En cuanto a las penas, en los tres países que prevén específicamente un delito similar al “abuso de funciones”, la conducta se reprime con penas privativas de la libertad similares: en Argentina, con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por el doble del tiempo; Perú con pena no mayor a tres años, sumado a la eventual agravante si el hecho se deriva de procedimiento de cobranza coactiva; y, en México, dependiendo de la cuantía, tres meses a dos años de prisión, multa y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años o dos a doce años de prisión y multa (si la operaciones a las que hace referencia superan quinientas veces el salario mínimo diario).

Al respecto, en el caso de Perú y Argentina se advierte que el tipo “general” de “abuso de funciones” no consagra “el fin de beneficio para sí mismo para otra persona o entidad”. Sin embargo, ello no conlleva un obstáculo para la aplicación de la disposición convencional, dado que, si bien así se pierde especificidad en la represión de la conducta, lo cierto es que se satisface la pretensión de amplitud que anima el tipo previsto en el art. 19 de la CNUCC. Lo contrario, no obstante, ocurre respecto del elemento consagrado en el ordenamiento peruano, al requerir que se “cause perjuicio a alguien”, pues el mismo no está contenido en el estándar internacional, por lo que su inclusión restringe el alcance previsto en el mismo.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Normativa*

La Ley 599 (2000), que recoge el CP colombiano, regula el delito de prevaricato en los arts. 413 y 414 (previstos en el capítulo VII del título XV sobre los delitos contra la administración pública). De esta manera, el art. 413 prevé el prevaricato por acción, que sanciona “al servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto

manifiestamente contrario a la ley”: mientras que el art. 414 regula el prevaricato por omisión, el cual castiga “al servidor público que omite, retarde, rehusé o deniegue un acto propio de sus funciones”. Además, dentro del mismo título (capítulo IX), el art. 428 establece el delito de “abuso de función pública”, el cual reprocha al “servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan”.

5.2. Bien jurídico protegido

De la posición sistemática de los delitos mencionados se deriva que el bien jurídico protegido es la administración pública.

5.3. Autor

El autor es un servidor público. A este respecto, el art. 23 de la Constitución Política establece que los servidores públicos “están al servicio del Estado y de la comunidad” y se advierte que son “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Así mismo, el art. 20 del CP prevé que:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 388 de la Constitución Política.

Al respecto, como Cancino (2019) sugiere, existe la errónea creencia común que los tipos penales de prevaricato son propios de los jueces, cuando en verdad cobijan igualmente en tanto sujetos activos, además, a cualquier servidor público, incluyendo a “fiscales, los peritos o asesores técnicos, los procuradores, los asesores jurídicos”.

5.4. *Conducta típica*

En relación con los comportamientos reprochados en las normas, distinguimos los supuestos de cada una. De un lado, el prevaricato por acción castiga al servidor público que “profiera” resolución, dictamen o concepto y que dicho pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, es decir que, en palabras de la Sala de Casación Penal:

[...] no basta que la providencia sea ilegal —por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia—, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados —contentivos del derecho positivo llamado a imperar— “no admite justificación razonable alguna” (Corte Suprema de Justicia, 2021).

De otro, en torno al prevaricato por omisión, se tiene que se reprime al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue, teniendo en cuenta que “omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita (CSJ AP, 27 oct 2008, rad. 26243)” y “que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre algún deber jurídico —de origen constitucional o legal— que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (CSJ AP, 21 feb 2007, rad. 24053)” (Corte Suprema de Justicia, 2023). Con todo, la Corte Suprema ha igualmente señalado que, por cuanto el prevaricato por omisión es un tipo penal en blanco, es necesario integrarlo con la norma que impone el deber funcional a fin de concretar el sentido de la conducta objeto de reproche.

Por último, la conducta en el delito de abuso de función pública radica en la realización de funciones públicas diversas a las que legalmente le corresponde al servidor público, esto es, que el sujeto activo desborde una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario. La jurisprudencia nacional ha establecido que, aun cuando es posible que el prevaricato concurse con el delito de abuso de función pública, la diferencia medular entre estos está cifrada en que, en el primero, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función y, al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. Por su parte, el delito de abuso de función pública hace referencia a

la ilegalidad del acto del servidor público que desborda el marco de sus atribuciones asignadas a otro. (Corte Suprema de Justicia, 2021).

5.5. Tipo subjetivo

El prevaricato, tanto en su modalidad comisiva como omisiva, requiere de ánimo doloso. Al respecto, se ha precisado que:

[...] quedan excluidas del objeto de reproche penal, todas aquellas decisiones respecto de las cuales surja discusión o diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley, pues en el delito de prevaricato el juicio que se emite en relación con una decisión no es de acierto sino de legalidad (Corte Suprema de Justicia, 2023).

En la modalidad omisiva, específicamente, resulta indispensable que el infractor, esto es, quien tenga el deber legal de ejecutar el acto reprochable, sea consciente de la obligación que tiene, y en forma voluntaria omite, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

Igual acontece con el abuso de función pública, puesto que:

[...] la ilegalidad en esta clase de punible no se predica de la decisión como ocurre con el prevaricato sino del funcionario que la emite, en cuanto actúa por fuera del ámbito de su competencia, esto es, se abroga [conscientemente] la función que está delegada a otro servidor público. (Corte Suprema de Justicia, 2020)

5.6. Penas previstas

Según el art. 413 del CP, las penas para el prevaricato por acción son prisión de 48 a 144 meses, multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

En similar sentido, frente al prevaricato por omisión, el art. 414 del CP establece pena de prisión de 32 a 90 meses, multa de 13,33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.

Estos dos delitos son objeto de la siguiente agravante, prevista en el art. 415 *ibídem*:

[...] hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro. [Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario].

Finalmente, el delito de abuso de función pública consagra como consecuencia las penas de prisión de 16 a 36 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses; y, de acuerdo con el art. 426 *ibídem*, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años cuando la conducta se realice con fines terroristas.

5.7. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

El sistema colombiano se adecúa a las exigencias de implementación del art. 19 de la CNUCC, aunque no pueda predicarse necesariamente una suerte su implementación “espejo” en un único tipo sino, por el contrario, a través de una cláusula general y residual del abuso de funciones, y tipos penales específicos —atinentes a las modalidades prevaricadoras por acción u omisión—.

En primer lugar, en relación con el abuso de funciones públicas, el tipo permite proteger la integridad del servicio público a fin de que los funcionarios, se abstengan de desbordar las competencias para las cuales han sido legalmente facultados y, de ese modo, pese a no contener como ingrediente un “interés indebido para sí o para un tercero”, su amplitud permitiría cobijar seguir eventuales intereses que deriven en el ejercicio abusivo de sus funciones, a menos que el principio de especialidad indique que la conducta debe ser calificada y subsumida en un tipo más restrictivo. Segundo, a través de la figura del prevaricato, en sus modalidades comisivas u omisivas, el ordenamiento jurídico colombiano previene y sanciona al servidor público que desvía intencionalmente, cualquiera sea la finalidad, sus actos en abierta contradicción con la ley.

No obstante, las anteriores virtudes que ofrece el modelo colombiano, pueden palidecer a la hora de considerar la necesidad de una

reforma legislativa para fortalecer la lucha contra la corrupción y, más aún, al pretender hacer frente a la COT. La mayor fortaleza del sistema colombiano, no otra que la implementación de una cláusula general similar al abuso de funciones propuesta por organismos internacionales, y la formulación de tipos concretos más restrictivos, es a su vez, bajo el contexto citado, su mayor debilidad: ni el prevaricato ni el abuso de funciones públicas constituyen por sí mismos tipos paradigmáticos de delitos para combatir la corrupción ni para suplir eventuales lagunas de impunidad por actos de idéntica naturaleza. En otras palabras, no puede necesariamente afirmarse que un servidor público que cometa prevaricato por acción u omisión o que abuse de sus funciones públicas sea parte de un entramado de corrupción y, mucho menos, de una estructura asociada a la COT. Luego, la respuesta en la prevención y criminalización de este tipo de conductas podría considerar la implementación, por vía legislativa, de supuestos de hecho específicos al respecto.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

El análisis realizado en las páginas anteriores pone de manifiesto que tanto a nivel internacional como nacional, las conductas que encajan bajo el nombre genérico de “abuso de funciones” forman parte de un concepto de corrupción y son criminalizadas por las legislaciones penales de los ordenamientos de referencia, aunque no se hagan bajo ese mismo *nomen iuris*. Ciertamente es que, en los instrumentos supranacionales, la definición de “abuso de funciones” es amplia, por lo que son muy dispares los comportamientos que pueden encajarse ahí. En los ordenamientos nacionales de referencia, por el contrario, se aprecian mayores especificaciones. Así, lo habitual es que los Estados incluyan en sus legislaciones penales un tipo penal concreto de prevaricato junto a otros más generales relacionados con abusos de funciones cometidos por servidores públicos. Los Estados tipifican estas conductas desde antiguo. Piénsese que el delito de prevaricato no tiene nada de moderno, como sucede con otros tipos penales

relacionados con la corrupción, como la corrupción en el ámbito privado. Precisamente, porque los Estados cuentan desde hace años con tipos penales que encajan dentro del “abuso de funciones”, se puede afirmar que todos cumplen con los requerimientos supranacionales, lo cuales, por cierto, solo instan a los Estados a considerar su tipificación, pero no les obligan a criminalizar estas conductas

Por lo que respecta a la necesidad de la existencia de estos tipos delictivos para una lucha más eficaz contra la corrupción —para dar respuesta a la pregunta de investigación— se puede afirmar que deben permanecer en los ordenamientos que así lo han previsto y deberían incorporarse en los que no lo tienen aún, pues son tipos penales que sirven para cubrir un elenco de conductas que quizá no encontrarían respuesta en los delitos más clásicos de corrupción, como el cohecho y la malversación, o incluso en algunos más modernos como el tráfico de influencias. Así se pone de manifiesto en las siguientes recomendaciones.

6.2. Recomendaciones para América Latina

Dada la generalidad del “abuso de funciones”, no existen datos empíricos que permitan dar cuenta de su relación con las actividades del COT, específicamente, en el marco de actos corrupción y delitos de tal naturaleza. Tampoco puede predicarse, con razones necesarias y suficientes, que todo acto de abuso de las funciones del cargo o prevaricación pueda constituir un acto de corrupción. Los elementos de este delito, tanto en su modalidad administrativa o judicial, omisiva o activa, no necesariamente conllevan que su perpetración pueda constituir o bien una actividad relacionada con COT o “simplemente” corrupción.

Sin embargo, puede sostenerse que, en razón del carácter residual, subsidiario y auxiliar del tipo de “abuso de funciones”, tal y como está previsto en el art. 19 de la CNUCC, la sugerencia de su consagración e implementación puede ser una herramienta útil para colmar las lagunas de impunidad que puedan ser dejadas abiertas por la especificidad de tipos más restringidos y tradicionalmente asociados a la lucha contra el COT.

En la medida en que la CNUCC y otros instrumentos internacionales no establecen una obligación de criminalización del abuso de las funciones del cargo, resulta claro que la tipificación de la conducta tiene como condición de posibilidad el marco dado por la política criminal de cada uno de los Estados parte. Los países de referencia latinoamericanos estudiados o bien han optado por su adopción mediante una cláusula general y la tipificación de delitos particulares que, vistos en conjunto, recogerían la mayoría de los elementos previstos en el estándar. Otros, por su parte, han acogido el delito de prevaricato como el tipo que cubriría aquellos elementos. De ese modo, en principio, ante la clara evidencia de un mínimo de criminalización podríamos considerar que los países latinoamericanos habrían avanzado en el cumplimiento de parámetros internacionales de tipificación, más allá de si constituyen o no verdaderos deberes.

No obstante, dada la naturaleza poco uniforme del concepto “abuso de funciones”, existen variaciones entre los sistemas estudiados que invitan a reflexionar, desde el ámbito de la política criminal y bajo estudios empíricos cuestiones, entre otras, relativas a: (a) la necesidad o no de una adecuación legislativa nacional más precisa al estándar trazado por la CNUCC para combatir específicamente la corrupción y, en concreto, el COT, las ventajas o desventajas de la formulación de un tipo general, residual y subsidiario; o diversos tipos penales concretos y restrictivos; o una combinación de ambos; (b) las ventajas o desventajas de la tipificación del “abuso de funciones del cargo” de cara a los eventuales problemas probatorios que puedan presentar otros tipos penales más restrictivos que protegen la administración pública; y, al menos, (c) la potencial eficacia, tanto material como simbólica, de una eventual modificación de los actuales tipos que cobijan o recogen el abuso de funciones del cargo en el marco de la actual lucha contra la corrupción y el COT, determinando cómo y en qué medida una regulación así puede efectivamente cerrar lagunas de impunidad.

6.3. Recomendaciones para Colombia

A través de la implementación de una cláusula general y de tipos penales concretos, puede sostenerse que el modelo colombiano es

consistente en la implementación de las sugerencias previstas en el art. 19 de la CNUCC.

Sin embargo, en aras de emprender esfuerzos de prevención y represión efectiva contra la corrupción y el COT, se sugiere llevar a cabo estudios de política criminal que permitan dar cuenta de la necesidad o no de una modificación o adición en el CP que permita atender supuestos de hecho específicos relacionados con esos tópicos.

En particular, atendiendo que el parámetro internacional busca, a través del tipo “abuso de funciones del cargo”, facilitar las labores de investigación y el debate probatorio de actos de naturaleza o fenómenos de corrupción residual, podría considerarse, o bien la inclusión de un tipo penal autónomo que permita cerrar las puertas a las lagunas de impunidad de las conductas más restrictivas hoy en día consagradas en el ordenamiento jurídico, en claro y cierto apego al principio de legalidad; o, en su defecto, la inclusión de una agravante para los tipos de prevaricato o del abuso de la función pública, que tengan como común denominador maximizar la disuasión de aquellos comportamientos que, pese a tener una naturaleza corrupta, puedan quedar en resquicios de interés para el derecho penal por falta de una regulación lo suficientemente específica o particularmente general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (23 de septiembre de 2020). Sentencia SP3578-2020. Rad. 55.140. [M.P. Gerson Chaverra Castro].

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (28 de julio de 2021) Sentencia SP3194-2021. Rad. n.º 56369. [M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán].

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (2 de agosto de 2023) Sentencia SP319-2023. Rad. n.º 62189. [M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa].

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia (20 de septiembre de 2023). Auto A2880-2023. Rad. n.º 62269. [M.P. Carlos Roberto Solorzano Garavito].

Doctrina

- Cancino, J. (2019). “Delitos contra la administración pública”. Barreto, H. *et al. Lecciones Derecho penal colombiano, 3.ª Ed.* Bogotá: Universidad de Externado.
- Cordini, N. (2023). La armonización del derecho penal: Treaty Crimes y derecho penal argentino. *Revista direito GV*. Vol. (19).
- D’Alessio, A. (Dir.). (2004). Código Penal: Comentado y anotado: Parte especial (Arts. 79 a 306). Buenos Aires: La Ley.
- Güidi, E. (2006). La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado. Madrid: J.M. Bosch Editor.
- Matus, J. & Ramírez, M. (2018). *Manual de DP chileno. Parte especial, 2.ª ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2019). *DP. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosas, J. (2022). *Código Penal. Comentado, concordado y jurisprudencial. Parte especial. Tomo III.* Lima: Gamarra editores.
- Rose, C., Kubiciel, M., & Landwehr, O. (Eds.) (2019). *The United Nations Convention Against Corruption. A Commentary.* Oxford: Oxford University Press.
- Sanches, R. (2019). *Manual de Direito Penal. Parte Especial (arts. 121ao 361).* Salvador, Bahia: Editora IusPodivm.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2009). Doha.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013a). *Informe sobre el examen de Chile. Ciclo de examen 2010-2015.*
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013b). *Informe sobre el examen del país del Reino de España, Ciclo de examen 2010-2015.*
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013c). *Informe sobre el examen del Perú, Ciclo de examen 2010-2015.*

- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013d). *Informe sobre el examen de Argentina, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013e). *Country Review Report of Italy*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2013f). *Country Review Report of the United States of America*.
- Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2017). *Informe sobre el examen de Colombia, Ciclo de examen 2010-2015*.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2012a). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2.ª Ed. revisada*. Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2012b). *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2017a). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional. 2.ª Ed.* Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2017b). *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

Capítulo 6

El delito de enriquecimiento ilícito cometido por funcionario público

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO*

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción está presente en el día a día independientemente de que, de acuerdo con sus condiciones económicas básicas, el país en cuestión sea considerado como una economía desarrollada, economía en transición o economía en vías de desarrollo. Sin embargo, es evidente que sus efectos nocivos y el impacto sobre la población es mayor en los clasificados en las dos últimas categorías, como es el caso de los países latinoamericanos en los que, quizá por ello, contrarrestar la corrupción es un mandato constitucional.

Como muestra de la preocupación por combatir la corrupción, especialmente la que genera beneficios económicos al trabajador o empleado público, algunos países contemplan medidas constitucionales que, tras su desarrollo, pueden ser de naturaleza preventiva, vinculadas especialmente a la transparencia, o represiva, dirigidas a

* Profesora Titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). ORCID: 0000-0002-7392-9422. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia).

prohibir y castigar comportamientos de los funcionarios públicos. Un ejemplo lo encontramos en el art. 8 de la Constitución de Chile en el que se prevé que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones debiendo declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Lo mismo cabe decir del art. 41 de la Constitución de Perú que contempla la obligación de algunos funcionarios públicos a realizar una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. El art. 36 de la Constitución de Argentina considera un atentado contra el sistema democrático la comisión de un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, mientras que el art. 109 de la Constitución de México prevé expresamente el castigo del enriquecimiento ilícito (EI) de los servidores públicos.

Dentro del marco normativo para contrarrestar la corrupción a nivel nacional, regional e internacional está el delito de enriquecimiento ilícito (EI), que fue introducido por primera vez en la normativa internacional en la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (CICC), posteriormente se incorporó en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (CNUCC o Convención de Mérida) y, finalmente, en la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003 (CUAC).

En estos tratados el grado de obligatoriedad de tipificar las conductas constitutivas de EI es distinto y, en cualquier caso, está sometido a una cláusula de salvaguardia (Del-Carpio-Delgado, 2015). Así, en los dos tratados regionales, los Estados parte tienen la obligación de tipificar las conductas constitutivas de EI de acuerdo con los principios que rigen sus ordenamientos jurídicos (obligación que no tienen los Estados parte de la Convención de Mérida).

Esta última característica ha supuesto que numerosos países no lo contemplen expresamente en sus legislaciones nacionales alegando que contradice sus principios básicos o que no es necesario por contar con instrumentos legales, de naturaleza penal o administrativa, que cumplen el mismo objetivo que se pretende conseguir con el delito de EI. Además, se entiende que los países que sí han tipificado el EI lo han hecho de acuerdo con su Constitución y sus principios

fundamentales. Como consecuencia de ello, a pesar de que los elementos que caracterizan la regulación de este delito en los tres tratados son similares, no cabe decir lo mismo del derecho comparado.

Esta situación es, desde mi punto de vista, positiva en tanto que no tiene por qué existir un modelo único de tipificación si tenemos en cuenta que las normas penales son o deberían ser un reflejo de un determinado orden social y desde luego, aunque estemos en un mundo globalizado, no todos son iguales.

En este contexto, el objetivo fundamental de este trabajo es resolver la cuestión sobre si la regulación del delito de EI es adecuada para contrarrestar la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina y Colombia, para lo cual el trabajo se estructura en dos secciones. La primera de ellas dedicada al análisis de los tratados internacionales y regionales que regulan este delito y la segunda al estudio del Derecho comparado. Finalmente, se formularán algunas conclusiones y se procurará responder a la cuestión que constituye el objetivo principal de este trabajo.

2. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y REGIONAL

Debido a la preocupación porque el EI pueda ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, en la Convención de Mérida se decide que, con un tratamiento a nivel internacional, su tipificación como delito constituya un importante mecanismo para luchar contra la corrupción. Con tal fin, el art. 20 prevé que cada Estado parte considere la posibilidad de tipificar como delito, “cuando se cometa intencionalmente, el EI, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 es el primer instrumento normativo multilateral que contempla la tipificación del EI. En su Preámbulo se destaca, entre otras cuestiones,

que la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos por lo que, dadas las características de esta forma de criminalidad, es precisa la cooperación entre los Estados. Dentro de los actos constitutivos de corrupción, el art. IX dispone que:

[...] 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.

Finalmente, la CUAC de 2003 contempla en sus arts. 1 y 8 el delito de EI para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción. Por un lado, según el art. 1, en el que se contienen las definiciones principales, se entiende por EI el “incremento significativo del patrimonio de un funcionario público o de cualquier otra persona que él o ella no pueda razonablemente justificar en relación con sus ingresos”. Por otro lado, el art. 8 establece que los Estados parte se comprometen, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, a adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones el delito de enriquecimiento. En el numeral 2 se prevé que los Estados parte que hayan tipificado el EI como delito en su derecho interno lo considerarán un acto de corrupción o un delito conexo a los efectos de esta Convención. Finalmente, su numeral 3 dispone que todo Estado parte que no haya tipificado el EI como delito deberá, en la medida en que sus leyes lo permitan, proporcionar asistencia y cooperación al Estado requirente en relación con este delito según lo dispuesto en la CUAC.

Como podrá observarse, el grado de vinculación de estos tres tratados es distinto. La Convención de Mérida solo contempla la “posibilidad” de que las partes tipifiquen como delito el EI, mientras que la CUAC prevé el “compromiso” de hacerlo, y la CICC lo establece como obligatorio para los Estados parte.

Además de estos tres tratados, es de especial importancia la Guía legislativa para la aplicación de la CNUCC (GL) en tanto que, al igual que otros documentos de la misma naturaleza vinculados a otros tratados internacionales, puede facilitar el entendimiento del contenido de este tratado desde una perspectiva internacional. Lo mismo

cabe decir respecto a la Legislación modelo sobre EI. Este documento, vinculante para los Estados miembros de la OEA, contiene algunas observaciones detalladas que pueden servir al legislador en la labor de adecuar el delito de enriquecimiento previsto en la CICC a su propia legislación nacional.

2.1. Elementos del enriquecimiento ilícito en la normativa internacional y regional

De los preceptos contenidos en estos tres tratados se desprende que el tipo del enriquecimiento ilícito requiere los siguientes elementos objetivos comunes: (a) el sujeto activo debe ser un funcionario público; (b) un incremento significativo o con significativo exceso del patrimonio del funcionario público respecto de sus ingresos legítimos; y (c) la ausencia de justificación de este incremento por parte del funcionario público. Se contempla la comisión dolosa que únicamente requiere el dolo sin que sea necesaria la concurrencia de otros elementos especiales del tipo subjetivo como puede ser el ánimo de lucro.

2.1.1. Sujeto activo

Teniendo en cuenta que el delito de EI se enmarca en el contexto de la lucha contra la corrupción relacionada con el sector público, los tratados contemplan como sujeto activo al “funcionario público”. El concepto de funcionario público que se proporciona en estos tratados (arts. 2 CNUCC, I CICC y 1 CUAC), es lo suficientemente amplio para abarcar a los funcionarios públicos propiamente dichos, a particulares que ejercen la función pública y a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado. Es decir, a efectos del delito de EI tendrá la consideración de funcionario público toda aquella persona que se haya incorporado a la actividad pública mediante ley y que participe en las funciones públicas, independientemente de su nivel jerárquico.

Es importante resaltar que tanto la CNUCC como la CICC configuran el EI como un delito especial “propio” al limitar el círculo de sujetos activos a los que tengan la consideración de funcionarios públicos, lo que supone que el particular solo podrá responder como partícipe. Sin embargo, la CAUC extiende o incluye en el círculo de sujetos activos a “cualquier otra persona”, es decir, a los particulares, de forma que, aunque estamos ante un delito especial, este tendrá la consideración de “impropio”.

2.1.2. Incremento significativo o con significativo exceso del patrimonio del funcionario público respecto de sus ingresos legítimos

El incremento significativo del patrimonio es, como núcleo de la conducta típica, otro de los elementos que está presente en los tres tratados. En principio, este incremento puede producirse con el aumento del activo, es decir, con la incorporación de bienes muebles o inmuebles, corporales e incorpóreas y los derechos o valores, que sean susceptibles de ser valorados económicamente. Pero también cabe hablar de incremento significativo cuando se produce la disminución del pasivo a través de la cancelación de deudas o extinción de obligaciones.

En las Convenciones no se establece un parámetro cuantitativo a partir del cual este tiene relevancia penal, sino que solo se refieren a un incremento “significativo”. Al respecto, en las Sesiones del Comité Especial encargado de negociar la Convención de Mérida, el delegado de Pakistán, a fin de hacer frente a toda ambigüedad que pudiera derivar del uso de la expresión “bienes que sean manifiestamente desproporcionados en relación con su sueldo”, sugirió que se matizara la aplicación del texto mediante la fijación de un límite mínimo de bienes por debajo del cual el precepto no sería aplicable, dejando a discreción de los Estados la determinación de ese nivel mínimo (NU, 2002). Sin embargo, el Grupo oficioso solo consideró necesario mantener la palabra “significativo”, dado que reflejaba la práctica vigente en una serie de Estados y proporcionaba una mayor garantía en cuanto a evitar que las disposiciones relativas al EI se aplicaran de manera poco razonable (NU, 2002).

En cuanto al espacio temporal en el que debe producirse este incremento patrimonial del funcionario, solo la CICC establece expresamente que sea “durante el ejercicio de sus funciones”. Esto supone que el período durante el cual ha debido producirse el incremento del patrimonio debe coincidir con el periodo durante el cual el funcionario público ejerció como tal, es decir, desde que toma posesión de su cargo hasta que cesa en el mismo. Siendo posteriores en el tiempo, ni la CNUCC ni la CUAC contemplan este elemento, lo que posibilita que el nexo temporal se extienda a un momento posterior al que el funcionario ha cesado en sus funciones o dejado el cargo, tal como se contempla expresamente en algunas legislaciones nacionales. Es decir, aunque el EI sea resultado de actos realizados durante el tiempo del ejercicio del cargo, este puede tener lugar tras el cese, jubilación o retiro del funcionario.

2.1.3. La no justificación razonable del incremento patrimonial

El incremento significativo del patrimonio adquiere relevancia en los tratados cuando el funcionario público no puede “razonablemente” justificarlo en relación con sus ingresos lícitos. Este elemento es el que más controversia genera porque puede suponer la inversión de la carga de la prueba y, en consecuencia, entre otras, una violación de las garantías del debido proceso. Los redactores de los tratados son conscientes de esta situación. Así, la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Mérida determina expresamente que esta previsión no supone que haya una presunción de culpabilidad porque la carga de la prueba la sigue teniendo el Ministerio Fiscal, quien debe demostrar el EI (GL, 2006). En el contexto latinoamericano, los expertos encargados de elaborar la Legislación Modelo sobre EI advirtieron que las disposiciones legales nacionales deben respetar las garantías constitucionales relativas a la presunción de inocencia y que la carga de la prueba que corresponda al funcionario público se limite a hechos específicos no debiéndose extender a todos los elementos del delito.

Íntimamente ligada con este elemento está la cláusula de salvaguarda contenida en los tres tratados que pasamos a analizar a continuación.

2.2. Grado de obligatoriedad de tipificar el enriquecimiento ilícito y la cláusula de salvaguardia

No todas las disposiciones de estos tratados tienen el mismo grado de obligatoriedad. Así, por ejemplo, en la Convención de Mérida se diferencia entre: (a) medidas obligatorias, que consisten en obligaciones de legislar (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones); (b) medidas que los Estados parte deben considerar o procurar aplicar; y (c) medidas que son facultativas.

Los tres tratados contienen una cláusula de salvaguardia según la cual la tipificación del EI debe realizarse de acuerdo con la Constitución y a los principios fundamentales de cada Estado parte.

El art. 20 de la Convención de Mérida, que regula el EI, prevé expresamente que “cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito”, lo que significa, según la GL, que se insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Esta última condición, contenida en las cláusulas de salvaguardia, se prevé en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones (Del-Carpio-Delgado, 2015).

Esta cláusula fue incorporada para salvar la postura de algunos Estados que se manifestaron en contra de prever el EI como delito porque consideraban que su configuración podría contravenir sus principios constitucionales y sus fundamentos jurídicos. Así, por ejemplo, se entendía que la no justificación del incremento de su patrimonio por parte del funcionario, como uno de sus elementos, suponía introducir el concepto de inversión de la carga de la prueba, vetado en sus ordenamientos jurídicos (Del-Carpio-Delgado, 2015). Al respecto, como veíamos, la GL destaca que también se ha sostenido que no existe una presunción de culpabilidad y que la carga de la prueba la sigue teniendo el Ministerio Fiscal, que ha de demostrar que el enriquecimiento del funcionario es superior a sus ingresos legítimos. De esta forma, puede considerarse como una presunción

refutable en la que, una vez hecha la acusación, el acusado puede presentar una justificación razonable o creíble.

Así pues, la cláusula de salvaguardia posibilita que el Estado parte no tipifique el EI siempre que sea contrario a su Constitución y/o suponga una violación a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Pero no basta con que el Estado en cuestión simplemente alegue esta situación, tiene la obligación de estudiar la posibilidad de adoptar una medida específica sobre el EI teniendo en cuenta esta cláusula.

3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL DERECHO COMPARADO

Teniendo en cuenta el grado de obligatoriedad y la cláusula de salvaguardia, la tipificación como delito del EI no ha sido generalizada, pudiéndose distinguir entre los Estados que han decidido no tipificarlo como delito y otros que sí lo contemplan, tal como veremos a continuación.

3.1. Países que no regulan expresamente el enriquecimiento como delito: EE.UU. e Italia

Dentro del grupo que no contemplan como delito el IE, están los Estados que se han negado a hacerlo por considerar que es incompatible con los principios que fundamentan su ordenamiento jurídico, como es el caso de EE.UU. En otros, tras incorporarlo en su legislación, han sido sus tribunales quienes lo han declarado inconstitucional por vulnerar, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia, como sucedió en Italia en 1994.

3.1.1. EE.UU.

Al ratificar la CICC, EE.UU. presentó una declaración en la que se destacaba que la lucha contra el EI de los funcionarios es de especial importancia para este país, por lo que cuenta con leyes penales para

impedir o castigar estas conductas. Según lo previsto en estas leyes, los funcionarios superiores del gobierno federal están obligados a presentar declaraciones financieras veraces (obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones de naturaleza penal). También se prevé el enjuiciamiento de estos sujetos cuando evaden los impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Además, la evidencia de riqueza inexplicable puede presentarse en el juicio como prueba circunstancial que respalde otros cargos de corrupción pública. En este sentido, EE.UU. informó que la configuración del EI en este tratado impone la carga de la prueba sobre el acusado, lo que es incompatible con su Constitución y los principios fundamentales de su sistema jurídico. En consecuencia, EE.UU. entiende que no está obligado a establecer un nuevo delito de EI, lo que no supone descartar su disposición a brindar asistencia y cooperación a los otros Estados parte, de conformidad con lo dispuesto en su Constitución, hasta donde le permita su legislación interna¹.

Son dos, pues, los motivos fundamentales que alegan para no tipificar como delito el EI. El primero de ellos está relacionado con la existencia de un marco normativo que obliga a los funcionarios públicos a declarar sus ingresos y rentas, representado fundamentalmente por la *Ethics in Government Act* de 1978. Esta norma forma parte del apéndice del título 5 del *U.S Code* y tiene como objetivos fundamentales reducir la corrupción en la función pública y evitar el uso indebido de la información que se tiene por razón del cargo. Para ello, obliga a los funcionarios públicos federales a hacer públicas sus finanzas 30 días antes de la asunción del cargo y 30 días después de ser trasladados de este a otro cargo también de naturaleza pública. El incumplimiento de esta obligación puede conllevar la imposición de sanciones civiles, administrativas o penales. Estas últimas pueden suponer penas de prisión de hasta 5 u 8 años (Chapter 47 § 1001 - Statements or entries generally). El segundo, la obligatoriedad de declarar impuestos sobre la riqueza obtenida ilícitamente, es decir, el funcionario público debe tributar no solo por sus ingresos lícitos, sino también por aquellos de procedencia ilícita o que no pueda justificar. En este caso, la riqueza ilícita constituye un hecho imponible

¹ Vid.: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>

y, por lo tanto, obligación de tributar lo que le permite al Estado ingresar por dicho concepto (Title 26—Internal Revenue Code. 61: Gross income defined; Criminal Tax Manual).

3.1.2. Italia

En el marco de una serie de medidas para afrontar, de forma preventiva y represiva, el recrudecimiento del fenómeno de la mafia, el Decreto legislativo 306 de 8 de junio de 1992 introdujo en el párrafo segundo del art. 12 quinquies el delito de “*possesso ingiustificato di valori*”. Este precepto castigaba a quienes, estando pendientes de un proceso penal o sometidos a una medida de prevención personal por delitos de contrabando, relativos al tráfico ilícito de drogas o crimen organizado, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean propietarios o tengan la disponibilidad por cualquier concepto, dinero, bienes u otras beneficios de valor desproporcionado a los ingresos, declarados a efectos del impuesto sobre la renta, o a la actividad económica propia, y de los que no se pueda justificar el origen legítimo.

Tras varias reformas y sendos recursos, la Corte Constitucional declaró en su sentencia número 49, de 17 de febrero de 1994, que vulneraba el derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 27 de la Constitución. En sus alegatos, la abogacía del Estado reconoció que la medida era necesaria para impedir la circulación de bienes de procedencia delictiva y que no imponía al imputado la carga de probar el origen y el destino lícito de los bienes ya que bastaba, para excluir su responsabilidad penal, adjuntar “una explicación razonable”, que obviamente el juez tendrá que evaluar conforme a los principios de la prueba (FH: 8).

Sin embargo, la Corte consideró que la presunción de inocencia obliga a considerar inocente a la persona mientras no sea condenada, por lo que la condición de procesado o sometido a una medida de prevención personal no puede servir como base para calificar una conducta como delictiva. Es decir, el hecho penalmente relevante debe ser tal independientemente que su autor sea o no investigado o imputado porque estas condiciones, inestables como todo estado procesal, no legitiman ninguna apreciación en términos de desva-

lor. Además de no exigir una condena previa, el precepto impone al sujeto el deber de justificar la legitimidad del origen de los bienes o beneficios, lo que supone admitir que dichos bienes proceden precisamente de aquel delito en relación con el cual se tramita el proceso penal, de manera que posibilita, en algunos casos, un resultado verdaderamente paradójico de considerar el mismo hecho punible de dos formas: la primera por la conducta ilícita encaminada a adquirir la disponibilidad de los bienes y, luego, por la simple posesión de aquellos bienes cuyo origen legítimo no pueda inferirse.

Desde mi perspectiva, el que estos países no tipifiquen expresamente como delito el enriquecimiento no debería tener como consecuencia la existencia de lagunas de punibilidad. La correcta aplicación de las medidas preventivas, así como del resto de medidas de naturaleza penal, debería ser suficiente para evitar que quienes cumplen funciones públicas aprovechen su cargo para enriquecerse ilícitamente.

3.2. El delito de enriquecimiento ilícito en Argentina, Brasil, Chile, España, México y Perú. Especial referencia a Colombia

3.2.1. Introducción

Los tratados analizados anteriormente tienen carácter vinculante, pero los Estados parte no están obligados a incorporar literalmente sus disposiciones en su derecho interno. El contenido de los tratados, especialmente sus definiciones, solo deben servir como un punto de referencia a partir del cual los legisladores nacionales tipifican una conducta. En este sentido, el numeral 9 del art. 30 de la Convención de Mérida establece que nada de lo dispuesto en este tratado:

[...] afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al Derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese Derecho.

En aplicación de la cláusula de salvaguardia, no todos los elementos que han sido utilizados para configurar el EI en estos tratados

tienen por qué estar necesariamente presentes en las legislaciones nacionales, porque si el Estado en cuestión llega a la conclusión de que un determinado elemento contraviene su Constitución o existen dudas de compatibilidad con sus principios jurídicos, no está obligado a incorporarlo y esto no supone una violación ni menos el incumplimiento del tratado.

Precisamente porque la labor de tipificación corresponde a los legisladores nacionales, la regulación del EI en los países de referencia puede ser diferente, y de hecho lo es tal como lo demuestra el que Argentina, España y México hayan optado por un modelo mientras que Chile y Perú, incluida Colombia, por otro (Asencio Mellado, 2007); o que en algunas legislaciones nacionales se castigue únicamente el EI de los trabajadores públicos como es el caso de Argentina, Chile, Perú y México, y en otras, como Colombia, también el de los particulares (Vidales Rodríguez, 2008; Rodríguez García & Gabriel Orsi, 2015).

En este contexto, merece una mención especial el caso de Brasil. La *Lei de Improbidade Administrativa* de 1992 contempla sanciones de naturaleza civil aplicables a los empleados públicos en casos de EI en el ejercicio de su mandato, cargo, empleo o función en la administración Pública. Según esta ley, modificada sustancialmente en octubre de 2021², el EI se obtiene, mediante la realización de un acto doloso, cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida con motivo del ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades públicas. El EI puede producirse, por ejemplo, cuando el empleado público recibe, para sí o para terceros, dinero o cualquier tipo de ventaja económica para, entre otros, facilitar la adquisición o alquiler de bienes muebles o inmuebles o la contratación de los servicios por la administración pública por un precio superior al valor de mercado o para tolerar la explotación o práctica de juegos de azar, proxenetismo, narcotráfico, contrabando, usura o cualquier otra actividad ilícita. Estos hechos son sancionados, al margen de las sanciones penales comunes y de responsabilidad civil y administrativa previstas en la legislación específica, con la pérdida de bienes o valores añadidos ilícitamente, pérdida de la función pública, suspen-

² Lei n° 14.230 de 25 de outubro de 2021.

sión de los derechos políticos hasta por catorce años, pago de multa civil equivalente al valor del aumento de bienes y prohibición de contratar con las autoridades públicas o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, incluso a través de una persona jurídica en la que sea accionista mayoritario, por un período no superior a catorce años.

Sin embargo, parece que esta regulación no es suficiente y desde hace varios años se han presentado propuestas para criminalizar el EI. Sin entrar en el análisis de estas, destaca la presentada por el Ministerio Público como una de las medidas para contrarrestar la corrupción. Dentro de las “10 medidas para combatir la corrupción” que suponen modificar determinados preceptos del CP y del código de procedimientos penales (CPP), se propone la tipificación como delito del EI de servidores públicos. Sin embargo, ni esta propuesta ni otras han prosperado (Sales da Silva Junior, 2018; Scalcon & Giuliani, 2018).

3.2.2. Normativa

El análisis de la regulación de los países de referencia que han tipificado el EI lo realizaré de forma conjunta, por lo que, tras la transcripción de la normativa, se estudiará cada uno de los elementos comunes que lo integran poniendo especial énfasis en aquellos que los diferencian.

En 1964, Argentina tipificó como delito el EI incluso antes de que formara parte de los tratados vistos anteriormente. En la actualidad se regula dentro del capítulo IX bis (EI de funcionarios y empleados) del título XI del CP argentino sobre delitos contra la administración pública. El art. 268(2) castiga al 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 2 años después de haber cesado en su desempeño”. Según se dispone se entenderá que hubo EI no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afecta-

ban. La persona interpuesta para disimular el EI será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

En Chile, el EI está previsto en el art. 241 bis dentro del capítulo VI (fraudes y exacciones ilegales), del título quinto cuya rúbrica es “[d]e los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. Este precepto prevé el castigo del empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado. Se dispone que no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del EI a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. También se dispone que si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto de la acusación de EI, o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos conforme al delito del art. 211 de este Código, es decir, por acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada.

En Colombia, el delito de EI de funcionarios públicos está regulado en el art. 412, ubicado en el capítulo V del título XV relativo a los:

[d]elitos contra la Administración Pública. El precepto cita al “servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión [...]”.

Cabe advertir que la legislación colombiana también contempla el castigo del EI de particulares. Así, el art. 327 castiga al que “de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas” (Vidales Rodríguez, 2008).

En enero de 2023 entró en vigor la reforma del CP español que introduce por primera vez el delito de EI. Así, dentro del capítulo

VIII (de los fraudes y exacciones ilegales), del título XIX relativo a los delitos contra la administración pública, introduce un nuevo art. 438 bis para castigar a la:

[...] autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación.

Dentro del título décimo del CP federal mexicano sobre delitos por hechos de corrupción, el capítulo XIII contiene un solo artículo que regula el EI. Así, el art. 224 castiga a quien, con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en EI. Según se prevé expresamente, existe EI cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño. A estos efectos, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos. También se dispone que no será EI cuando el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del título décimo. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

Finalmente, en Perú el EI está regulado en el art. 401 contenido en la sección IV (corrupción de funcionarios) del capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos) del título XVIII sobre delitos contra la administración pública. Este precepto establece el castigo del funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos. Según dispone, se considera que existe indicio de EI cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o

de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

3.2.3. Bien jurídico

En principio, y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados, el EI está configurado como un delito que pretende prevenir y castigar los actos de corrupción cometidos por aquellos que tengan la consideración de trabajadores públicos. Su ubicación sistemática, dentro de los delitos contra la administración pública (Argentina, España y Perú) como delito cometido por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Chile) o dentro de los delitos por hechos de corrupción (México), es un indicio que puede llevar a concluir que se trataría de proteger, de forma mediata, la función pública (Creus, 1981; Acevedo Blanco, 1983; Camargo, 2002).

Sin embargo, dentro de la doctrina de estos países y, en general, de la doctrina latinoamericana, no existe un consenso sobre qué ámbito de esta función pública se protege de forma inmediata. Sin perder de vista además que, especialmente desde los sectores que cuestionan la legitimidad de este delito (Díaz Aranda, 2008), se considere que carece de bien jurídico (Hernández Basualto, 2006) o que se trata de un delito pluriofensivo que protegería más de un bien jurídico (Osorio Chacón, 2015). En cualquier caso, parece ser opinión mayoritaria que el delito de EI protege el correcto funcionamiento de la administración o función pública en el sentido de transparencia y probidad exigibles a quienes la representan (Vidales Rodríguez, 2008).

3.2.4. Sujeto activo

3.2.4.1. Empleado, trabajador, servidor o funcionario público

Salvo el caso de Colombia, el resto de las legislaciones analizadas configuran el EI como un delito especial propio del que solo puede ser sujeto activo aquella persona que ostente un cargo, empleo o comisión en el servicio público, sea un funcionario, empleado o servidor público o desempeñe funciones públicas (Vidales Rodríguez,

2008). Sin entrar en el análisis de lo que en cada régimen jurídico se entiende por tal, cabe destacar que las legislaciones de referencia contienen en sus respectivos CPs una definición propia de trabajador público que, en general, permite abarcar a todas aquellas personas que se incorporan y que participan de la función pública, independientemente de si tienen o no una relación estatutaria con la administración como es el caso de los trabajadores de sociedades de economía mixta prestatarias de servicios esenciales como la electricidad o el agua³.

Cualquier trabajador o funcionario público, independientemente de su rango o jerarquía, puede ser sujeto activo del EI, desde el jefe de Estado o de Gobierno hasta el secretario de un gobierno local o municipalidad, por ejemplo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aquellas personas que ocupan los más altos cargos en la administración por su posición, influencia y poder (las personas expuestas políticamente (PEP) o personas con responsabilidad pública), son las que están implicadas en los casos de gran corrupción que se caracterizan por impregnar los niveles más altos de un gobierno. Por ello, en la Legislación Modelo se recomienda que las legislaciones nacionales contemplen la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales tengan facultad para agravar las penas cuando el EI sea cometido por funcionarios de mayor rango.

Esta recomendación ha sido adoptada expresamente por el legislador peruano al contemplar un tipo cualificado de EI en razón de la jerarquía del sujeto activo. El art. 401 CP prevé, además de la correspondiente pena de multa, prisión de diez a quince años cuando el autor de los hechos es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, es decir, el Presidente de la República, los representantes al Congreso, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Controlador General de la República. Aunque el resto de

³ Véanse arts. 77 del CP argentino, 260 del CP chileno, 20 del CP colombiano, 24 del CP español, 426 del CP peruano y 212 del CP federal mexicano.

los ordenamientos jurídicos no tienen previsto un precepto similar, los jueces o tribunales a la hora de determinar la pena concretamente aplicable puedan tener en cuenta, como una circunstancia concurrente en el autor de los hechos, su menor o mayor rango jerárquico dentro de la administración pública (Caro Coria, 2006).

España restringe el círculo de sujetos activos a la autoridad. Teniendo en cuenta lo previsto en el art. 24 del CP en el que se proporciona los conceptos de autoridad, por un lado, y de funcionario público, por otro lado, tanto doctrina como jurisprudencia son unánimes al considerar que la “autoridad” es una especie del género “funcionario público”. Es decir, la autoridad es una clase de funcionario público al que se le otorga mando o jurisdicción propia (Roca de Agapito, 2013).

Del tenor literal del nuevo art. 438 bis se desprende que, a diferencia de lo previsto en los tratados y en la legislación comparada, el legislador español ha decidido configurar el EI como un delito especial propio del que solo puede ser sujeto activo la “autoridad”, lo que supone que aquellos funcionarios públicos que no tengan tal consideración no pueden ser sujetos activos de este delito. Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta que según la mayoría de la jurisprudencia del TS, un concejal de ayuntamiento no tiene el carácter de autoridad, este no podrá ser sujeto activo de este delito (STS 1065/1992). No solo porque no pueda hacerse una interpretación extensiva *in malan parte*, sino porque el CP no permite ampliar el concepto de autoridad de forma que se equipare al de funcionario.

3.2.4.2. La intervención de terceros

La cualidad de trabajador o funcionario público en los términos que hemos visto anteriormente es requisito indispensable para ser considerado como autor. Sin embargo, esto no supone excluir de responsabilidad penal a los familiares, allegados o terceros que intervengan en el EI del trabajador público, ni menos que en las investigaciones efectuadas por la presunta comisión de este delito no se ponga especial cuidado en investigar el patrimonio de aquellos. En este sentido, el art. 52 de la Convención de Mérida contempla, entre otras cuestiones, que cada Estado parte disponga medidas razona-

bles para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores (Del-Carpio-Delgado, 2015).

Chile, España, México⁴ y Perú configuran el EI como un delito especial propio, por lo que la responsabilidad de los intervinientes que no tengan la cualidad de funcionario público, es decir, la de los *extraneus*, habrá que determinarla según las reglas generales de la participación que rijan en cada ordenamiento jurídico e imponerle la pena que le corresponda o analizar si su conducta puede ser constitutiva de un delito distinto (Caro Coria, 2006). Lo mismo podemos afirmar respecto a su configuración en la legislación argentina, pero la peculiaridad es que en esta se prevé la pena a imponer al partícipe que actúa como persona interpuesta. El último párrafo del art. 268(2) del CP argentino castiga con la misma pena prevista para el funcionario público a la “persona interpuesta” para disimular el EI de aquel. No se trata de castigar autónomamente el EI de esta persona como si fuera un supuesto de EI de particulares porque esta interviene cooperando o favoreciendo el EI del funcionario apareciendo como titular o propietario de los bienes que generan ese enriquecimiento, precisamente por eso se le denomina “prestanombre” (Cartolano, 2016).

Cuestión distinta es la legislación colombiana que, como adelantamos, prevé el castigo del EI de particulares. En este caso, el EI se configura como un delito especial impropio del que será autor el funcionario público, mientras que si los hechos son cometidos por un particular responderá por el delito común en los términos que prevé el art. 327 CP colombiano. Por este mismo delito también podrá responder la autoridad o funcionario público cuya conducta no

⁴ Antes de la reforma de 2016, el código penal federal de México también castigaba expresamente a la persona que hiciere figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, a sabiendas de esta circunstancia.

pueda ser subsumible en el art. 412 que regula el EI de servidor público (Osorio Chacón, 2015).

Aunque no es el tema de este trabajo cabe advertir que el delito de EI de particulares también está previsto en otras legislaciones comparadas como, por ejemplo, la boliviana, sin embargo, una de las peculiaridades de la legislación colombiana es su amplio ámbito de aplicación. Fue incorporado como un instrumento para contrarrestar el narcotráfico y el crimen organizado y posteriormente se amplió al delito de testaferrato y secuestro. En la actualidad, forma parte del régimen previsto para evitar que el delito resulte provechos al castigar el incremento patrimonial generado por cualquier actividad delictiva.

Desde mi perspectiva, esta modalidad de EI es innecesaria y su mantenimiento o incorporación en las legislaciones penales nacionales solo provoca una hipertrofia legislativa que genera, entre otros problemas, un complejo entramado de concursos de delitos o de leyes. Aunque en el plano teórico puede establecerse criterios para delimitarlo de otras figuras penales con los que guarda una estrecha afinidad como puede ser el comiso o el lavado de activos, entre otros, el resultado puede no ser del todo satisfactorio.

3.2.5. Conducta típica

En la configuración de la conducta típica deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que analizaremos a continuación: (a) incremento patrimonial significativo o relevante; (b) ilícito o injustificado; y (c) que se haya producido durante un determinado periodo de tiempo. Estos elementos son comunes a todas las legislaciones que estamos analizando, pero no cabe obviar otras peculiaridades que también veremos.

3.2.5.1. Incremento o enriquecimiento patrimonial

De la literalidad de los preceptos se desprende que el “incremento” del patrimonio es el elemento fundamental sobre el que descansa la tipificación del EI en los códigos penales de Chile, Colombia,

España y Perú, mientras que en el caso de Argentina y México es el “enriquecimiento”. La diferente terminología utilizada no debe llevarnos a concluir que se trata de conductas típicas distintas porque tanto el incremento como el enriquecimiento patrimonial deben ser interpretados en el mismo sentido. Teniendo en cuenta que desde el punto de vista contable el patrimonio lo componen el activo y el pasivo, el incremento o enriquecimiento puede producirse tanto con el aumento del activo como con la disminución del pasivo. El aumento del activo puede ser consecuencia de la incorporación al patrimonio de bienes, de cualquier tipo o naturaleza, siempre que sean susceptibles de ser valorados económicamente y la disminución del pasivo se producirá con la cancelación de deudas o extinción de obligaciones. Esta interpretación, sobre la que hay pocas discrepancias (Asencio Mellado, 2007; Fernández López, 2017), está contemplada expresamente en los CPs de Argentina y España.

Como consecuencia de la incorporación de los bienes o de la cancelación de las deudas se produce un incremento del patrimonio notoriamente superior o desproporcional con relación a sus ingresos lícitos. Este incremento puede producirse tras la realización de un solo acto, pero también es probable que sea consecuencia de una pluralidad de estos. En este último caso, la cuestión es si debe apreciarse un solo delito o si, por el contrario, estamos ante un delito continuado. Las opiniones doctrinales al respecto no son pacíficas. Algunos autores condicionan la solución a la cuantía o valor de las aportaciones o cancelaciones de obligaciones. Así, si cada uno de estos actos es de escaso valor, pero globalmente considerados son de especial relevancia entonces cabrá apreciar un solo delito. Por el contrario, si cada uno de estos tiene entidad económica suficiente, es decir, si su valor es especialmente relevante y puede considerarse que cada uno de ellos constituye un delito, entonces estaremos ante un delito continuado. Finalmente, si se considera que el delito de EI castiga un resultado, es decir, el incremento o enriquecimiento patrimonial, y este puede producirse tras la realización de un solo acto o como consecuencia de una pluralidad de estos, independientemente de su cuantía o valor, cabría apreciar un solo delito (Del-Carpio-Delgado, 2015).

El incremento patrimonial debe ser consecuencia del ejercicio o desempeño del cargo o función pública. Esta vinculación se determina expresamente en el CP federal mexicano cuando se prevé que el incremento patrimonial debe ser “con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público”, o cuando el CP peruano establece que el sujeto debe actuar “abusando de su cargo” (Caro Coria, 2006). En el caso de Argentina, Chile y España, esta vinculación se desprende de la referencia al periodo temporal durante el cual puede producirse el incremento.

3.2.5.2. Ilícito o injustificado

La comprobación de la desproporción entre el incremento patrimonial y los ingresos totales del sujeto activo se realiza teniendo en cuenta la remuneración que percibe el sujeto como trabajador público y otro tipo de ingresos no relacionados directamente con el ejercicio de su función pública como, por ejemplo, el procedente de una actividad económica, de una herencia, de una remuneración procedente del sector privado, de las ganancias que le pueda generar la gestión de sus bienes inmuebles, inversiones financieras, etc.

Para algunos autores, la determinación, financiera o contable, de que esta situación económica no posee entidad suficiente para sustentar los incrementos patrimoniales es suficiente para considerar el incremento como ilícito. Si se trata de castigar el incremento patrimonial obtenido a través de cualquier tipo de actividad ilícita, será irrelevante que sea constitutiva de delito o de un ilícito de naturaleza civil o administrativa (Fernández López, 2017). Ahora bien, teniendo en cuenta la vinculación entre el incremento patrimonial y el ejercicio del cargo, puede considerarse, no sin reservas, que esta actividad contraria a derecho debe tener, en todo caso, relación con el desempeño del cargo del funcionario público, debiéndose excluir todas aquellas totalmente desvinculadas del cargo, es decir, aquellas en las que el trabajador público actúa como particular (Caro Coria, 2006). También cabría excluir el incremento que proceda de actividades que, aunque no están amparadas expresamente o que estén al margen del derecho, jurídicamente no son ilícitas.

Pero la solución a esta cuestión, como a otras relacionadas con ese delito, dista de ser unánime. Algunos autores, aludiendo principalmente al principio de intervención mínima, sostienen que la fuente del incremento debe limitarse a las actividades relacionadas con el cargo siempre que estas sean constitutivas de delito, independientemente de su naturaleza o preferentemente delitos contra la función pública (Vidales Rodríguez, 2008).

3.2.5.3. Significativo o relevante

Los tratados no establecen un parámetro cuantitativo a partir del cual ha de considerarse este incremento como significativo. Este “significativo” incremento está expresado de forma relativa, mas no en términos absolutos. Por ello, en algunas legislaciones, el aumento del patrimonio en comparación con los ingresos legales o lícitos se ha expresado de forma genérica con las frases incremento patrimonial “apreciable” como es el caso de la legislación argentina, incremento “relevante” tal como dispone el CP chileno, o “notoriamente superior” al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita como dispone el CP peruano.

El CP federal mexicano solo hace referencia al “aumento de su patrimonio”. Sin embargo, el valor o cuantía del incremento patrimonial tiene relevancia a efectos de imponer una pena menos o más grave. Así, se establece la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de treinta a cien días cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento no supere a cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización. Si el monto supera este valor la pena es de dos a catorce años de prisión y 100 a 150 días multa.

En estos casos, lo importante será, tal como establecen los tratados, que se trate de un incremento significativo o de considerable exceso respecto de sus ingresos lícitos. Y ello, además, en coherencia con la propia denominación del delito. No hay que perder de vista que estamos ante el “enriquecimiento” ilícito y éste no se produce, desde luego, en supuestos de bagatela o incrementos de cantidades insignificantes del patrimonio. Si bien, ante cualquier tipo de duda al respecto, los tribunales pueden aplicar el principio de insignificancia

para excluir la tipicidad cuando el incremento no suponga una suma relevante (Caro Coria, 2006; Gauna Kroeger, 2014).

Una fórmula distinta utiliza el legislador español. El incremento patrimonial o la cancelación de obligaciones o deudas debe ser superior a 250.000 euros respecto a los ingresos acreditados de la autoridad. En consecuencia, cuantías por debajo de este límite no se consideran típicas. Ahora bien, lo que no establece el art. 438 bis del CP español, es si esta cuantía debe proceder de un solo acto o por la reiteración de hechos vinculados entre sí. Al margen de otras consideraciones, desde mi perspectiva, la determinación de esta cuantía debe realizarse independientemente del número de hechos, siempre que estén vinculados entre sí, lo que posibilita aplicar el delito de EI a aquellos supuestos de fragmentación o menudeo de las cantidades por debajo del límite previsto.

3.2.5.4. Durante y/o después del ejercicio de sus funciones

El periodo durante el cual ha debido producirse el incremento patrimonial debe coincidir con el periodo durante el cual el trabajador o funcionario público ha desempeñado sus funciones como tal. Esta es la opción adoptada por el CP chileno en el que se establece que el incremento patrimonial del sujeto activo ha debido producirse “durante el ejercicio de su cargo”. Es decir, la conexión temporal debe limitarse al momento en el que el funcionario asume sus funciones hasta el cese de las mismas por lo que, cualquier incremento patrimonial ilícito que se haya producido con anterioridad o posterioridad a estos momentos no podría fundamentar el castigo por EI, pero sí por otro delito distinto.

Sin embargo, no cabe obviar que el funcionario, para evitar su responsabilidad penal por EI, puede optar por recibir los beneficios una vez que haya dejado el cargo. También cabe la posibilidad de que ante la certeza de la asunción del cargo acepte algunas dádivas a cambio de realizar un acto una vez tome posesión del mismo. En atención a esta realidad, no poco frecuente, la Legislación Modelo recomienda que el legislador nacional pueda considerar adicionalmente “un periodo inmediatamente anterior o posterior a aquél en el cual el funcionario ha desempeñado su cargo”. Recomendación

parcialmente asumida por el legislador argentino que ha extendido la conexión temporal hasta “dos años después” de haber cesado en el desempeño del cargo o empleo público. Lo mismo cabe decir de la legislación colombiana que la extiende hasta los “cinco años posteriores” a su desvinculación. El mismo plazo establecido por la legislación española: “hasta cinco años después” de haber cesado en el desempeño de la función o cargo.

Cuestión distinta son las legislaciones en las que, sin establecer un nexo temporal, sí han establecido expresamente un nexo causal entre el ejercicio del cargo y el incremento patrimonial, utilizando frases como “abusando de su cargo” (contenida en el art. 401 del CP peruano) o “con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público” (prevista en el art. 224 del CP federal mexicano). En estos casos, podría interpretarse, aunque no sin reservas, que si el ejercicio abusivo o ilegítimo del cargo es lo que genera el incremento patrimonial injustificado, este podría producirse con anterioridad al momento en el que el funcionario asume el cargo e incluso después de cesar en sus funciones, siempre que esté en “vinculación causal con el ejercicio” de la función del cargo.

3.2.6. La no justificación de la procedencia del enriquecimiento por parte del sujeto activo

Como vimos supra, en los tratados el incremento significativo del patrimonio es relevante penalmente cuando el funcionario público no puede “razonablemente” justificarlo en relación con sus ingresos lícitos. Tanto la normativa argentina, española como la mexicana contienen una cláusula parecida. Así, el CP argentino se refiere al “[...] que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un incremento patrimonial” suyo o de persona interpuesta para disimularlo, mientras que la legislación española requiere que “[...] se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”. Lo mismo cabe decir del CP federal mexicano cuando contempla que existe EI cuando el servidor público “no pudiese acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima proce-

dencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño”.

El contenido de estas cláusulas ha servido para fundamentar los reparos de un importante sector doctrinal sobre la legitimidad de este delito por considerar que estas vulneran los principios de presunción de inocencia y no autoincriminación (Vidales Rodríguez, 2008; Blanco Cordero, 2013; Sánchez Benítez, 2019 & Fabian Caparrós, 2019). Estos reparos también han sido formulados por algunos autores de países cuya legislación no contempla una disposición similar. Este puede ser el motivo por el cual el legislador chileno decidió incorporar una cláusula que establece que “la prueba” del EI “será siempre de cargo del Ministerio Público”, descartándose que pueda interpretarse una inversión de la carga de la prueba y que el delito consista en la omisión de la justificación del incremento.

Sin entrar en el fondo del debate, imposible por las características de este trabajo, cabe destacar que este delito ha sido declarado constitucional tanto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina como por la Suprema Corte de Justicia de México. Sucintamente, estos tribunales consideran que la no justificación, o la *injustificación*, no forma parte del tipo ya que lo que se castiga es el EI del trabajador público. Es decir, no se castiga al funcionario porque no justifique o por la falta de justificación del incremento de su patrimonio, sino el incremento que este sufre y que no encuentra sustento en los ingresos declarados por él. La Corte Suprema argentina ha entendido que la expresión “debidamente requerido” y la no justificación incluidas en el art. 268(2) del CP argentino, deben interpretarse como un acto para garantizar el derecho del acusado de conocer los hechos de los que se le hace responsable y ejercer su derecho de defensa (caso Pico; caso Alzogaray). Igualmente, la Suprema Corte mexicana interpreta que esta cláusula se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba que, en el ejercicio de su defensa, el sujeto puede utilizar (Caso Salinas de Gortari). En mi opinión, aunque se considere que se trata de disposiciones de tipo procesal incluidas en un texto sustantivo son, en cualquier caso, perturbadoras.

Como podrá observarse, a diferencia de lo que sucede con el proceso de trasposición de algunos tratados en el que los legisladores

nacionales se limitan a copiar literalmente el contenido de estos, no cabe decir lo mismo con relación al delito de EI. Por ello, cabe advertir que no existe un modelo “único” de tipificación del EI. Algunas legislaciones como las de Chile, Perú o Colombia hacen recaer el acento en el incremento patrimonial ilícito o injustificado, mientras que otras como las de Argentina, España y México lo hacen además en la no justificación por parte del trabajador o empleado público de ese incremento. En cualquier caso, se opte por una técnica u otra, lo importante será que sea compatible con los principios de su ordenamiento jurídico.

3.2.7. El delito de enriquecimiento ilícito como delito subsidiario o residual

El EI es un tipo subsidiario o residual que solo cabe aplicar cuando el trabajador público no pueda ser sancionado o castigado por la actividad ilícita en la cual tiene origen su incremento patrimonial.

La subsidiariedad del EI está expresamente prevista en la legislación chilena y mexicana. El art. 241 bis del CP chileno establece que este delito no es de aplicación si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma algún delito cometido por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. Una disposición similar se contiene en el art. 224 del CP federal mexicano, en el que además se aclara que no cabe apreciar concurso de delitos. El mismo modelo seguido por el legislador colombiano, que en el art. 412 del CP dispone expresamente que la responsabilidad penal por EI procede siempre que la conducta realizada por el servidor público o quien haya desempeñado funciones públicas “no constituya otro delito” (Osorio Chacón, 2015).

Los códigos penales argentino, español y peruano no establecen nada al respecto, pero la propia configuración de este delito permite sostener su subsidiariedad o su carácter residual (Caro Coria, 2006). Partiendo de la base de que se trata de un delito autónomo, no hay que perder de vista que el EI está configurado, tal como lo reconoce la doctrina mayoritaria, como un tipo residual que posibilita castigar a los trabajadores o funcionarios públicos cuando no sea posible

acreditar el hecho concreto que dio origen al incremento patrimonial (Asencio Mellado, 2007; Fernández López, 2017). Esto supone que, en todos los casos en los que se determine el delito en el cual tienen origen los bienes que han posibilitado el incremento patrimonial, el sujeto deberá ser castigado por este, sin que quepa además sancionar por EI. Castigar por el delito fuente y por el enriquecimiento generado por este supondría una violación del principio *ne bis in idem* (Fabián Caparrós, 2019).

3.2.8. Tipo subjetivo

Todas las legislaciones de los países que venimos analizando configuran el EI como un delito doloso, por lo que el tipo subjetivo se perfecciona con la concurrencia del dolo. Pero no hay que perder de vista que, aunque no se prevea expresamente y, por lo tanto, no tenga que ser objeto de prueba en el correspondiente proceso penal, la actuación del sujeto denota un claro ánimo de lucro (Del-Carpio-Delgado, 2015).

3.2.9. El sistema de penas

Las penas previstas para castigar el EI en las legislaciones analizadas no son homogéneas ni en su naturaleza ni en sus límites temporales. Por ello, vamos a analizar de forma separada las legislaciones que contemplan como pena principal la prisión de las que no la contemplan como es el caso de Chile. Además, distinguiremos, por un lado, los marcos penales previstos para los tipos básicos y, por otro lado, los que corresponden a los tipos cualificados, si los hubiera.

Argentina⁵, Colombia⁶, España⁷, México⁸ y Perú⁹ prevén como pena principal la prisión cuyos límites mínimos van de 3 meses, con-

⁵ Prisión de 2 a 6 años.

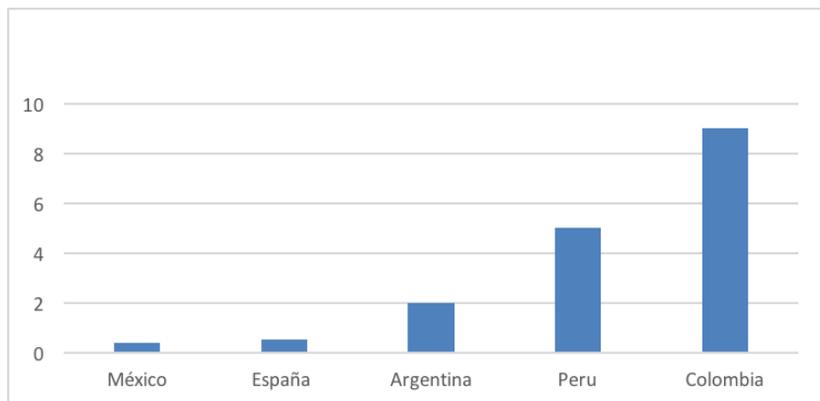
⁶ Prisión de 9 a 15 años.

⁷ Prisión de 6 meses a 3 años.

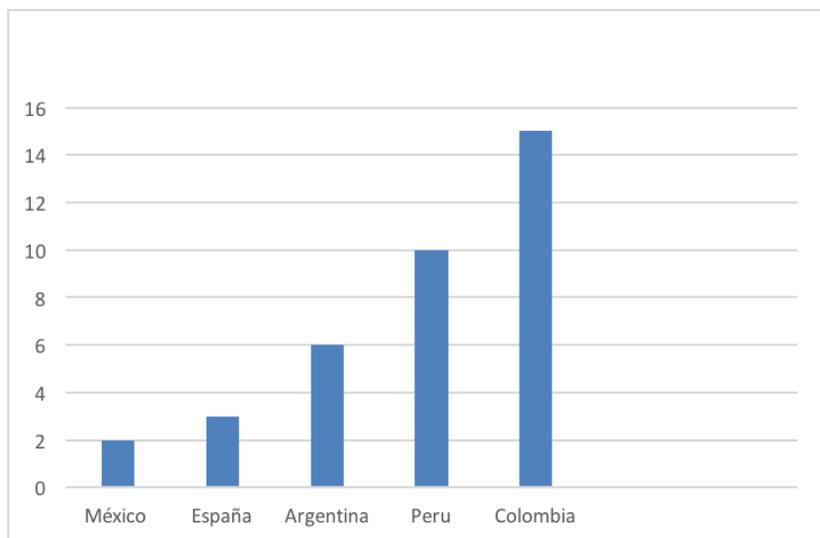
⁸ Prisión de 3 meses a 2 años de prisión.

⁹ Prisión no menor de 5 años ni menor de 10 años.

templado en la legislación mexicana, a 9 años previstos en la colombiana.



Los límites máximos van de 2 años, previstos en la legislación mexicana, a 15 años contemplados en la legislación colombiana.



Además de la pena de prisión, se prevé la pena de multa cuya imposición depende del sistema previsto en cada una de estas legislaciones. Argentina contempla multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor del enriquecimiento; es decir, se trata de una multa proporcional a la cuantía del enriquecimiento. El mismo sistema seguido por España al contemplar la pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Colombia también prevé un sistema de multa proporcional equivalente al doble del valor del enriquecimiento, sin que esta pueda superar el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. México dispone la multa de treinta a cien días y Perú de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa siendo el importe del día multa, de conformidad con el art. 44 del CP peruano, el equivalente al ingreso promedio diario del condenado que se determina atendiendo a su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Finalmente, Argentina, Colombia, España y Perú también prevén la pena de inhabilitación que en el primer caso es “absoluta perpetua”.

Con relación a los tipos cualificados o agravados, México dispone agravar la pena en función del monto del EI. Así, si este excede al equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de 100 a 150 días multa. Perú agrava la pena cuando se trate de un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional. En estos casos, la pena es prisión de diez a quince años, inhabilitación y multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El art. 33 del CP colombiano también prevé aumentar la pena de una sexta parte a la mitad cuando el EI sea cometido por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Finalmente, tal como se adelantó, Chile no contempla la prisión como pena principal. El EI se castiga con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

4. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN

Las legislaciones latinoamericanas cumplen sobradamente con el compromiso asumido, tras la ratificación de la CICC, de tipificar el EI de los trabajadores o funcionarios públicos. Una realidad distinta se observa en terceros países. El que la Convención de Mérida no obligue expresamente a tipificar este delito y las reticencias de un importante sector doctrinal sobre su compatibilidad con los principios básicos del derecho, ha supuesto que no esté contemplado en muchas legislaciones nacionales, especialmente las del continente europeo, aunque últimamente esta tendencia está cambiando tal como hemos visto con relación a la legislación española y, aunque no ha sido objeto de estudio en este trabajo, en la legislación portuguesa (Caeiro, 2021).

En principio, el delito de EI puede ser considerado como un instrumento más para contrarrestar la corrupción asociada al COT cuando otros diseñados para el mismo objetivo fracasen, pero al igual que sucede con otras figuras penales configuradas con el mismo fin, su aplicación en la práctica es casi simbólica.

A pesar de que este delito fue introducido en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas hace varias décadas, no existe un consenso ni menos una opinión mayoritaria respecto al bien jurídico protegido; sin perder de vista de que el sector doctrinal que cuestiona la legitimidad de este delito considera que carece de bien jurídico. Ahora bien, teniendo en cuenta que, de forma general, estas conductas se tipifican para proteger de forma mediata la función pública, de acuerdo con recientes pronunciamientos considero que lo inmediatamente protegido es la transparencia de la situación patrimonial de los servidores públicos.

De los sistemas analizados se observa los siguientes modelos de tipificación. Por un lado, el modelo en el que, además del incremento patrimonial apreciable, es necesario la no justificación de este por parte del funcionario público y, por otro lado, el modelo que se caracteriza por la ausencia de cualquier referencia a la necesidad de justificación de la legitimidad de los ingresos por parte de los imputados, castigándose el incremento patrimonial desproporcionado.

Este último es el modelo seguido por el legislador colombiano y, aunque se aparte del modelo previsto en los tratados internacionales, desde mi punto de vista, es el que menos problemas interpretativos presenta.

Cabe resaltar que, por lo general, el EI se configura como un delito especial propio del que solo puede ser sujeto activo quien tenga la condición de autoridad, empleado, trabajador o funcionario público, pero Colombia y otros países también lo extienden a los particulares. Desde mi perspectiva, esta modalidad de EI es innecesaria y su mantenimiento o incorporación en las legislaciones penales nacionales solo provoca una hipertrofia legislativa que genera, entre otros problemas, un complejo entramado de concursos de delitos o de leyes. Aunque en el plano teórico puede establecerse criterios para delimitarlo de otras figuras penales con los que guarda una estrecha afinidad como puede ser el comiso o el lavado de activos, entre otros, el resultado puede no ser del todo satisfactorio.

Llama especialmente la atención la disparidad de los marcos penales. No se trata de contemplar penas más severas, por el contrario, estas deben respetar siempre el principio de proporcionalidad que en algunos sistemas jurídicos tiene rango constitucional. Por este y otros motivos, no consideramos proporcional los marcos penales previstos en la legislación colombiana que contempla para el tipo básico de EI pena de prisión de hasta 15 años. Sorprendería la gravedad de esta pena si no fuera porque Colombia ha optado por un sistema penológico caracterizado por contemplar penas de prisión excesivamente largas, que distan mucho de ser respetuosas con los principios de humanidad y resocialización.

Ahora bien, en el otro extremo están las legislaciones que prevén penas especialmente benévolas en comparación con las previstas para algunos delitos comunes. Esta situación no es extraordinaria si tenemos en cuenta que tradicionalmente las penas contempladas para los delitos cometidos por trabajadores o empleados públicos han sido especialmente indulgentes en comparación con las previstas para la pequeña delincuencia patrimonial cuyo sujeto activo, la mayoría de las veces, pertenece a la clase social más desfavorecida, por no decir pobre.

Así, por ejemplo, según el art. 368 bis del CP federal de México, el delito de receptación, es decir, la posesión, enajenación o adquisición de bienes procedentes de un delito de robo cometido por otro, cuyo valor sea superior a quinientas veces el salario (equivalente a 103.720 pesos, enero de 2023), se castiga con una pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa. Sin embargo, la pena prevista para el funcionario público que se enriquece ilícitamente por un monto no superior al equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización (518.700 pesos, 2022), es de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. El mismo límite máximo de la pena de prisión y la misma pena de multa prevista para el delito de robo simple o hurto (arts. 367 y 370 CP federal), a saber, para el sujeto que se apodera de cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. Lo mismo cabe decir respecto a la legislación chilena. Como hemos visto el EI se castiga con pena de multa proporcional e inhabilitación absoluta temporal, mientras que, por ejemplo, cualquiera de las modalidades de hurto previstas en el art. 446 del CPCH prevén penas de prisión y multa.

Desde mi perspectiva, esta situación es el reflejo del mantenimiento de un sistema de justicia penal cada vez más clasista. Quienes elaboran las normas penales están más centrados en reforzar la criminalización de la pobreza y poco preocupados en el castigo proporcional de quienes aprovechando el poder que les otorga el ejercicio de la función pública se enriquecen ilícitamente. En este contexto, cualquier observador anotaría que, como quienes elaboran las leyes contra la corrupción son los mismos destinatarios de estas, les interesa prever marcos penales menos graves, poco o nada disuasorios, llegando a ser, en algunos casos, simbólicos. Por ello, sin pretender proponer la reformulación de todo el sistema penológico de cada uno de los países de referencia, sí creo conveniente analizar los marcos penales previstos para el EI teniendo en cuenta, como no podía ser de otra forma, el principio de proporcionalidad.

Estos y otros aspectos han sido objeto de estudio que, en cualquier caso, no agota el análisis de este delito.

Con todas las cautelas necesarias en un trabajo de estas características, como primera propuesta de acción considero indispensable,

si no lo hubiera ya, prever medidas de naturaleza preventiva. Considero imprescindible configurar un marco normativo de naturaleza administrativa que obligue a los trabajadores públicos a realizar una declaración de su patrimonio antes y tras finalizar el ejercicio de su cargo, así como anualmente, mientras se mantengan en este, sin perder de vista la adopción de medidas que permitan determinar la identidad de los destinatarios finales que actúen a nombre de estos, especialmente de los familiares. Paralelamente, es imprescindible un sistema de vigilancia y control en la contratación pública, un sistema electrónico que permita conocer todas las adjudicaciones o un sistema de alerta temprana, entre otras medidas que doten de transparencia el ejercicio de la función pública.

En esta línea, en segundo lugar, debería potenciarse, tal como se hace en Brasil, el recurso al derecho administrativo. Es decir, sanciones de naturaleza distinta a la penal como puede ser la extinción de dominio, la pérdida de la función pública, entre otras, aplicables a los empleados públicos en casos de EI en el ejercicio de su mandato, cargo, empleo o función en la Administración Pública. En este estado, debería afianzarse la investigación patrimonial y económica, en parecidos términos al enfoque *follow the money* que se viene utilizando en el contexto del lavado de activos. Así, será clave para determinar el origen del EI la localización de bienes a través de los asientos bancarios, facturas de suministros básicos, recibos, tarjetas de fidelización de comercios, pólizas de seguros y, en general, cualquier documento que revele cualquier tipo de transacción económica.

En tercer lugar, a nivel represivo, es evidente que las legislaciones de los países de referencia cuentan con un amplio catálogo de delitos cuyo objetivo fundamental es contrarrestar la corrupción de los trabajadores y empleados públicos. Lo mismo cabe decir de las extensas y variadas formas de comiso. La aplicación de estos delitos y el correspondiente comiso de los bienes debería ser suficiente para evitar el EI, pero esto no siempre es posible.

Utilizando el soborno, la coima, la mordida o como se le quiera llamar, la criminalidad organizada, sea o no transnacional, convierte a algunos funcionarios o trabajadores públicos en sus cómplices que, sin necesidad de formar parte activa de una determinada organización criminal, terminan influyendo en los poderes públicos. Con-

secuentemente, si la corrupción llega a cualquier trabajador o empleado público que, como operador público, debe hacer cumplir la ley, entonces las leyes terminan siendo papel mojado. Sin embargo, también hay funcionarios o trabajadores públicos dispuestos a ejercer de forma honesta la función que tienen encomendada, si bien, lamentablemente, no disponen de la infraestructura, especialmente tecnológica, para hacerlo.

Así, Colombia tiene un complejo y extenso marco normativo para atajar casi todas las aristas de la corrupción, dentro de las que se encuentra el EI. Lo mismo cabe decir del resto de países, especialmente los del ámbito latinoamericano que, con mayor o menor acierto, han legislado para contrarrestar este fenómeno criminal. Existen leyes, buenas leyes, pero muchas veces no hay personas que pueden hacerlas cumplir y cuando las hay estas no tienen los medios necesarios. Tal como aparecen en los informes oficiales, los medios con los que cuentan los operadores policiales y/o judiciales son insuficientes.

Como hemos advertido, la legislación colombiana es especialmente prolija, pero a la vez insuficiente. Por ello, como complemento a las propuestas de acción anteriormente descritas, con relación específicamente a Colombia consideramos necesario: (a) la derogación del delito de EI de particulares o, en su defecto, establecer criterios para limitar su ámbito de aplicación. Aunque esta modalidad delictiva no es objeto de estudio en este trabajo, haciendo un análisis de su regulación en otras legislaciones latinoamericanas se observará que la mayoría de estas incorporan determinados elementos que limitan su ámbito de aplicación que evita, en alguna medida, problemas concursales, especialmente con el lavado de activos; (b) extender el ámbito de aplicación del EI de funcionarios públicos a quienes sin haber formalmente asumido sus funciones públicas, su nombramiento sea certero. Esto permitiría abarcar supuestos en los que la obtención del incremento es anterior a la asunción del cargo, aunque haya tenido origen o se haya motivado en el posterior desempeño en él; y (c) modificar los marcos penales previstos. Aunque la deriva punitiva, no solo en Colombia, va en el sentido de contemplar marcos penales especialmente gravosos, debería preverse penas que sean respetuosas con los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2002). México.
- Amparo en Revisión 1293/2002. 15.08.2002. Caso *Salinas de Gortari*.
- Causa núm. 4787 (2005). Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV. Argentina. 09.07.2005. Caso *Alsogaray*.
- Sentencia C-319/96. Corte constitucional de Colombia. 18.07.1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo n° 1065/1992. España. 12.05.1992.

Doctrina

- Acevedo, R. (1983). *Manual de Derecho penal*. Colombia: Editorial Temis Librería.
- Asencio, N. (2007). “La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito”. En: Alcaraz, R. (ed.). *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*. Ed. La Ley. Pp. 70-113.
- Blanco, C. (2013). “El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués”. *Revista electrónica de la AIDP*. Pp. 1-19.
- Caeiro, P. (2021). “O enriquecimento ilícito ou injustificado, a ocultação de riqueza e a orelha de Van Gogh”. *Católica Law Review*. Vol. (3). Pp.73-105.
- Camargo, P. (2002). *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá: Leyer.
- Caro, D. (2006). “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el derecho penal peruano”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N°. 20-21. Pp. 271-398.
- Cartolano, V. (2011). “Aspectos fundamentales del delito de enriquecimiento ilícito. Suplemente Penal”. *La Ley*. Pp. 1001-1012.
- Creus, C. (1981). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2015). “El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional”. *Revista General de Derecho Penal*. Vol (23). Pp. 1-67.
- Del-Carpio-Delgado, J. (2024). El delito de enriquecimiento injustificado en el Código Penal español. España: Aranzadi.
- Díaz, E. (2008). “¿Previene el delito de enriquecimiento ilícito la corrupción?”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

- Fabián, E. (2019). “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”. En: Rodríguez García y otros (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. España: Tirant lo Blanch. Pp. 595-610.
- Fernández, M. (2017). “Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito”. En: Asencio (ed.), Fernández (ed.). *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. España: Tirant lo Blanch. Pp. 268-296.
- Gauna, K. (2014). “El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Código Penal”. *Derecho Penal y Criminología* 3. Pp. 25-35.
- Hernández, H. (2006). “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 2. N° XXVII. Pp. 183-222.
- Osorio, A. (2015). *El enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares*. Bogotá.
- Roca, L. (2013). “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”. *Revista de derecho y proceso penal*. N° 31. Pp. 51-181.
- Rodríguez, N & Gabriel, G. (2015). “El delito del enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas”. *Cuadernos de política criminal* 116. Pp. 201-260.
- Sales, J. (2018). “O crime de enriquecimento ilícito das 10 medidas contra a corrupção: crime de suspeita ou de Estado?”. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. Vol. (2). Pp. 126-143.
- Sánchez, C. (2019). “El delito de enriquecimiento ilícito: ¿una propuesta inconstitucional?”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. Vol. (4). Pp. 1-21.
- Scalcon, R & Giuliani, E. (2018). “Reflexión sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil: un análisis de la legitimidad constitucional y dogmático penal del proyecto de ley 4850/20161”. *Nuevo Foro Penal*. N° 90. Pp. 195-226.
- Vidales, C. (2008). El Delito de Enriquecimiento Ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparativa. *Especial referencia a la legislación colombiana*.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Naciones Unidas (2006). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.

ANEXO LEGISLATIVO

Código penal de la nación argentina. Título XII. Delitos contra la administración pública

CAPÍTULO IX BIS. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

Artículo 268 (2). Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces 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 (2) 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.

Código penal de Chile. Título quinto. De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos

§VI. Fraudes y exacciones ilegales.

Artículo 241 bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.

Código penal de Colombia. Título XV. Delitos contra la administración pública

CAPÍTULO V. DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

Artículo 33. Circunstancias de agravación punitiva. Los tipos penales de que tratan los artículos [...] 412 [...] les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Código penal de España. Título XIX. Delitos contra la administración pública

CAPÍTULO VIII. DE LOS FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

Artículo 438 bis. La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar

su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.

Código penal federal de México. Título décimo. Delitos por hechos de corrupción

CAPÍTULO XIII. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 224. 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 aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Para efectos del párrafo anterior, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.

No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

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.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

Código penal de Perú. Título XVIII. Delitos contra la Administración Pública

CAPÍTULO II. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

401. Enriquecimiento ilícito. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

CAPÍTULO IV. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Artículo 57.- Requisitos. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos [...] 401 del Código, [...].

2. CORRUPCIÓN PRIVADA

Capítulo 7

El cohecho en el sector privado

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI*
ISIDORO BLANCO CORDERO*
MIREN ODRIOZOLA GURRUTXAGA*

1. INTRODUCCIÓN

Si el interés internacional por la lucha contra la corrupción pública es reciente, más aún lo es el de la lucha contra formas semejantes de abuso de poder aplicadas en los negocios o, en general, en el sector privado. En realidad, los pagos y regalos hechos a empleados de empresas privadas por parte de otras empresas que competían entre sí, solo recientemente ha comenzado a preocupar, si bien ya desde principios del siglo XX algunos Estados manifestaron su interés por limitarlos a través de la utilización del instrumento penal, como en Reino Unido con su *Prevention of Corruption Act* (1906), que sirvió de modelo para la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemana (1909), la cual contaba con un § 12 dirigido a sancionar esta clase de conductas. Posteriormente, otros países europeos (p. ej., Francia, Bélgica, etc.) siguieron el mismo camino incriminando penalmente estas modalidades de corrupción, una práctica contemplada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003) que no encuentra reflejo en los demás textos internacionales relevantes en materia de corrupción,

* Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU. Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). Presidente honorario de la AIDP. ORCID: 0000-0002-8187-6201.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante. Miembro de honor del Instituto Vasco de Criminología. ORCID: 0000-0002-7843-7531.

* Profesora de Derecho Penal de la UPV/EHU. Miembro del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU). ORCID: 0000-0002-2976-4755.

centrados fundamentalmente en la corrupción en el sector público, salvo en el ámbito regional europeo.

Con base en lo anterior, la presente contribución examina la regulación del cohecho en el sector privado, también denominado en ocasiones corrupción o soborno entre particulares, en la Convención de Mérida y en diversos sistemas de referencia no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con una especial referencia al ordenamiento jurídico colombiano y a las especificidades que su regulación pueda presentar cuando se encuentra vinculada al crimen organizado transnacional (COT).

2. BIEN JURÍDICO

Cuestión central en el debate en torno a la incriminación de estas conductas es la del bien jurídico a proteger. Dos son, en general, los modelos seguidos en derecho comparado a la hora de incriminar el cohecho, corrupción o soborno en el sector privado (De la Cuesta Arzamendi & Blanco Cordero, 2002: 267 et. seq.):

1. Los más tradicionales, que orientan el núcleo del injusto de estas conductas en la violación, por parte del empleado, de sus deberes y obligaciones (extrapenales) hacia su empresario/empleador: en particular, de su deber de lealtad y/o fidelidad, de aquí que, siendo un elemento esencial la actuación contraria a deber, a espaldas del empresario/empleador, la actuación sea impune si el riesgo de desviación de intereses no se produce al contar con el consentimiento de aquel.
2. Los sistemas más modernos, que ligan la tipificación del cohecho privado no tanto con la agresión a las relaciones privadas entre empleado y empleador, con el ataque al interés general de lealtad, necesario para la libre competencia, la cual se ve afectada negativamente (al menos, puesta en peligro siquiera de modo abstracto) cuando en las relaciones económicas se introducen elementos que no son los normalmente esperables por los participantes en las mismas. Desde esta perspectiva (centrada en la deslealtad competitiva), la existencia de una

infracción del deber hacia el empresario/empleador no resulta estrictamente necesaria para la realización del tipo penal, y el contar con su conocimiento y aprobación no conlleva la exención de responsabilidad penal.

La controversia también ha encontrado reflejo en la normativa supranacional. Tanto la Convención de Mérida (2003) como el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa (Convenio ConsEur) (1999) apuntaron de manera clara a la necesidad de infracción de deberes: en particular, los propios y/o derivados de la relación jurídica laboral/civil que liga a los sujetos del delito con su empresario. Sin embargo, en el caso de la normativa de la Unión Europea el riesgo de menoscabo de la competencia leal fue sin duda la ratio primordial para reclamar la intervención penal estatal contra la corrupción en el sector privado. Así, el art. 2.3 de la Acción Común europea 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado exigía a los Estados castigar, “como mínimo” aquellas conductas de corrupción privada distorsionadoras o generadoras de un riesgo de “distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común, y que cause(n) o pueda(n) causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”.

Ahora bien, la exigencia de “distorsión de la competencia” pasó a ser una disposición facultativa en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, en virtud de la cual se autoriza a los Estados miembros a restringir el ámbito de punibilidad de la corrupción activa y pasiva en el sector privado “a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales” (art. 2.3).

3. ÁMBITOS UNIVERSAL Y REGIONAL

Los primeros textos internacionales relativos a la corrupción se centraron en el cohecho, corrupción o soborno en el plano transnacional y en el sector público. Así, ni la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) (1996), ni la Convención Internacional contra la Delincuencia organizada Transnacional (CODPT o Con-

vención de Palermo) (2000), se ocupaban específicamente de la corrupción en el sector privado.

Sí que lo hizo la CNUCC, reclamando la apropiada prevención de la corrupción en el sector privado (art. 12) y definiendo en sus arts. 21 y 22, como conductas particularmente necesitadas de intervención penal en este ámbito: (a) el soborno en el sector privado (art. 21); y (b) la malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22).

También el Convenio ConsEur incorporó algunos preceptos relativos al cohecho, corrupción o soborno en el sector privado, si bien es en la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado¹, donde esta encuentra un mayor desarrollo normativo en el plano internacional y regional.

En todo caso, y como se subrayó ya en relación con el cohecho de funcionarios, tampoco en este marco, a la hora de la regulación de la corrupción, prima el interés por la participación de la delincuencia organizada en el fenómeno del cohecho en el sector privado, que en la línea de lo previsto por el art. 8 de la Directiva (UE) 2017, para el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, merecería ser tratada, cuanto menos, como una agravante a través de la previsión del correspondiente tipo cualificado.

3.1. Cuestiones terminológicas: el significado de la expresión “personas jurídicas”

La falta de uniformidad terminológica que se da en los textos internacionales sobre corrupción de funcionarios nacionales (De la Cuesta, Blanco & Odriozola Gurrutxaga, 2022: en prensa) se reproduce igualmente en relación con la corrupción en el sector privado. Si bien se utiliza la voz “corrupción” para referir en general el fenómeno y algunas de las conductas cuya penalización se reclama,

¹ El art. 8 de la Decisión Marco 2003/568/JAI derogó la Acción Común europea 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado.

en ciertos textos, como en la Convención de Mérida (art. 21), se prefiriere utilizar los términos “cohecho” o “soborno”.

Por lo demás, el art. 1(d) de la Convenio ConsEur y el art. 1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI consideran “persona jurídica” a toda entidad con tal estatuto o régimen jurídico según el derecho nacional aplicable, y excluyen de este concepto a los Estados u otras entidades u organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública, así como a las organizaciones internacionales públicas.

El art. 1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI delimita, a su vez, “la expresión incumplimiento de las obligaciones” y, si bien reconduce su entendimiento a lo dispuesto por el derecho nacional, establece asimismo que:

[...] el concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado.

3.2. El cohecho, corrupción o soborno en el sector privado

Al igual que en el caso de los funcionarios públicos nacionales, dos son las modalidades principales de cohecho, corrupción o soborno en el sector privado contempladas por la normativa internacional y regional: el delito de cohecho activo y el delito de cohecho pasivo. Estamos ante conductas que, si para la CNUCC no son objeto de tipificación obligatoria (art. 21), sí que deben ser objeto de incriminación a la luz del Convenio ConsEur (art. 7) y de la Decisión Marco 2003/568/JAI (art. 2).

Estas conductas han de producirse, además, “en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”² (Convención de Mérida, art. 21), reconociéndose de manera expresa por la Decisión

² “En el marco de una actividad comercial”, para el art. 7 del Convenio ConsEur. “En el transcurso de actividades profesionales”, según el art. 2.1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

Marco europea su aplicabilidad “a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos” (art. 2.2), así como la posibilidad de restringir su alcance “a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales” (art. 2.3).

3.2.1. El cohecho, corrupción o soborno activo

Al no demandar ninguna calidad específica para los sujetos activos, se trata de un delito común. En el mismo, solo las personas que ejerzan funciones directivas en entidades pertenecientes al sector privado, o que trabajen (Convenio ConsEur, art. 7) o “cumpla(n) cualquier función en ella” (CNUCC, art. 21), pueden ser sujetos pasivos de la acción de cohecho activo.

La conducta objetiva típica de cohecho activo consiste en “la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta”³ de “una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero”⁴ (Decisión Marco 2003/568/JAI, art. 2.1(a)).

Se requiere en el tipo subjetivo no solo el dolo⁵, sino un elemento subjetivo del injusto adicional consistente en el hecho de perseguir que el sujeto pasivo de la acción, “faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar” (CNUCC, art. 21) o, lo que es lo mismo, “realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones” (Decisión Marco 2003/568/JAI, art. 2.1(a)). El tipo es, por tanto, de intención: más concretamente, un tipo de resultado

³ “Prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario”, en el art. 2.1(a) de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

⁴ “Cualquier ventaja indebida [...] para sí misma o para cualquier otro”, según el art. 7 del Convenio del ConsEur. “Un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona”, en el art. 21 de la CNUCC.

⁵ Dispone al respecto el art. 28 de la CNUCC, que “el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas”.

cortado⁶, al consumarse con la realización de la conducta típica “con el fin de que se produzca cierto resultado que ya no pertenece al tipo”⁷.

3.2.2. El cohecho, corrupción o soborno pasivo

En el caso de cohecho pasivo, la delimitación del ámbito de los sujetos activos convierte a esta figura en un delito especial: sólo la “persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”⁸ (CNUCC, art. 21) puede cometer, en efecto, este delito. Frente a ello, sujeto pasivo de la acción puede ser, en este caso, cualquiera.

Por lo que respecta a la conducta típica objetiva, la corrupción o soborno pasivo consiste en solicitar o aceptar directa o indirectamente, “un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona”⁹ (CNUCC, art. 21 (b)).

En el tipo subjetivo, el delito es doloso y de intención. Exige como elementos subjetivos adicionales del injusto, referidos al sujeto activo, tanto el ánimo de obtención de un beneficio (no necesariamente lucrativo) para sí o para otro, como la finalidad consistente en la actuación o abstención de actuar “faltando al deber inherente a sus funciones” (CNUCC, art. 21 (b))¹⁰, lo que, no siendo necesario que

⁶ Al igual que el cohecho activo de funcionarios públicos. Vid.: De la Mata Barranco (2004: 192).

⁷ Díez Ripollés (2020) 222.

⁸ “La persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado”, según el art. 8 del Convenio ConsEur. Quienes “desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado”, según el art. 2.1 (b) de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

⁹ “Solicitar o recibir, directamente o por la intermediación de tercero, una ventaja indebida o aceptar la oferta o promesa para sí mismo o para cualquier otro”, según el art. 8 del Convenio ConsEur. “Pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero”, según el art. 2.1 (b) de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

¹⁰ “A cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”, en la formulación del art. 2.1 (b) de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

tenga lugar para la consumación del delito, hace de este tipo penal un delito mutilado de dos actos, pues la actuación o abstención de actuar queda en manos del sujeto activo¹¹.

3.2.3. Tentativa y participación

El art. 27.2 de la CNUCC deja en manos de los Estados la posibilidad de castigo de “la preparación con miras a cometer” alguno de los delitos contemplados por ella, y, por tanto, también del cohecho activo y pasivo en el sector privado, así como de la tentativa (art. 27.3); el margen de aplicación de la tentativa será en todo caso muy limitado (si no inexistente) dada su condición de tipos de mera actividad.

En cuanto a la autoría y participación, la misma CNUCC (art. 27.1) ordena a los Estados, respecto de los delitos contemplados en ella, la tipificación “como delito, de conformidad con su derecho interno”, de “cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador”¹². Lo mismo hace el art. 15 del Convenio ConsEur, que recoge el deber de los Estados de “erigir en infracción penal, conforme a su derecho interno, todo acto de complicidad en cualquiera de las infracciones penales” recogidas en el mismo.

Por su parte, el art. 3 de la Decisión Marco 2003/568/JAI ordena a los Estados la adopción de “las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales”.

¹¹ Como el cohecho pasivo de funcionarios públicos. Vid.: De la Mata Barranco (2004: 192).

¹² También les anima a “considerar(á) la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” (CNUCC, art. 24).

3.3. Penas y otras consecuencias

Es criterio de la CNUCC (art. 30.1) que todas las infracciones contempladas (y, por tanto, también el cohecho activo y pasivo en el sector privado) sean objeto de “sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”, algo a observar igualmente de cara al otorgamiento de “la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables” de las mismas (CNUCC, art. 30.5).

El Convenio ConsEur se ocupa asimismo de establecer criterios referidos a las sanciones y medidas aplicables. Estas deben ser “efectivas, proporcionales y disuasorias” e incluir, en el caso de las personas físicas, “sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición” (art. 19.1).

En cuanto a la Decisión Marco 2003/568/JAI, el art. 4.1. demanda igualmente “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”, mientras que el art. 4.2. añade que “[l]os Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años”. Por su parte, el art. 4.3 ordena también la aplicación de sanciones privativas de derechos en estos supuestos:

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva.

3.4. Responsabilidad de las personas jurídicas

La exigencia a los Estados parte de adopción de las “medidas necesarias”, de acuerdo con sus principios jurídicos, para el estableci-

miento de la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos cubiertos por la CNUCC es clara a partir de lo dispuesto en su art. 26. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte y sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan realizado los delitos, este prevé que la responsabilidad de las personas jurídicas pueda “ser de índole penal, civil o administrativa” y comprender “sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”.

Mayor desarrollo encuentra la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Convenio ConsEur y en la Decisión Marco 2003/568/JAI. Con base en el art. 18 del Convenio del ConsEur y en el art. 5 de la Decisión Marco, la responsabilidad de las personas jurídicas puede derivar en este ámbito de los hechos cometidos por personas físicas que actúen: (a) por cuenta de la entidad (“en su provecho” para la Decisión Marco), individualmente o como miembros de un órgano de la misma; (b) ocupando posiciones directivas con poder de representación; o (c) con autoridad para la adopción de decisiones en nombre de la persona jurídica o para ejercer un control en su seno. Dicha responsabilidad puede también derivarse de la participación de esas mismas personas como cómplices o inductores, así como de la falta de vigilancia o control por parte de las personas indicadas, que acabe resultando en la comisión de los hechos por alguna persona física sometida a su autoridad.

Los arts. 9 del Convenio ConsEur y 6 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, requieren para estos supuestos la imposición de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Además, mientras en el Convenio ConsEur, estas sanciones pueden tener “naturaleza penal o no” y abarcar “sanciones pecuniarias”, el art. 6 de la Decisión Marco 2003/568/JAI (referido a los supuestos de hechos cometidos por directivos de la entidad) dispone respecto de las citadas sanciones que conllevarán multas de carácter penal o administrativo, y podrán incluir otras sanciones, tales como: (a) la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; (b) la inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; (c) la vigilancia judicial; o (d) la medida judicial de disolución. Así mismo, según el art. 6.2. de la Decisión Marco, “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas considera-

das responsables” por hechos cometidos debido a la falta de vigilancia o control de los directivos “puedan ser castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

El art. 29 de la CNUCC se fija en la prescripción, que los Estados deben fijar de manera amplia con el fin de permitir la persecución de los hechos ante los tribunales; el plazo ha de ser “mayor” (permitiéndose su interrupción) “cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”.

Por lo demás, se incluyen en los textos internacionales y europeos otras disposiciones, entre ellas las referidas al decomiso e incautación de los productos del delito (o de otros bienes de valor equivalente (CNUCC, art. 31.1(a)), así como de los bienes, equipos e instrumentos utilizados o destinados a su comisión (CNUCC, art. 31)¹³.

4. EL COHECHO, CORRUPCIÓN O SOBORNO ACTIVO EN EL SECTOR PRIVADO

4.1. *Primera aproximación a la regulación normativa*

4.1.1. **Sistemas no latinoamericanos: España, Italia y Estados Unidos**

4.1.1.1. *España*

En España, la sección 4 (delitos de corrupción en los negocios) del capítulo XI (de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del libro II del CP regula, en sus arts. 286 bis, *ter* y *quater*, los tipos penales relativos a “la corrupción en los negocios”. Tras la introducción del art. 286 bis del CP por la LO 5/2010, como consecuencia de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el

¹³ El art. 19 del Convenio ConsEur (que se completa por lo dispuesto en su art. 23) contiene una previsión similar.

sector privado, la regulación actual es producto de las reformas intervenidas por la LO 1/2015 y la LO 1/2019.

El cohecho activo entre particulares encuentra cabida en la regulación del art. 286 bis (2) del CP. Tipifica esta conducta de “quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. El tipo cualificado del art. 286 *quater* del CP (casos de especial gravedad, entre los que se encuentra el supuesto de “que se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”)¹⁴, resulta aplicable a la modalidad activa de corrupción en los negocios, al igual que lo dispuesto por el art. 286 bis (3), que autoriza a “jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable” a “imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”. También resulta de aplicación respecto del cohecho activo entre particulares el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 288.II del CP).

Por su parte, el art. 286 *ter* CP tipifica la modalidad activa de cohecho en la realización de actividades económicas internacionales, la cual se analizará en el capítulo 2¹⁵.

¹⁴ Así como que: (a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; (b) la acción del autor no sea meramente ocasional; o (c) que el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

¹⁵ La LO 1/2015 trasladó (con algunas modificaciones), el contenido del anterior art. 445 CP (ubicado entre los delitos contra la administración pública) al nuevo art. 286 *ter* (ubicado entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores). El antiguo art. 445 *bis* del CP fue introducido por la LO 3/2000 en el título XIX *bis* para incorporar al Derecho español las obligaciones impuestas por el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, si bien la LO 15/2003 pasó a regular la citada figura en el art. 445 del CP, el cual fue posteriormente modificado en 2010.

4.1.1.2. Italia

En Italia, la corrupción privada se regula en el capítulo IV (*degli altri illeciti, delle circostanze attenuanti e delle misure di sicurezza patrimoniali*) del título XI (*disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*) del libro V (*del lavoro*) del Código Civil (CC): arts. 2635 (corrupción entre particulares) y 2635 bis (instigación a la corrupción entre particulares). La doctrina critica la decisión de mantener el delito de corrupción entre particulares en el ámbito del CC, en lugar de incluirlo en el CP, alineándose con las directrices de política criminal seguidas por varios legisladores europeos hacia la equiparación del cohecho privado y público (Macrì, 2018: 405-432). Tras su introducción en el sistema legal italiano mediante el Decreto Legislativo nº 61/2002, de 11 de abril, su regulación ha sido objeto de varias reformas, como las llevadas a cabo por la Ley 262/2005, la Ley 90/2012, el Decreto Legislativo 38/2017 y la Ley 3/2019.

El Decreto Legislativo nº 38/2017, de 15 de marzo, reformuló radicalmente el delito de corrupción entre particulares del art. 2365 del Código Civil italiano e introdujo el nuevo tipo penal de instigación a la corrupción entre particulares en el art. 2635 bis del mismo cuerpo legal, adelantando así el momento consumativo del delito (Melchionda, 2020: 135-137; Macrì, 2018: 405-432). Entre las reformas, destaca la eliminación de la anterior referencia al resultado consistente en el “perjuicio a la sociedad”, lo cual supuso la transformación del delito en un tipo penal de “mera actividad” (Melchionda, 2020, 136; Macrì, 2018, 405-432).

La Ley 3/2019, de 9 de enero de 2019, que contiene “medidas para combatir los delitos contra la administración pública, así como sobre la prescripción del delito y sobre la transparencia de los partidos políticos y los movimientos políticos”, conocida como “Legge spazacorrotti”, modificó la regulación del delito de corrupción entre particulares y el delito de instigación a la corrupción entre particulares (arts. 2635 y 2635 bis del Código Civil, respectivamente), siendo la principal novedad la modificación de las reglas de procedibilidad de ambos delitos: concretamente, y siguiendo las recomendaciones del GRECO, la eliminación de la exigencia de interponer previamente la denuncia como requisito de perseguibilidad del delito (Melchionda, 2020: 128, 138; Macrì: 2018, 405-432; Mongillo, 2019: 292).

Tras las citadas reformas, es el párrafo tercero del art. 2635 del CC el que tipifica la modalidad de corrupción activa entre particulares, consistente en la conducta de quien, también a través de un tercero, ofrezca, prometa o entregue dinero u otro tipo de beneficios indebidos a los sujetos de referencia¹⁶ previstos en los párrafos primero y segundo del mismo artículo. En el párrafo primero del art. 2635 bis CC se contempla la modalidad activa de la instigación al cohecho entre particulares.

4.1.1.3. *Estados Unidos*

En lo que se refiere a EE.UU., aunque las legislaciones de la mayoría de los distintos Estados prevén tipos penales que sancionan el soborno en el ámbito comercial¹⁷, ninguna ley federal prevé expresamente el delito de cohecho en el sector privado, no obstante lo cual dichas conductas pueden ser sancionadas a nivel federal mediante la aplicación de otros tipos penales (Mendelshon, 2020; Green, 2013: 43-46; Rohlfen, 2012: 159-164), en particular: (a) la sección 1346 del título 18 del *United States Code* (U.S.C), con base en los *mail and wire fraud Statutes*; (b) la sección 1952 del título 18 del U.S.C. a partir de la *travel Act*; y (c) por la vía de la sección 666 del título 18 U.S.C. que también tipifica como delito el cohecho en relación con los receptores de fondos de programas federales, quienes pueden ser empresas privadas (Mendelshon, 2020). Dado que se trata de tipos penales que no tipifican expresamente la corrupción en el sector privado y que se

¹⁶ Administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas (y también las personas que, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos anteriores) (art. 2635 I del CC), así como las personas que estén sujetas a la dirección o supervisión de una de las personas que se acaba de indicar, incluyendo, por tanto, a quienes desempeñen funciones de dirección diferentes o incluso a empleados que desempeñen una función no directiva (art. 2635 II del CC).

¹⁷ Para un análisis de las distintas legislaciones estatales, *vid.*: Rohlfen (2012: 165-193); Green (2013: 45-46).

aplican de manera muy amplia, en el presente trabajo no se abordarán cada uno de los elementos de dichos tipos penales.

4.1.2. Sistemas latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

En nuestro estudio no hemos encontrado normativa específica sobre la corrupción entre particulares en los sistemas de Argentina (que sí ha elaborado algún proyecto de ley sobre el tema) y en el sistema federal de México.

En Brasil, el art. 195 de la Ley 9.279 de 14 de mayo de 1996, que regula derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, entendiéndole que comete delito de competencia desleal, según el apartado IX, quien

[D]a o promete dinero u otros beneficios a un empleado de un competidor, de manera que éste, incumpliendo sus deberes laborales, le proporcione una ventaja.

En Chile, la sección VII bis del título sexto (de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares), del libro segundo (crímenes y simples delitos y sus penas), regula en los arts. 287 *bis* y 287 *ter* la corrupción entre particulares. Dispone el art. 287 *ter*, en cuanto a la corrupción activa:

El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además, se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente.

En Perú, mediante el Decreto Legislativo N° 1385, publicado en el diario oficial El Peruano de 4 de setiembre de 2018, se modificó el CP, incorporando los arts. 241-A y 241-B, con el fin de sancionar penalmente los actos de corrupción entre privados en las relaciones comerciales (art. 241-A) y los comportamientos desleales que perjudiquen a las personas jurídicas (art. 241-B). Ambos preceptos se

encuentran ubicados dentro del capítulo IV, denominado “de otros delitos económicos”, perteneciente al título IX sobre “delitos contra el orden económico”, correspondiente al libro segundo, parte especial de los delitos, del CP. Castiga el art. 241-A a:

[Q]uien, directa o indirectamente, prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales.

4.1.3. El sistema colombiano

La ley 1474 de 2011 tipificó el delito de corrupción privada en el art. 250-A del CP. Dispone el art. 250 del CP:

El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.

4.1.4. Análisis comparativo

Por lo general, la incriminación del cohecho activo en el sector privado encuentra un acomodo sistemático junto al cohecho pasivo, siendo la terminología generalmente empleada en las legislaciones internas más que la de cohecho o soborno, la de corrupción. Dejando aparte el caso de los EE.UU. (que, a nivel federal, no cuentan con incriminaciones específicas sobre cohecho en el sector privado, si bien pueden aplicarse a la misma algunas normativas sectoriales), en los sistemas analizados es excepcional su localización en el Código Civil o en leyes penales especiales (es el caso de Italia), ya que los sis-

temas latinoamericanos que lo regulan específicamente (Chile, Perú y Colombia) —entre los que han sido analizados— y el sistema español lo tipifican en el CP. Esta opción es valorada generalmente como positiva dada la posibilidad de tipos penales no aquejados de accesoriidad, como desde el prisma de la prevención general positiva, pues es en el CP donde, salvo excepciones, se recogen comúnmente los crímenes y delitos más relevantes y merecedores de la mayor censura social. Dentro del CP parece igualmente razonable su colocación sistemática entre los delitos contra el orden (socio)económico.

4.2. Bien jurídico

El debate general avanzado ya en la sección 2 se reproduce igualmente en el seno de los sistemas analizados.

4.2.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, mientras que un sector doctrinal defiende que a través de la sanción penal del cohecho en el sector privado, o “corrupción en los negocios”, se protegen los intereses económicos del titular de la empresa y los deberes de fidelidad hacia dicho titular por parte de los empleados (Nieto Martín, 2018: 436-438; Puente Aba, 2015: 916), la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado es colectivo: para algunos autores, la competencia leal (Blanco Cordero, 2015: 541-542; Muñoz Conde, 2021: 510-511), y según otros, el correcto funcionamiento del mercado (Mayo Calderón, 2016: 424).

El hecho de que el legislador no haya incluido al titular del negocio entre los posibles sujetos activos del tipo penal suele aducirse como un argumento a favor de que el bien jurídico tutelado es el deber de lealtad hacia el titular (Nieto Martín, 2018: 436-438; Blanco Cordero: 2015, 543; Puente Aba, 2015: 916). Frente a ello, apunta en la otra dirección el que el Preámbulo (XIX) de la LO 5/2010, que introdujo esta incriminación en el CP, insistiera en la “garantía de una competencia justa y honesta” y el “buen funcionamiento del mercado”, así como el hecho de que el delito sea perseguible de oficio y la eliminación por la reforma de 2015 del requisito de infracción de sus

obligaciones por parte de los directivos, empleados y colaboradores. En todo caso, el delito se configura como un delito de peligro, en tanto que no requiere que se llegue a distorsionar la competencia (favoreciendo a algún competidor), sino que es suficiente con que esa sea la intención con la que actúan la persona corruptora y la corrupta (Blanco Cordero, 2015: 542).

En Italia, en sentido similar a lo que sucede en España, suelen agruparse en dos los principales modelos de protección penal contra el cohecho privado: (a) el modelo privado, en el que los bienes jurídicos tutelados son de naturaleza individual, en concreto, el patrimonio de la entidad (paradigma “patrimonialista”) y/o el deber de lealtad del directivo o empleado hacia la entidad (paradigma “lealista”); y (b) el modelo público, en el que los bienes jurídicos se identifican con la libre competencia, los intereses de los consumidores o la estabilidad del mercado económico (Macrì, 2018: 405-432).

Para el sector doctrinal que defiende que el modelo “lealista” es el que mejor se acomoda a la regulación italiana, resulta decisivo el hecho de que el núcleo de la tipicidad objetiva se encuentre en la infracción de los deberes de inherentes al cargo o de deberes de lealtad (Melchionda, 2020: 139). Sin embargo, otro sector doctrinal (que subraya el riesgo que corre el modelo lealista de dejar fuera todo componente público y la defensa de bienes jurídicos como la competencia o el buen funcionamiento del mercado) detecta en el camino iniciado por la Ley 38/2017, y confirmado por la Ley 3/2019 (que eliminó la exigencia del perjuicio a la sociedad como resultado típico e introdujo la perseguibilidad de oficio de los delitos de los arts. 2635 y 2635 bis CC), elementos más que suficientes para defender el carácter colectivo y público del bien jurídico protegido: la competencia leal y libre (Mongillo, 2019: 292).

4.2.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, se insiste en la alusión por parte del proyecto de ley, como declaración de objetivos, a la intención de “contribuir a promover y restablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas, garantizar el correcto ejercicio de la función pública y mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales

entre los privados” (Bachelet, 2015: 2). En este sentido, la referencia al propósito de restablecer la confianza en las instituciones privadas y a “mejorar el entorno en el que se desarrollan las relaciones comerciales” apuntan a que se persigue proteger la competencia leal. A este entendimiento contribuye la propia redacción del art. 287 *bis*, que restringe su ámbito de aplicación a la conducta del sobornado, que actúa para “favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro”.

En cuanto al tratamiento del bien jurídico protegido en Perú, el art. 1 del Decreto Legislativo 1385 apunta como la finalidad de la incorporación de los arts. 241-A y 241-B del CP el sancionar penalmente los actos de corrupción cometidos entre privados que afecten al normal desarrollo de las relaciones comerciales y a la competencia leal entre empresas.

4.2.3. El sistema colombiano

La ley 1474 de 2011 tipificó el delito de corrupción privada en el art. 250A del CP. De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto 142 de 2010, que culminó con la aprobación de la citada ley:

La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo.

La norma que castiga el cohecho o corrupción privada se ubica dentro del CP en el título que corresponde a los delitos contra el patrimonio económico, en el capítulo sobre el abuso de confianza. La doctrina considera que se tutela el derecho de la competencia. La corrupción privada no solo tutela el interés particular de determinados comerciantes, sino que protege intereses generales de mantenimiento del sistema de libre competencia. En esta línea, este tipo penal es de aplicación incluso si no se llega a afectar patrimonialmente a una empresa en particular. Como dispone el precepto, si se produce un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, se agrava la pena (Jiménez Valderrama & García Rodríguez, 2015: 176-177).

4.2.4. Análisis comparativo

La colocación sistemática de los delitos de cohecho privado o corrupción en los negocios, dentro del CP, entre los delitos contra el orden (socio)económico, resulta coherente con la posición preferida en relación con el bien jurídico. Ciertamente, entre los sistemas analizados se encuentran ejemplos del denominado modelo privado o lealista (que liga los hechos incriminados como cohecho entre particulares al interés individual de la entidad (en Colombia se exige que se actúe en perjuicio de esta) o al deber de lealtad de directivos y empleados (como en Italia)).

Frente a ello, el llamado modelo público, sin desprestigiar la tutela de otros intereses, orienta el castigo de los hechos de cohecho en el sector privado preferentemente a la protección penal de la competencia leal, muy relevante para el adecuado funcionamiento del sistema de libre mercado.

Aún más, el natural otorgamiento de la primacía a los intereses generales, coherente con la consideración de este delito como delito perseguible de oficio, se ha traducido en España hasta en la eliminación de toda mención típica explícita a la exigencia de infracción de sus deberes propios por parte de directivos, empleados o colaboradores. Y es que parece razonable que, en caso de colisión entre los intereses públicos y los propios del titular de la empresa o comerciantes (cuya tutela continúa claramente presente en algunos sistemas), sean aquellos y no los privados los que prevalezcan.

4.3. *Sujetos activo y pasivo*

4.3.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, el sujeto activo de la modalidad activa de corrupción en los negocios es el particular. Por consiguiente, nos encontramos ante un delito común (Mayo Calderón, 2016: 425; Blanco Cordero, 2015: 545). No obstante, nada impide que el particular pueda ser, a su vez, directivo o administrador de otra empresa, o incluso una per-

sona jurídica (Muñoz Conde, 2021: 511)¹⁸. Por su parte, el párrafo segundo del art. 288 CP se refiere a las penas aplicables a las personas jurídicas penalmente responsables de los delitos de los arts. 286 bis a 286 *quater* del CP.

También en Italia cualquier persona puede ser sujeto activo de la modalidad activa del delito de corrupción entre particulares del art. 2635 (párrafo tercero) del CC y del delito de instigación a la corrupción entre particulares del art. 2635 bis (párrafo primero) del CC.

4.3.2. Sistemas latinoamericanos

En Perú (Madrid Valerio & Palomino Ramírez (2019: 46) y en Chile (Artaza Varela, 2019) cualquier persona puede ser sujeto activo de la modalidad activa del delito de corrupción privada. En cuanto a Chile, la modalidad activa de la corrupción privada se configura como un delito común que puede cometer cualquiera (Sánchez Bernal, 2021: 91).

4.3.3. El sistema colombiano

Pudiendo ser también en Colombia sujeto activo del delito de corrupción activa cualquier persona, algún estudio apunta, en cuanto al sujeto pasivo del delito, a la sociedad, asociación o fundación¹⁹, conceptos a entender conforme a lo dispuesto por el Derecho civil, dejando fuera del ámbito de protección de este precepto otras personas jurídicas, especialmente aquellas sin ánimo de lucro²⁰.

Ahora bien, lo anterior solo puede aceptarse si se interpreta que el bien jurídico protegido es el patrimonio de aquellas. Si se entiende

¹⁸ El art. 286 *ter* CP (referido a la realización de actividades económicas internacionales) también contiene un delito común, ya que sólo tipifica la modalidad activa, la cual puede ser cometida por cualquier particular (Mayo Calderón, 2016: 428-429; Blanco Cordero, 2015: 552).

¹⁹ Esto es lo que indica la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) & la Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018: 14).

²⁰ *Ídem*.

que lo tutelado es la competencia, el bien jurídico será supraindividual, siendo su titular (por tanto, el sujeto pasivo del delito) la sociedad en su conjunto (ampliamente sobre la competencia como bien jurídico protegido en Colombia por el delito de corrupción privada, Jiménez Valderrama & García Rodríguez, 2015).

4.3.4. Análisis comparativo

El cohecho activo de particulares o corrupción en los negocios constituye un delito común en todos los sistemas analizados (también en Colombia), de manera que ninguna calidad específica es requerida para el sujeto activo. Son solo los sujetos pasivos de la acción quienes precisan mantener, en su caso, una relación específica (directivos, administradores, gestores, empleados, colaboradores, entre otros) con la entidad jurídica involucrada en los hechos: empresas, consorcios de empresas, sociedades o entidades de naturaleza análoga (incluso no inscritas o irregulares (Perú)), personas jurídicas no necesariamente animadas por fines lucrativos.

4.4. Conducta objetiva típica

4.4.1. Sistemas no latinoamericanos

4.4.1.1. España

En España, la conducta típica de la modalidad activa, descrita en el apartado 2 del art. 286 *bis* del CP, se define como la conducta de:

[...] quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

El beneficio o ventaja pueden ser de cualquier naturaleza, es decir, también de contenido distinto al económico: como favores sexuales, concesión de honores, promoción política o profesional, etc.

(Blanco Cordero, 2015, 546). Además, el beneficio o ventaja deben ser “no justificados” (si bien quizá hubiera sido mejor seguir el tenor literal de la Decisión marco y emplear el término “ventaja indebida”). Esto permite abarcar todo lo que el beneficiario no se encuentre legalmente habilitado a aceptar o recibir, excluyendo las ventajas admitidas por la ley o un reglamento administrativo, o los regalos de escaso valor o los socialmente aceptados (Blanco Cordero, 2015, 546; Nieto Martín, 2018, 442; Muñoz Conde, 2021, 512). En cuanto a la adecuación social, puede resultar controvertido, puesto que, en un contexto de amplia corrupción, puede no estar claro lo que es (o no) socialmente adecuado (Mayo Calderón, 2016: 425).

Se trata de un delito de mera actividad, ya que se consuma con la mera promesa, el ofrecimiento o la concesión del beneficio o ventaja, si la misma se realiza con la finalidad de recibir un favorecimiento en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo), sin que sea necesario que se llegue a realizar la acción u omisión contraria a los deberes del cargo, ni que se llegue a favorecer efectivamente a alguien.

4.4.1.2. Italia

En Italia, la conducta típica de la modalidad activa de corrupción entre particulares consiste en ofrecer, prometer o entregar, también mediante un tercero, dinero u otro tipo de beneficios indebidos a los sujetos de referencia previstos en los párrafos primero y segundo del mismo artículo (art. 2635 III del CC). Tras la reforma de 2017, el tipo es de mera actividad y se consuma con la oferta, promesa o entrega del dinero u otro tipo de beneficio indebido (Macrì, 2018: 402-435; Melchionda, 2020: 138). No se requiere que el sujeto activo llegue a realizar u omitir el acto en cuestión, ni que se produzca un perjuicio a la sociedad (Macrì, 2018: 402-435).

En cuanto al objeto material, el art. 2635 del CC se refiere al dinero u otro tipo de beneficios que, en cualquier caso, deben ser “indebidos”, lo cual debe interpretarse en relación con la exigencia de que la finalidad sea realizar u omitir un acto “en infracción de los deberes

inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad” (Macrì, 2018: 402-435; Melchionda, 2020: 138).

En lo que se refiere a la conducta típica de la modalidad activa del delito de instigación a la corrupción entre particulares, conforme al párrafo primero del art. 2635 del CC, consiste en ofrecer o prometer dinero u otro tipo de beneficios indebidos a los sujetos de referencia señalados en dicho artículo de modo que, a pesar de que no acepten la oferta o la promesa, “realicen u omitan un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”.

4.4.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, se castiga al particular que dé, ofrezca o consienta en dar el beneficio económico o de otra naturaleza al empleado o mandatario, a cambio de que este lleve a cabo una acción que suponga favorecer o haber favorecido la contratación de un oferente frente a otro²¹.

En el sistema peruano, la conducta descrita en el tipo castiga a cualquiera que prometa, ofrezca o conceda una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza a alguno de los sujetos indicados en el primer párrafo del art. 241-A del CP (esto es, accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares), con la finalidad de que se realice u omita un acto dirigido a su favorecimiento (o al de un tercero, incluyendo la propia persona jurídica a la que se encuentra vinculado) en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, así como en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales. La conducta descrita puede realizarse de manera directa o indirecta, esto es, por el propio agente o utilizando a una persona interpuesta ((Madrid Valerio & Palomino Ramírez, 2019: 46)).

²¹ A juicio de Sánchez Bernal (2021: 91), se trata de un delito de mera actividad y peligro abstracto.

4.4.3. El sistema colombiano

Las conductas típicas se describen con los verbos “prometer”, “ofrecer” o “conceder”. Se trata de un tipo mixto alternativo, pues basta con que concurra uno de los comportamientos descritos para que se realice el delito. Se califica como delito de mera conducta²². Además, la conducta puede realizarse directamente o a través de una persona interpuesta.

El objeto material está constituido por la dádiva o cualquier beneficio no justificado. Se interpreta en el sentido de que no necesariamente debe tener carácter económico. Lo importante es que no se encuentre justificado.

Por último, la promesa, oferta o concesión debe realizarse a “directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación”. Se ha calificado como un tipo penal pluripersonal, pero unisubjetivo, con lo que se quiere decir que, incluso aunque se rechace la entrega (concesión), promesa u ofrecimiento, se consuma el delito²³ (véase la explicación en Velásquez Vélez, 2015: 23).

4.4.4. Análisis comparativo

En los sistemas analizados, los tipos penales de cohecho, corrupción o soborno activo entre particulares se configuran como tipos mixtos alternativos de mera actividad, consistentes en la promesa, ofrecimiento o concesión de beneficios o ventajas, sin que requieran para la consumación la efectiva producción de los fines reflejados por el tenor típico: el perjuicio de la entidad en algunos sistemas (como el colombiano) o, en general, el favorecimiento indebido.

Ahora bien, los términos utilizados no resultan apropiados para alcanzar al cohecho (soborno) subsiguiente; solo en el caso de Chile se cubre la corrupción subsiguiente, al incluir, acertadamente, junto

²² En este sentido, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) & Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018: 14).

²³ *Ídem*.

al hecho de favorecer, el de haber favorecido la contratación de un oferente frente a otro.

La conducta típica, que por su propia naturaleza viene a incidir en el marco de las actividades o relaciones comerciales o de servicio propias de la entidad a la que el sujeto pasivo de la acción se encuentra ligada, puede llevarse a cabo, con carácter general, tanto de forma directa como indirecta y en beneficio propio o de un tercero. Por lo demás, el beneficio o ventaja no precisan ser de naturaleza económica.

4.5. Tipo subjetivo

4.5.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, el tipo subjetivo de la modalidad activa de “corrupción en los negocios” (art. 286 bis (2) del CP) se caracteriza por la finalidad de conseguir un favorecimiento en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (Muñoz Conde, 2021: 512; Nieto Martín, 2018: 439; Blanco Cordero, 2015: 546). Estamos ante un elemento subjetivo de lo injusto que se añade al dolo (Mayo Calderón, 2016: 425). El delito es de resultado cortado, en tanto que para la consumación no se exige, como se ha dicho, que se realice la acción u omisión contraria a los deberes del cargo, ni que se llegue a favorecer efectivamente a alguien, conductas cuya efectiva producción no depende del sujeto activo.

En cuanto a Italia, aunque el párrafo tercero del art. 2635 del CC no lo recoja expresamente, la doctrina entiende que en la modalidad activa de corrupción entre particulares (al igual que en la modalidad pasiva, y en las modalidades activa y pasiva de la instigación a la corrupción entre particulares) se exige la concurrencia en el sujeto activo de un dolo específico de que los sujetos a los que se soborna realicen u omitan “un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad” (Macrì, 2018: 402-435). El tipo, delito de mera actividad, se consuma con la oferta, promesa o entrega del dinero u otro tipo de beneficio indebido “orientado a la corrupción” (Macrì, 2018: 402-435).

También la modalidad activa de instigación a la corrupción entre particulares exige el mismo dolo específico: el párrafo primero del art. 2635 *bis* del CC señala expresamente que la conducta consistente en ofrecer o prometer dinero u otro tipo de beneficios indebidos (en los supuestos en los que no se acepta la oferta o promesa) debe realizarse de modo que las personas sobornadas finalmente realicen u omitan “un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”.

4.5.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, el delito del art. 287 *ter* del CP es doloso (Sánchez Bernal, 2021: 92). Además, el sujeto activo debe actuar con el propósito de favorecer al empleado o mandatario o de recompensar la contratación realizada en favor de un oferente sobre otro. Este propósito constituye un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo.

En el sistema peruano, de forma adicional al dolo, el tipo penal exige un elemento subjetivo del injusto (una intencionalidad específica dice Caro Coria, 2021: 175): el propósito del sujeto activo de que los sujetos del primer párrafo del art. 241-A del CP realicen u omitan un acto que le favorezca a él o a un tercero (el tercero puede ser una persona natural o jurídica). Al igual que la modalidad pasiva, se trata de un delito de acción pública.

4.5.3. El sistema colombiano

Desde el punto de vista subjetivo la corrupción activa entre particulares se integra por conductas dolosas. Se requiere, además, como elemento subjetivo de lo injusto, la finalidad de que la conducta le favorezca a él o a un tercero, no siendo necesario que esto se logre.

La conducta ha de realizarse en perjuicio de la sociedad, asociación o fundación. Como es habitual cuando se utiliza la expresión “en perjuicio”, se debate si la consumación del delito requiere que la conducta cause un perjuicio efectivo (que habrá que entender que debe quedar abarcado por el dolo) o si esto no es necesario, bastando con que se genere un riesgo de perjuicio para la sociedad, asociación

o fundación²⁴, en cuyo caso se plantea si el dolo debe comprender también este elemento²⁵. Por otro lado, la expresión “en perjuicio” puede interpretarse como un elemento subjetivo adicional al dolo, en el sentido de que el sujeto activo ha de actuar para perjudicar a la sociedad. La existencia de un tipo agravado para los casos en los que la conducta produzca un perjuicio económico parece apuntar a que en la modalidad básica no es necesario un resultado de perjuicio.

4.5.4. Análisis comparativo

Siendo el cohecho, corrupción o soborno activo entre particulares un delito incuestionablemente doloso en todos los sistemas analizados, también requiere la presencia (como elementos subjetivos del injusto) del ánimo de beneficiarse uno mismo o de beneficiar a tercero, así como de la finalidad de lograr una posición competitiva favorable o ventajosa perseguida en relación con las actividades comerciales o de servicios desplegados. Ambas intenciones trascendentes no necesitan traducirse en resultados para la consumación, y no quedando su realización en manos del sujeto activo, este delito debe considerarse un tipo penal de resultado cortado.

4.6. Penas previstas

4.6.1. Sistemas no latinoamericanos de referencia

4.6.1.1. España

En España, la corrupción activa en los negocios se castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años, y multa del tanto al triplo del valor o beneficio o ventaja. El apartado tercero del art. 286 bis CP permite a la autoridad judicial imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente

²⁴ Ibid., 15.

²⁵ Ídem. Se señala que la conducta es dolosa, sin exigir ningún tipo de elemento subjetivo adicional al dolo.

arbitrio “en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable”.

Por su parte, el art. 286 *quater* del CP prevé un tipo cualificado (sancionado con la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado) aplicable tanto a los hechos del art. 286 bis como del art. 286 *ter*, en casos de especial gravedad, entendiéndose por tales cuando: “(a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; (b) la acción del autor no sea meramente ocasional; (c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; o (d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad”.

Se contemplan asimismo penas para las personas jurídicas (art. 288.2 del CP): (a) multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y (b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Todo ello sin perjuicio de la posible imposición de las penas del art. 33.7 letras (b) a (g)²⁶, atendidas las reglas del art. 66 bis del CP²⁷.

²⁶ El art. 33.7, letras (b) a (g) del CP, establece lo siguiente: “b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

²⁷ El art. 66 bis del CP, establece lo siguiente: “1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre

4.6.1.2. *Italia*

En Italia, el párrafo tercero del art. 2635 del CC prevé para la modalidad activa de corrupción entre particulares las penas de prisión de uno a tres años cuando la conducta del particular tiene lugar en relación con administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas (y también las personas que, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos anteriores) (art. 2635 I del CC).

la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

La pena es de prisión de hasta un año y seis meses cuando los sujetos de referencia son personas que estén sujetas a la dirección o supervisión de una de las personas que se acaba de indicar, incluyendo, por tanto, a quienes desempeñen funciones de dirección diferentes o incluso a empleados que desempeñen una función no directiva (art. 2635 II del CC).

Las penas se duplican cuando se trate de empresas con acciones que cotizan en mercados regulados en Italia o en otros Estados miembros de la Unión Europea o de amplia difusión entre el público, tal y como se define en el art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Intermediación Financiera, al que se refiere el Decreto Legislativo n° 58 de 24 de febrero de 1998, con sus posteriores modificaciones (art. 2635 IV del CC).

En lo referente a la instigación a la corrupción entre particulares, el art. 2635 bis 1 del CC prevé para la modalidad activa la aplicación de la pena del párrafo primero del art. 2635 (prisión de uno a tres años) reducida en un tercio.

4.6.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, la pena depende de si la conducta consiste en dar u ofrecer el beneficio o en consentir en dar el beneficio. En el primer caso (conductas de dar u ofrecer) se prevé la pena de reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años). En el segundo, la pena de reclusión menor en su grado mínimo (61 días a 540 días). Asimismo, se han de imponer penas de multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales²⁸.

²⁸ En Chile la unidad tributaria mensual (UTM) es una unidad de cuenta que se emplea para efectos tributarios y de multas, se actualiza según la inflación y se cobra y paga en pesos chilenos. Cada mes se reajusta de acuerdo con el IPC que indica el Instituto Nacional de Estadística de Chile. El Banco Central de Chile mantiene actualizada una estadística de las UTM desde el año 1990, cfr. https://si3.bcentral.cl/Indicadoressiete/secure/Serie.aspx?gcode=PRE_UTM¶m=cgBnAE8AOQBLAGcAIwBiAFUAL-

Finalmente, en el sistema peruano se prevé para la corrupción activa entre particulares la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, inhabilitación conforme al inciso 4 del art. 36 del CP y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

4.6.3. El sistema colombiano

La pena es de prisión de cuatro a ocho años y multa de diez hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Existe un tipo agravado, que permite la imposición de la pena de seis a diez años, cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación.

4.6.4. Breve análisis comparativo

Para el delito de corrupción activa entre particulares se prevén en los sistemas analizados penas privativas de libertad y multa. Se observa, en todo caso, una distancia en cuanto a la horquilla de la pena privativa de libertad prevista para los tipos básicos en los ejemplos europeos y latinoamericanos de referencia (donde el límite superior de la pena oscila entre 3 y 4 años) y la regulación colombiana, que para los mismos supuestos básicos establece una pena privativa de libertad de 4 a 8 años.

También se prevén penas de inhabilitación y, en España, penas para las personas jurídicas (no en el caso de Colombia, donde no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

QBsAEcAYgBOAEkASQBCAEcAegBFAFkAeABkADgASAA2AG8AdgB2A-FMAUgBYADIAQwBzAEEARQBEAG8AdgBpAFoATABGAE4AagB1AF-QAeQAYAEIACAAzAHgAVABKAFEaagAxAHoAQQBfAEsAJAAzAFQARQ-BOAHgAQwB3AFgAZwA5AHgAdgAwACQATwBZADcAMwAuAGIARwB-FAFIASwAuAHQA.

4.7. Especificidades de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional

El cohecho, corrupción o soborno activo en el sector privado no es uno de los delitos específicamente contemplados por la Convención de Palermo. Además, en los sistemas nacionales analizados tampoco se encuentren disposiciones específicas que conecten ambos fenómenos delictivos.

En todo caso, el art. 286 *quater* (c) del CP español contempla como uno de los supuestos de especial gravedad, constitutivo de tipos cualificados, el que “se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”, lo que abre paso a la imposición de “la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

4.8. Estrategia de acción para América Latina y Colombia

4.8.1. En relación con el bien jurídico protegido

En lo referido al debate en torno al bien jurídico protegido por el delito de cohecho, corrupción o soborno en el sector privado, debería potenciarse su tratamiento en consonancia con los modelos públicos, centrando la atención en la protección de la competencia leal y el correcto funcionamiento del sistema de libre mercado. En la misma línea, no debería exigirse la producción de un efectivo perjuicio en la sociedad para la consumación del delito. Además de los problemas interpretativos que plantea la expresión “en perjuicio de” la sociedad, como se ha señalado en lo referente a la regulación colombiana, desde la perspectiva de un modelo público (o mixto), no se considera conveniente que el tipo penal requiera dicho perjuicio ni como finalidad perseguida (elemento subjetivo de lo injusto) ni como resultado.

4.8.2. En relación con el cohecho, corrupción o soborno activo subsiguiente

Para evitar lagunas de punibilidad, los distintos ordenamientos jurídicos deberían tipificar las conductas constitutivas de cohecho,

corrupción o soborno activo subsiguiente en el ámbito privado, incluyendo esta figura que numerosos sistemas legales han tipificado en el ámbito público. Podría seguirse el modelo de Chile, el único entre los sistemas analizados en tipificar esta conducta tanto cuando se realice “para que favorezca” como “por haber favorecido” la contratación con una persona frente a otras.

4.8.3. En relación con las penas

En lo referente a las penas previstas para las modalidades activas de los tipos básicos del cohecho, corrupción o soborno en el sector privado, el límite máximo de las penas privativas de libertad previstas en Colombia para estos casos (8 años) es muy superior al resto de sistemas analizados (3 y 4 años). Por ello, sería aconsejable que el límite máximo establecido en Colombia se acercara a los límites máximos previstos en los demás sistemas europeos y latinoamericanos objeto de estudio.

4.8.4. En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas

Se considera también necesario que se prevea, conforme a los principios jurídicos de cada Estado, la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (soborno) en el sector privado.

4.8.5. En relación con el crimen organizado

Por último, y en la línea de lo previsto por el art. 286 *quater* (c) del CP español, parece igualmente recomendable, junto a la aplicación de las medidas específicas de lucha contra este tipo de criminalidad, la previsión, entre los tipos cualificados, de los casos en que los hechos se cometan en el seno de una organización o grupo criminal, en particular si transnacional.

5. EL COHECHO, CORRUPCIÓN O SOBORNO PASIVO

5.1. *Primera aproximación a la regulación normativa*

5.1.1. **Sistemas no latinoamericanos**

5.1.1.1. *España*

El art. 286 bis (1) del CP tipifica en España la modalidad de corrupción pasiva en los negocios, la cual consiste en que los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, por sí o por persona interpuesta, reciban, soliciten o acepten un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en la relaciones comerciales”.

Como en el caso de la corrupción activa resultan también aplicables a la corrupción pasiva lo dispuesto para los casos de especial gravedad por el art. 286 *quater* CP y el contenido del art. 286 bis (3), que permite “imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio” (el de jueces y tribunales) “en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable”. Lo mismo cabe decir respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 288.II del CP).

Por su parte, en Italia, la corrupción pasiva en el sector privado se encuentra tipificada, como la activa, en los arts. 2635 (corrupción entre particulares) y 2635 bis (instigación a la corrupción entre particulares) del CC, lo que para un sector de la doctrina determina un alejamiento rechazable respecto del cohecho público, cuando lo deseable sería tender hacia su equiparación (Macrì, 2018: 405-432). Entre las últimas reformas de esta regulación destacan las intervenidas por la Ley 262/2005, la Ley 90/2012, el Decreto Legislativo 38/2017 y la Ley 3/2019, que ya han sido expuestas en la sección 4.

El art. 2635 del CC italiano prevé, en la actualidad, en sus párrafos I y II, el castigo de la modalidad de corrupción pasiva entre particu-

lares, consistente en que los sujetos activos indicados en dichos párrafos (administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas (y también las personas que, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos anteriores) (art. 2635 I CC), así como las personas que estén sujetas a la dirección o supervisión de una de las personas que se acaba de indicar, incluyendo, por tanto, a quienes desempeñen funciones de dirección diferentes o incluso a empleados que desempeñen una función no directiva (art. 2635 II del CC)) soliciten o reciban, para sí mismos o para terceros, dinero u otro tipo de beneficios indebidos, o acepten la promesa de los mismos, “para realizar u omitir un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”. El párrafo segundo del art. 2635 bis CC tipifica la modalidad pasiva de la instigación a la corrupción entre particulares.

Finalmente, en relación con EE.UU. resulta plenamente aplicable lo señalado en la sección 4, razón por la cual nos remitimos a la misma.

5.1.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, la corrupción pasiva entre particulares del art. 287 bis (recogido en el título sexto sobre “los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares” del libro segundo del CP) castiga al empleado o mandatario que “solicitar o aceptar recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro”.

En el sistema peruano, al igual que en el caso de la corrupción activa, fue por Decreto Legislativo N° 1385 (Diario oficial El Peruano de 4 de setiembre de 2018) que se incorporaron al capítulo IV, sobre otros delitos económicos, del título IX, relativo a delitos contra el orden económico, del libro segundo del CP, los arts. 241-A y 241-B que tipifican los actos de corrupción entre privados en las relaciones comerciales (art. 241 A) y los comportamientos desleales que perju-

diquen a las personas jurídicas (art. 241 B). En particular, el primer párrafo del art. 241-A dispone lo siguiente:

El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del art. 36 del CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

5.1.3. El sistema colombiano

La ley 1474 de 2011 tipificó el delito de corrupción privada en el art. 250A del CP. Este precepto castiga con prisión de cuatro a ocho años y multa de diez hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes al “directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella”.

5.1.4. Análisis comparativo

En aquellos sistemas que incluyen incriminaciones específicas relativas a la corrupción pasiva en el sector privado (en los EE.UU. solo indirectamente pueden encontrarse a nivel federal tipos penales —en leyes sectoriales— aplicables a este tipo de comportamientos), predomina su colocación sistemática en el seno del CP (este es el caso de España, Chile, Colombia y Perú). Es esta una opción político-criminal que parece preferible a la de su inserción en leyes sectoriales o en el propio Código Civil (como en Italia), tanto desde el prisma técnico, pues los tipos penales en materia de corrupción no presentan propiamente problemas de accesoriedad, como desde el plano de prevención general positiva. Su inserción entre los delitos

contra el orden (socio)económico, ampliamente compartida en los sistemas estudiados, parece igualmente apropiada.

5.2. *Bien jurídico*

Las consideraciones realizadas en la sección 4 sobre el bien jurídico protegido por el delito cohecho, corrupción y soborno activo resultan plenamente trasladables a su modalidad pasiva; de hecho, el debate teórico sobre el bien jurídico se suele realizar sin distinguir ambas modalidades.

5.3. *Sujetos activo y pasivo*

5.3.1. *Sistemas no latinoamericanos*

5.3.1.1 *España*

En España, el sujeto activo de la modalidad pasiva de corrupción en los negocios es el “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad” (art. 286 bis (1) CP). Estamos, por tanto, ante un delito especial (Mayo Calderón, 2016: 425; Blanco Cordero, 2015: 542). Como ya se ha avanzado, si lo que se pretende es tutelar la competencia leal, parece criticable que no se haya incluido a los empresarios o a los socios/titulares de las empresas entre los sujetos activos (Nieto Martín, 2018: 436-438; Blanco Cordero, 2015: 543; Puente Aba, 2015: 920). Por otra parte, el concepto de “colaborador” plantea serias dudas desde el principio de taxatividad y legalidad, en tanto que cualquiera, sin necesidad de que exista ninguna vinculación jurídica, puede ser “colaborador” de una empresa mercantil o de una sociedad, por lo que el tipo penal debería seguir lo señalado por la Decisión marco y referirse a las personas que desempeñen una función laboral (Blanco Cordero, 2015: 543; Puente Aba, 2015: 916).

En cuanto al concepto de “sociedad”, el apartado quinto del art. 286 bis del CP se remite al art. 297 del CP, definiéndola como “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de

análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Por “entidad de análoga naturaleza” se entiende aquella con personalidad jurídica propia, lo que incluye a las sociedades de carácter civil, siempre que participen de forma habitual en el tráfico económico (Mayo Calderón, 2016: 426), y hasta a entidades sin ánimo de lucro que participen en el mercado (Nieto Martín, 2018: 440). El art. 288.II del CP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con esta clase de delitos.

Por su parte, en Italia, los sujetos activos de la modalidad pasiva de corrupción entre particulares son, conforme a lo señalado por el párrafo primero del art. 2635 del CC, los administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas, pero también las personas que, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos anteriores. En 2017, se amplió el círculo de sujetos activos al incluir, en el párrafo segundo del mismo artículo, a las personas que estén sujetas a la dirección o supervisión de una de las personas indicadas en el párrafo primero (incluyendo, por tanto, a quienes desempeñen funciones de dirección diferentes o incluso a empleados que desempeñen una función no directiva), si bien la pena prevista en este supuesto es menor (Macrì, 2018: 405-432). Cabe mencionar también la ampliación del ámbito de aplicación que se produjo en 2017, cuando se reformuló la rúbrica del título XI del libro V del CC y se incluyó a las entidades privadas distintas de las sociedades mercantiles (actualmente, se titula “disposiciones penales sobre empresas, consorcios y otras entidades privadas”) (Macrì, 2018: 405-432; Melchionda, 2020: 136).

En lo que se refiere al delito de instigación a la corrupción entre particulares, pueden ser sujetos activos de la modalidad pasiva los administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas, así como las personas que trabajan en ellas ejerciendo funciones de gestión (art. 2635 bis 2 CC). Por consiguiente, en ambos casos, nos encontramos ante delitos especiales.

5.3.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, la corrupción pasiva entre particulares del art. 287 bis del CP castiga al empleado o mandatario que solicita o acepta recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro. Se trata de un delito especial que solo pueden cometer el empleado o mandatario. Normalmente serán personas que actúan para una persona jurídica, aunque la redacción permite que también sea sujeto activo quien actúa como mandatario de una persona física. Quienes no parecen estar incluidos son los sujetos que actúan como colaboradores externos de una empresa (salvo que sean mandatarios), al no ser empleados. Asimismo, queda fuera del ámbito de aplicación el empresario o titular de la empresa (Artaza Varela, 2019).

En el sistema peruano, la corrupción privada pasiva (primer párrafo del art. 241-A del CP) se identifica con la cometida por los miembros de la alta dirección, trabajadores o asesores de una persona jurídica. Sujeto activo de este delito no puede ser cualquier individuo (delito especial), sino quien posea esas características especiales que lo vinculen con una persona jurídica: socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor. La persona jurídica puede ser de derecho privado, una organización no gubernamental, una asociación, fundación, comité e, incluso, entes no inscritos o sociedades irregulares. Quien acepta, recibe o solicita el soborno ha de tener una vinculación con la persona jurídica que le permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales. El tipo no exige de manera expresa que el sujeto activo lleve a cabo la conducta prohibida por razón de su cargo en la persona jurídica, si bien parece conveniente entender que debe tener atribuidas unas funciones en la empresa que le permitan realizar la conducta típica de favorecer a otro (Valerio & Ramírez, 2019: 44).

5.3.3. El sistema colombiano

La corrupción pasiva es un delito especial, que solo puede cometer el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación. Por lo tanto, el empresario que no ostente ninguno de dichos cargos parece quedar excluido como sujeto activo al carecer de las condiciones especiales que exige el tipo penal. Algunos autores se muestran críticos con esta laguna, pues el empresario puede realizar conductas de corrupción privada que suponen un ataque a la actividad empresarial y mercantil (Velásquez Vélez, 2015: 27).

5.3.4. Breve análisis comparativo

Con carácter general, en los sistemas analizados el delito de cohecho, corrupción o soborno pasivo entre particulares se configura, correctamente, como un delito especial, requiriendo para su realización determinadas calidades o relaciones en el sujeto activo que, sustancialmente, se reconducen a la condición de directivo, apoderado, administrador o gestor, trabajador y demás personas sujetas a la dirección o supervisión de estas, mandatarios, asesores, auditores y otros colaboradores externos.

En un delito principalmente centrado en la tutela del orden socioeconómico, se echa en falta, en no pocos casos (como en el caso de España, Chile y Colombia), la ausencia de referencias explícita de empresarios, socios o accionistas y titulares de la entidad o empresa, que deberían poder ser igualmente sujetos activos de este delito. En este sentido, cabe mencionar que el sistema peruano incluye entre los sujetos activos a los socios y accionistas.

También la naturaleza o clase de entidad a la que debe encontrarse ligado el sujeto activo es objeto de delimitación amplia por algunos tipos penales. Estos se fijan fundamentalmente en empresas, consorcios de empresas, sociedades o entidades de naturaleza análoga (incluso no inscritas o irregulares (Perú)), personas jurídicas, en general, de derecho privado, aunque no necesariamente con ánimo de lucro.

5.4. Conducta objetiva típica

5.4.1. Sistemas no latinoamericanos

5.4.1.1. España

En España, la conducta típica consiste en que el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, “por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. La LO 1/2019 introdujo la referencia al “ofrecimiento o promesa de obtenerlo” con el fin de dar respuesta a determinadas omisiones, detectadas por el GRECO en su Tercera Ronda de evaluación, que podían suponer que algunas conductas de corrupción en el ámbito privado quedarán fuera del ámbito de aplicación del art. 286 bis (1) del CP (Muñoz Conde, 2021: 511).

Aunque su estructura sea similar a la del cohecho pasivo de funcionario público, pueden constatarse algunas diferencias importantes: en el art. 286 bis del CP no se sancionan las modalidades de corrupción privada subsiguiente o las realizadas en consideración al cargo o función (es decir, las equivalentes a las figuras delictivas del cohecho de los arts. 421 y 422 del CP) (Muñoz Conde, 2021: 510-511; Blanco Cordero, 2015: 545; Mayo Calderón, 2016: 424; Puente Aba, 2015: 917-918). El hecho de que el favorecimiento deba ser “indebido”, se configura como un elemento normativo para cuya determinación debe tenerse presente la legislación vigente (Mayo Calderón, 2016: 425; Muñoz Conde, 2021: 512). Sin embargo, dado que la reforma de 2015 eliminó el requisito de que la persona corrupta actúe incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o infringiendo sus deberes en la contratación de servicios profesionales, no es relevante determinar si el titular de la empresa consiente (o no) que el empleado reciba beneficios de empresas que compiten entre sí (Blanco Cordero, 2015: 545).

El art. 286 bis (1) del CP recoge un delito de mera actividad, en tanto que se consuma con la mera recepción, solicitud o aceptación del beneficio o ventaja, o del ofrecimiento o promesa de obtenerlo, siempre que dicha conducta se lleve a cabo con la finalidad de favorecer a otro en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, sin que sea necesario que se llegue a realizar la acción u omisión contraria a los deberes del cargo, ni que se llegue a favorecer efectivamente a alguien (Mayo Calderón, 2016: 425).

5.4.1.2. Italia

En Italia, la conducta típica de la modalidad pasiva del delito de corrupción entre particulares consiste en que el sujeto activo (quien debe ser un administrador, director general o alguna de las personas señaladas en los párrafos primero y segundo), “solicite” o “reciba”, para sí mismo o para terceros, dinero u otro tipo de beneficios indebidos, o “acepte la promesa” de los mismos, “para realizar u omitir un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”. Por consiguiente, desde que entrara en vigor la reforma de 2017, en la que se eliminó la referencia a en “perjuicio a la sociedad”, se trata de un tipo penal de mera actividad (Melchionda, 2020: 136; Macrì, 2018: 405-432) que no requiere que el sujeto activo llegue a realizar u omitir el acto en cuestión, ni que se produzca un perjuicio a la sociedad (Macrì, 2018: 402-435).

Por su parte, el art. 2635 bis del CP castiga (con una pena reducida en un tercio con respecto a la del art. 2635) la modalidad activa del delito de instigación a la corrupción entre particulares, cuya conducta consiste en que el sujeto activo (que debe ser una de las personas señaladas en el párrafo segundo del art. 2635 bis (2) del CC) solicite para sí mismo o para un tercero, incluso a través de un tercero, “una promesa u otorgamiento de dinero u otros beneficios, para realizar u omitir un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad”, siempre que la solicitud no sea aceptada (de lo contrario, se aplicaría lo dispuesto en el art. 2635 del CC). Es decir, se aplica en los supuestos en que no se llega a pro-

ducir el acuerdo o pacto de cohecho, porque la iniciativa unilateral del *intrañeus* no va seguida de la adhesión del destinatario al pacto (Macrì, 2018: 402-435).

5.4.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, las conductas típicas consisten en “solicitar” o “aceptar recibir” un beneficio económico o de otra naturaleza. La doctrina lo califica de delito de mera actividad y de peligro abstracto, cuya consumación solo precisa la realización de cualquiera de las conductas descritas: solicitar o recibir el beneficio (Sánchez Bernal, 2021: 90). En cuanto al objeto material, ha de ser un beneficio económico o de otra naturaleza, en principio, indebido (aunque no se dice expresamente). Asimismo, el beneficio solicitado, aceptado o recibido puede beneficiar al empleado o mandatario o a un tercero.

En el sistema peruano, el delito de corrupción privada pasiva se consuma cuando el sujeto activo acepte, reciba o solicite un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido. Esta conducta típica puede realizarse por el sujeto activo de manera directa o indirecta (esto es, por el agente o mediante una persona interpuesta) y debe hacerse en beneficio propio o de cualquier tercero (incluida la propia persona jurídica a la que el sujeto se encuentra vinculado). A diferencia de algunas modalidades de cohecho de empleados públicos, no se exige que el sujeto activo acepte, reciba o solicite un beneficio indebido para realizar u omitir un acto infringiendo las obligaciones del cargo que ocupa en la persona jurídica. El soborno no necesariamente debe tener carácter económico, sino que el tipo penal señala que puede ser de cualquier naturaleza. En cualquier caso, debe ser idóneo para influir en la toma de decisiones del sujeto activo. La doctrina señala que han de quedar al margen de la intervención penal las meras atenciones, salvo que exista una clara desproporción entre el obsequio y la actuación que lo motiva (Valerio & Ramírez, 2019: 45).

5.4.3. El sistema colombiano

La conducta típica se describe con los verbos recibir, solicitar o aceptar, y viene a ser el reverso de la corrupción activa. Se trata de un tipo mixto alternativo que se califica de mera conducta²⁹.

El objeto material está constituido por la dádiva o cualquier beneficio no justificado, coincidente con el de la corrupción activa, al que nos remitimos.

La conducta debe realizarla el sujeto activo por sí o por persona interpuesta y en perjuicio de la sociedad, asociación o fundación. Nos remitimos a lo indicado en la sección 4 al estudiar la corrupción activa.

5.4.4. Breve análisis comparativo

Los tipos penales en los sistemas analizados configuran la conducta de cohecho, corrupción o soborno pasivo como un tipo mixto alternativo de mera actividad, consistente en el hecho de la recepción, solicitud o aceptación, para sí o para terceros, del beneficio o ventaja, del ofrecimiento o de la promesa de obtenerlo, lo que en algunos sistemas ha de hacerse en perjuicio de la entidad (como en Colombia) o más extendidamente a cambio de un favorecimiento indebido.

No es preciso, en todo caso, para la consumación que se produzca el favorecimiento efectivo o un resultado o perjuicio de una persona o sociedad, sino que basta con una actuación tendencialmente dirigida a ello. Tampoco han de quedar impunes las solicitudes no aceptadas.

Con todo, en todos los sistemas analizados, fuera del cohecho, corrupción o soborno pasivo punible entre particulares, se hallan algunos supuestos habitualmente presentes en el cohecho pasivo de funcionarios públicos, como el cohecho por recompensa, esto es, en consideración al cargo o posición. En cuanto a la corrupción subsi-

²⁹ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga & el Delito (UNODC) & Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018: 16).

guiente entre particulares —igualmente olvidada en no pocos de los sistemas analizados—, está, en todo caso, cubierta en Chile por la acertada referencia explícita, al lado del favorecer, al “haber favorecido” la contratación de un oferente frente a otro.

La conducta típica debe tener lugar en el marco de las actividades o relaciones comerciales o de servicio propias de la entidad a la que el sujeto activo se encuentra ligada y se admite generalmente que su realización sea de forma directa o indirecta, esto es, “por persona interpuesta” (como en España, Colombia o Perú) y en beneficio propio o de un tercero.

El beneficio o ventaja puede consistir en dinero u otros beneficios de cualquier naturaleza, no necesariamente económica (España, Chile, Perú, Colombia): caben también, por tanto, los favores sexuales, la concesión de honores, la promoción política o profesional, etc. siempre que sean idóneos para influir en la toma de decisiones por parte del sujeto activo, como se indica expresamente en Perú.

Es en cualquier caso exigencia típica general el que se trate de un beneficio o ventaja “indebido” (Italia, Perú y Chile, aunque en el último caso no se recoja expresamente) —en el caso de España y Colombia, “no justificado”—, esto es, que no corresponde recibir a quien lo solicita, acepta o recibe, algo que las más de las veces suele reconducirse a la actuación en infracción de sus deberes del cargo o de lealtad; esta referencia al incumplimiento de sus obligaciones fue, sin embargo, eliminada en 2015 en España con el fin de evitar que el consentimiento del empleador o titular de la empresa pudiera determinar la impunidad de la recepción de beneficios violando las reglas de la competencia leal.

5.5. Tipo subjetivo

5.5.1. Sistemas no latinoamericanos

En España, además del dolo, el tipo subjetivo de la modalidad pasiva del delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis (1) CP) requiere la finalidad de favorecer a otro en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones

comerciales (Muñoz Conde, 2021: 512; Nieto Martín, 2018: 439): un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo (Mayo Calderón, 2016: 425).

Aunque el término “favorecer” es lo suficientemente amplio como para abarcar conductas distintas al acto concreto de contratación o de toma de decisión (podría incluir, por ejemplo, la conducta de presionar a la persona responsable de escoger una determinada opción) (Nieto Martín, 2018: 439), para algunos esa finalidad debe necesariamente traducirse en una conducta posterior por parte del propio sujeto, lo que lleva a calificar este tipo penal como delito mutilado de dos actos (Mayo Calderón, 2016: 425).

Con respecto a Italia, tanto el art. 2635 I y II del CC como el 2635 bis (2) del CC requieren que la corrupción pasiva entre particulares y la modalidad pasiva de instigación a la corrupción entre particulares, respectivamente, se cometan con un “dolo específico”, previsto mediante la fórmula “para realizar u omitir un acto en infracción de los deberes inherentes a su cargo o de los deberes de lealtad” (Melchionda, 2020: 138). El delito, de mera actividad, no requiere, para la consumación, que se realice u omita el acto infractor de los deberes (Macri, 2018: 402-435).

5.5.2. Sistemas latinoamericanos

El sistema chileno se trata también de un delito doloso. El empleado o mandatario que solicita o acepta recibir el beneficio corrupto ha de tener como finalidad (elemento subjetivo del injusto) favorecer, en el marco de la contratación, a un oferente sobre otro o debe actuar para recompensar el hecho de haber operado ya ese favorecimiento. Como indica Sánchez Bernal (2021: 90), cuando la norma habla de favorecer se refiere al castigo de la corrupción antecedente, mientras que la expresión “por haber favorecido” cubre la corrupción subsiguiente.

En el sistema peruano, el sujeto activo debe actuar con una concreta finalidad cuando acepta, recibe o solicita un beneficio indebido, que se puede calificar de elemento subjetivo de lo injusto: realizar u omitir un acto que favorezca a otro en la adquisición o

comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales. Esto significa, dice la doctrina, que el soborno debe aceptarse, recibirse o solicitarse con carácter previo a la consecución de tal finalidad, por lo que no se castiga aquí la modalidad de cohecho pasivo subsiguiente o subsecuente. Será atípica, por tanto, la conducta de aceptar, recibir o solicitar una ventaja indebida a cambio de haber realizado u omitido un acto que permita favorecer a otro (Valerio & Ramírez, 2019: 45). Se trata de un delito de acción pública, esto es, corresponde al Ministerio Público su persecución, pudiendo este intervenir de oficio o a partir de la denuncia interpuesta por cualquier persona.

5.5.3. El sistema colombiano

Desde el punto de vista subjetivo la corrupción pasiva ha de ser dolosa. En cuanto a la expresión “en perjuicio” nos remitimos a lo indicado en la sección 4 al estudiar la corrupción activa.

5.5.4. Breve análisis comparativo

En los sistemas analizados el delito de cohecho, corrupción o soborno pasivo entre particulares se presenta de manera unánime no solo como un delito doloso, sino igualmente de tendencia interna trascendente.

El sujeto activo debe estar subjetivamente animado por el móvil de favorecimiento indebido. Asimismo, el tipo penal contempla frecuentemente como parte integrante del mismo la intención de realización por parte del propio sujeto activo de una acción u omisión dirigida a procurar aquel favorecimiento (frecuentemente caracterizada, como se ha visto, por su contrariedad a los deberes del cargo) por parte del propio sujeto activo, lo que hace en tal caso del tipo penal un delito mutilado de dos actos.

5.6. Penas previstas

5.6.1. Sistemas no latinoamericanos

5.6.1.1. España

En España, el art. 286 bis (1) del CP prevé para la modalidad pasiva de corrupción en los negocios una pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor o beneficio o ventaja. El art. 286 bis (3) del CP permite a la autoridad judicial imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio. Por su parte, el art. 286 *quater* del CP agrava la pena de todos los delitos de la sección 4 cuando los hechos resulten “de especial gravedad”: ordenando la imposición de la pena en su mitad superior, y pudiendo llegar hasta la superior en grado. Finalmente, en cuanto a las penas para las personas jurídicas (art. 288. 2 del CP) son las mismas ya analizadas en la sección 4 para la corrupción activa en los negocios.

En Italia, la pena prevista para la modalidad pasiva de corrupción entre particulares depende del sujeto activo: mientras que, en el caso de las personas a las que se refiere el párrafo primero del art. 2635 CC (administradores, directores generales, gerentes encargados de la redacción de documentos contables corporativos, auditores y liquidadores, de sociedades u entidades privadas (y también las personas que, en el ámbito organizativo de la sociedad o entidad privada, ejercen funciones de gestión distintas de las propias de los sujetos anteriores)) la pena es de prisión de uno a tres años, en el caso de las personas contempladas en el párrafo segundo del mismo artículo (personas sujetas a la dirección o supervisión de una de las anteriores, incluyendo, por tanto, a quienes desempeñen funciones de dirección diferentes o incluso a empleados que desempeñen una función no directiva) se prevé una pena de prisión de hasta un año y seis meses.

Como ya se ha señalado en la sección 4, el párrafo cuarto del art. 2635 del CC contiene un tipo agravado (se duplican las sanciones de los párrafos anteriores) aplicable cuando se trate de empresas con acciones que cotizan en mercados regulados en Italia o en otros Es-

tados miembros de la Unión Europea o de amplia difusión entre el público, tal y como se define en el art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Intermediación Financiera, al que se refiere el Decreto Legislativo nº 58 de 24 de febrero de 1998, con sus posteriores modificaciones. En cuanto a la modalidad pasiva de la instigación a la corrupción entre particulares, el art. 2635 bis (2) del CC reduce en un tercio la pena del párrafo primero del art. 2635 del CC: prisión de uno a tres años.

5.6.2. Sistemas latinoamericanos

En el sistema chileno, la pena prevista es la de reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años) y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

En Perú, se prevé la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del art. 36 del CP y con 180 a 365 días-multa.

5.6.3. El sistema colombiano

La pena es la misma que la prevista para el cohecho (soborno) activo: prisión de cuatro a ocho años y multa de diez hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Resulta igualmente aplicable la agravación prevista para cuando se produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación: pena de seis a diez años.

5.6.4. Breve análisis comparativo

El delito de cohecho, corrupción o soborno pasivo entre particulares se castiga en los sistemas analizados con penas privativas de libertad y de multa. En los ejemplos europeos y los sistemas latinoamericanos de referencia las penas privativas de libertad previstas para los tipos básicos alcanzan un máximo de 3-4 años. Colombia se sepa-

ra, sin embargo, de esta tendencia estableciendo una horquilla penal para la pena privativa de libertad de los tipos básicos que oscila entre los 4 y 8 años.

También se prevén penas de inhabilitación y, en España, las mismas penas para las personas jurídicas ya contempladas en la sección 4 respecto de la corrupción activa.

5.7. Especificidades de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional

La corrupción pasiva en el sector privado no se encuentra entre los delitos específicamente contemplados por la Convención de Palermo y los sistemas nacionales analizados tampoco cuentan con disposiciones específicas al respecto. Por su parte, en el art. 286 *quater* (c) del CP español, al igual que en el caso de la corrupción activa, el que “se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal” constituye uno de los supuestos de especial gravedad, que permiten la imposición de “la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

5.8. Estrategia de acción para América Latina y Colombia

Las estrategias propuestas en la sección 4 en relación con las modalidades activas de cohecho, corrupción o soborno pasivo en el sector privado son plenamente trasladables al ámbito de las modalidades pasivas.

5.8.1. Potenciación modelos públicos

Debería potenciarse su tratamiento en el sector privado en la línea de los modelos públicos. Por consiguiente, se propone eliminar la referencia al perjuicio de la sociedad en aquellos sistemas en los que todavía se mantiene, puesto que, desde la perspectiva de un modelo público o mixto, el tipo penal no debería exigirlo ni como finalidad perseguida ni como resultado.

5.8.2. El cohecho, corrupción o soborno pasivo subsiguiente

También se considera necesario, para cubrir posibles lagunas de punibilidad, incluir entre las conductas típicas las constitutivas de cohecho, corrupción o soborno pasivo subsiguiente, siguiendo el ejemplo en este sentido de Chile.

5.8.3. Penas

Dado que, en Colombia, la pena prevista para la modalidad pasiva es la misma que para la modalidad activa, lo señalado en la sección 4 sobre el límite máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo básico resulta aplicable también en este caso: debería reconducirse el límite máximo de 8 años de la regulación colombiana a los límites máximos de 3 y 4 años previstos en el resto de sistemas analizados.

5.8.4. Responsabilidad personas jurídicas

Los distintos sistemas legales deberían contemplar, asimismo, en consonancia con sus principios jurídicos, la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (soborno) en el sector privado, tanto en su modalidad activa como pasiva.

5.8.5. En relación con el crimen organizado

Por último, y ante la creciente presencia de la delincuencia organizada, en la línea de lo previsto por el art. 286 *quater* (c) del CP español, es de recomendar la tipificación, como supuesto cualificado, de la realización de los hechos en el seno de una organización o grupo criminal, así como la aplicación a los mismos de las medidas específicas de lucha contra este tipo de criminalidad.

6. REFLEXIONES FINALES

Además de las estrategias de acción recomendadas para América Latina en general, y para Colombia en particular, en las secciones 4.8 y 5.8 de este capítulo, finalizamos el presente capítulo con las siguientes reflexiones:

1. El cohecho, corrupción o soborno en el sector privado constituye una de las modalidades de corrupción en este sector, contemplada en la Convención de Mérida (aunque sin exigir su incriminación estatal obligatoria) y en los textos supranacionales europeos, tanto en su modalidad activa como pasiva.

2. Los sistemas analizados utilizan con frecuencia (aunque no de modo exclusivo) el término corrupción para referirse a este fenómeno: corrupción entre particulares, corrupción en los negocios, y se fijan con carácter general, de modo casi exclusivo, en el cohecho antecedente quedando fuera del ámbito de lo incriminado tanto la corrupción por recompensa, como la corrupción subsiguiente.

3. Las figuras delictivas se incluyen mayoritariamente en el CP, lo que parece apropiado. Se mantiene, en todo caso, abierto tanto en el plano internacional como en el ámbito interno, un importante debate en cuanto al bien jurídico protegido entre el modelo privado o lealista (que centra la protección en el interés de la entidad y el deber de lealtad de directivos y empleados) y el modelo público, para el que en la incriminación penal de la corrupción en el sector privado son los intereses públicos y no los del titular de la entidad los que deben prevalecer, de aquí que se coloque en el foco de la tutela penal no los intereses privados, sino los de la sociedad en su conjunto: en particular, la competencia leal y el adecuado funcionamiento del sistema de libre mercado. Asimismo, puede constatarse la existencia de modelos mixtos, en los que coexisten elementos que sugieren que se tutelan tanto los intereses de la entidad y/o el deber de lealtad (modelo privado) como la competencia leal y el correcto funcionamiento del sistema de libre mercado (modelo público).

La cuestión no deja de tener incidencia en el plano típico, pues coherente con el modelo lealista es requerir en el tipo objetivo la infracción de los deberes propios por parte de directivos, empleados o colaboradores, una exigencia generalmente recogida por los textos

internacionales, pero que resulta innecesaria y hasta distorsionadora desde la perspectiva de los modelos públicos, lo que ha llevado a su eliminación por parte de alguna de las últimas reformas (por ejemplo, en España).

4. El delito de cohecho, corrupción o soborno activo en el sector privado se presenta como un delito común, siendo los sujetos pasivos de la acción los típicamente delimitados, al deber mantener una relación específica con la correspondiente empresa (o consorcio de empresas), sociedad o entidades análogas (también no inscritas o irregulares), que no necesariamente han de estar caracterizadas por el ánimo de lucro, por lo que también están incluidas las ONGs. Tipo de mera actividad, se caracteriza el delito, en el plano subjetivo, por su condición de delito de resultado cortado, a la vista de las finalidades específicas que han de animar al sujeto activo (beneficiarse uno mismo o a tercero, así como lograr una posición competitiva favorable o ventajosa en relación con las actividades comerciales o de servicios) y que no requieren alcanzarse para llegar a la consumación.

5. Frente a la modalidad activa, el cohecho, corrupción o soborno pasivo en el sector privado es un delito especial que reclama en el sujeto activo la condición de directivo, apoderado, administrador o gestor, trabajador y demás personas sujetas a la dirección o supervisión de estas, mandatarios, asesores, auditores y otros colaboradores externos. También aquí el debate en torno al bien jurídico protegido encuentra de alguna manera reflejo y se traduce en no pocas ocasiones en la falta de referencia entre los sujetos activos a empresarios, socios o accionistas y titulares de la entidad o empresa, los cuales habrían de poder ser igualmente sujetos activos si lo que se tutela es el orden socioeconómico y no el interés empresarial o la lealtad de los empleados o subordinados hacia la entidad. En el plano de la conducta el cohecho pasivo en el sector privado se presenta como un tipo mixto alternativo de mera actividad y de tendencia interna trascendente. A la finalidad de favorecimiento indebido se añade en el plano subjetivo la intención de realización posterior de una acción u omisión dirigida a procurarla, de aquí que se trate de un delito mutilado de dos actos.

6. La regulación internacional deja en manos de los Estados la incriminación de la preparación y la tentativa, no así de las diversas

formas de participación (complicidad, colaboración, instigación o incitación).

7. Tanto en su modalidad activa como pasiva se castiga el cohecho (soborno) con penas privativas de libertad y multa. También se prevén penas de inhabilitación. La regulación internacional reclama la efectiva de responsabilidad de las personas jurídicas; ahora bien, no en todos los sistemas se traduce esto último en el reconocimiento de su responsabilidad penal y la consiguiente previsión de penas para las mismas; no se reclama, sin embargo, desde el plano internacional la tipificación cualificada de los supuestos de realización de los hechos en el seno o a través de una organización o grupo criminal, algo que sería muy recomendable, particularmente en los casos conectados con el crimen organizado transnacional.

8. Se considera internacionalmente necesario exigir cautela a la hora de la autorización de los condenados a libertad anticipada o condicional, el establecimiento de plazos amplios de prescripción que contemplen la posibilidad de alargamiento e interrupción cuando el presunto delincuente haya eludido a la administración de justicia, y la aplicación del decomiso e incautación de los productos (si es preciso, por equivalente) y de los bienes, equipos e instrumentos utilizados o destinados a la comisión del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Artaza, O. (2019), “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado”, *Revista de derecho* (Coquimbo. En línea) | vol. 26, 6.
- Blanco, I. (2015), “Artículos 286 bis a 286 quater: delitos de corrupción en los negocios”, en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Vol 3*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 539-560.
- Caro, D. (2021), “Fundamentos y dogmática del delito de corrupción privada”, *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Zúñiga Rodríguez (Dir.), Dykinson, Madrid, pp. 161-185.
- De la Cuesta, J. & Blanco, I. (2022), “La criminalización de la corrupción en el sector privado ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?”, en

- La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor. Dr. D. José Cerezo Mir.* Madrid. Pp. 267.
- De la Mata, N. (2004), *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.* Granada: Edersa.
- Díez, J. (2020), *Derecho Penal Español. Parte General*, 5ª ed. Revisada. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Green, S. (2013), "Official and commercial bribery: should they be distinguished?", en Alldridge, P. & Horder, J. (Ed.), *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives.* Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 39-65. <https://thelawreviews.co.uk/title/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review/usa>.
- Jiménez, F. & García, L. (2015), "El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal", *Rev. IUS*, Puebla. Vol. 9. Num (35). Pp.159-178.
- Macrì, F. (2018), "La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l.n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica". *Criminalia*. Pp. 405-432.
- Madrid, C. & Palomino, W. (2019), "Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?". *Revista IUS ET VERITAS*. N° 58. Pp. 32-54.
- Mayo, B. (2016). "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico III. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores y a la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural". En: Romero, C., Sola, E., & Boldova, M. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada. Pp. 397-432.
- Melchionda, A. (2020), "La "corrupción entre particulares". Análisis crítico de la regulación italiana. *Revista Penal*. Vol. 46, pp. 127-140.
- Mendelsohn, M. (2020), "The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review: USA". En: Mendelsohn, M. (ed.). *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review. Edition 10*, The Law Reviews.
- Mongillo, V. (2019), "La Legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del Diritto Penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione". *Diritto Penale Contemporaneo* Vol. 5. Pp. 231-311.
- Muñoz, F. (2021), *Derecho Penal. Parte Especial*. 23ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nieto, A. (2018). “Tema 10. Delitos de corrupción en los negocios”, en de la Mata Barranco, N., Dopico Gómez, J., Lascaraín, J.: & Nieto, A. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid. Pp. 415-445.
- Puente, L. (2015), “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”. En: González, J. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo blanch. Pp. 915-922.
- Rohlfesen, R. (2012), “Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws”, *University of Chicago Legal Forum*. Vol (1). Pp.151-193.
- Sánchez, J. (2021). “Estudio de la sanción penal de la corrupción entre privados a partir de los ejemplos de España y Chile”. En: *Revista de Ciencias Penales*, 6ª época. Vol. XLVII (1). Instituto de Ciencias Penales – Chile, Thomson Reuters. Pp. 71-96.
- Valerio, C. & Ramírez, W. (2019), “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, *Ius et Veritas*. Vol. (58). Pp. 32-54.
- Velásquez, V. (2015). Consideraciones sobre el delito de corrupción privada en Colombia (antecedentes, bien jurídico y sujetos), Universidad EAFIT, escuela de derecho, Medellín.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN) (2018), *Tipologías de corrupción en Colombia Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Del cohecho y la concusión*. Bogotá: 2018.
- La Presidenta de la República. (Santiago, 17 de Junio de 2015). «Mensaje 500-363.» *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal*. http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica2/8/8/f/88fdf0a365e371b2a6c04e339cae856149f1c87043422e817bf4380b71d5f03a/_home_aristoteles_documentos_PR_MSGP_MPL_89.pdf.

Capítulo 8

Malversación o peculado en el sector privado

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo examina el delito de malversación o peculado en el sector privado tal como se regula en los instrumentos legales internacionales y regionales existentes en materia de corrupción y en los ordenamientos nacionales de referencia, tanto en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con especial referencia a Colombia, como fuera de él (España y EE.UU.).

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora de Derecho Penal en la Universidad de Deusto, acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el derecho penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

* Licenciada con Diploma de Especialidad Económica y Doctora en Derecho en la Universidad de Deusto (España). Profesora Contratada Doctora

En el título de este capítulo se opta por el uso de los términos de malversación y peculado en el sector privado, que son los que aparecen en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (en adelante, CNUCC), pese a que son términos que pueden tener significados diversos en los ordenamientos nacionales; razón por la cual es muy difícil establecer un concepto unívoco. De manera general, son dos las figuras delictivas que se pueden incluir en esas expresiones que utiliza la CNUCC, a saber, la apropiación indebida y la administración desleal, por utilizar la terminología más común en las legislaciones analizadas. El primer delito consiste en realizar actos de apropiación de las cosas ajenas recibidas, es decir, actuar respecto de ellas como si fueran propias (Muñoz Conde, 2023: 454). El segundo delito no implica la apropiación de los bienes, pues esto encajaría en el delito anterior, sino que consiste en excederse en el ejercicio de las facultades de administración sobre un patrimonio ajeno generando un perjuicio (Muñoz Conde, 2023: 461). Con todo, las definiciones de los tipos penales varían de unos sistemas jurídicos a otros, como se explicará en los apartados correspondientes de este capítulo.

El objetivo de este trabajo es contestar al siguiente interrogante: ¿los tipos penales de malversación o peculado en el sector privado pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina, en general, y Colombia, en particular? Para lograr este objetivo se ha considerado que la estructura más apropiada para este capítulo debe ser la siguiente. Tras este apartado introductorio, la sección segunda ofrece un análisis de las iniciativas internacionales y regionales en materia de corrupción. En concreto, y a diferencia de lo que sucede en otros capítulos de esta obra, únicamente se analizan la

en Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y derecho penal. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y la Propuesta de Directiva anti-corrupción de la Unión Europea, pues ningún otro instrumento normativo universal o regional ha incluido estos tipos penales vinculados al sector privado. En las secciones tercera y cuarta se lleva a cabo el análisis comparado de los diversos países que se han tomado como referencia. En concreto, en la sección tercera se estudian los países de referencia fuera del ámbito latinoamericano (España y EE.UU.); y en la sección cuarta se estudian los países de referencia en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). La sección quinta aborda la regulación y la experiencia de Colombia en esta materia, sección que finaliza con un análisis comparado entre este país y los estándares internacionales, y entre este país y los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia. La última sección ofrece una propuesta de estrategia integrada de acción para América Latina, en general, y para Colombia, en particular, en relación con la regulación de la malversación o peculado en el sector privado como herramienta idónea en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

2. LA REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES UNIVERSALES Y REGIONALES

2.1. Instrumentos internacionales universales

A nivel internacional universal, los instrumentos de referencia en materia de corrupción son la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. De esos dos instrumentos, solo la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción se ocupa del delito objeto de estudio en este capítulo. En concreto, es el art. 22 de este cuerpo normativo el que insta a los Estados parte a tipificar la malversación o peculado en el sector privado del siguiente modo:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades

económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Nótese, antes de entrar en el análisis de los elementos de este delito, que el art. 22 CNUCC pertenece a ese bloque de preceptos con menor fuerza vinculante dentro de la Convención en tanto que no exige a los Estados parte la adopción de medidas para tipificar como delito esta conducta, sino que solo les exige “considerar la posibilidad” de adoptar tales medidas, como sucede también, por ejemplo, con el delito de corrupción entre particulares o con el delito de soborno pasivo de funcionarios extranjeros e internacionales.

Para el análisis del delito recogido en el art. 22 CNUCC se comenzará por los elementos del tipo objetivo y se seguirá por los elementos del tipo subjetivo. Dentro de los primeros, por lo que respecta al sujeto activo, debe indicarse que el delito se configura como un delito especial pues solo puede ser sujeto activo quien reúna unas determinadas cualidades, a saber, “una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”. El sujeto pasivo lo será la persona titular del patrimonio gestionado, que podrá ser una persona física o una persona jurídica. El art. 22 CNUCC no especifica la conducta típica de este delito, limitándose a decir que tal conducta es “la malversación o el peculado” de los bienes que se mencionan. Lo mismo sucede en el art. 17 CNUCC, que exige a los Estados parte el castigo de la malversación o peculado realizada por funcionario público. En el *nomen iuris* del art. 22 se habla de “otras formas de desviación de bienes”, junto a los conceptos de malversación, peculado y apropiación indebida, expresión que puede ayudar a comprender cuál es la conducta típica que se quiere castigar. En todo caso, los *travaux préparatoires* de la Convención señalaron lo siguiente “en algunos países el significado de la palabra “desviación” no incluye la malversación o el peculado ni la apropiación indebida, mientras que en otros países se entiende que la desviación queda abarcada en esos conceptos o se considera como sinónimo de ellos” (Naciones Unidas, 2003, párrafo 30). Además, el art. 22 concreta que esta conducta debe llevarse a cabo “en el curso de actividades econó-

micas, financieras o comerciales”, lo que constituye una de las principales diferencias con el delito de malversación cometido por un funcionario público. El objeto material del delito viene determinado por “cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado” al sujeto activo. La CNUCC define el concepto de “bienes” en el art. 2.d como aquellos “activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. En lo que respecta al tipo subjetivo, el delito es eminentemente doloso, como lo pone de manifiesto el hecho de que el art. 22 exige que la conducta se cometa intencionadamente.

Más allá del art. 22, la CNUCC impone otras obligaciones respecto de este delito, como lo hace respecto del resto de delitos que se mencionan en su articulado. En concreto, se insta a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar las formas de participación, a saber, el cómplice, el colaborador y el instigador (art. 27.1); la tentativa (art. 27.2) y la preparación (art. 27.3).

Igualmente, se exige a los Estados que adopten las medidas que sean necesarias, “en consonancia con sus principios jurídicos”, para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por su participación en delitos tipificados con arreglo a la Convención (art. 26.1). Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa (art. 26.2), y las sanciones, penales o de otro tipo, que en todo caso incluirá sanciones pecuniarias, deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas.

En cuanto a las sanciones para personas físicas, habrán de tener en cuenta la gravedad de los delitos (art. 30.1). Del mismo modo, la gravedad de los delitos habrá de ser tenida en cuenta para conceder la libertad anticipada o la libertad condicional de los responsables (art. 30.5). Asimismo, se deberán prever penas de inhabilitación para ejercer cargos públicos o para ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado (art. 30.7).

Otra consecuencia derivada del delito que igualmente han de incorporar los Estados a sus legislaciones es el decomiso del producto

del delito o de bienes por valor equivalente, así como de los instrumentos empleados o destinados a emplearse en la comisión (art. 31).

La CNUCC también exige a los Estados parte el establecimiento de “un plazo de prescripción amplio” siempre “con arreglo a su derecho interno”, y de un “plazo mayor” o la interrupción de la prescripción cuando el presunto responsable haya eludido la administración de justicia (art. 29).

2.2. Instrumentos internacionales regionales

2.2.1. Europa

En el ámbito europeo son varios los instrumentos normativos existentes en materia de corrupción, tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa. Entre los primeros, se hallan el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los países de la Unión Europea¹, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado², y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal³. Esta directiva exige el castigo del cohecho y de la malversación en el sector público exclusivamente, además del castigo del fraude fiscal y del blanqueo de capitales. En la Unión Europea existe una propuesta de directiva anticorrup-

¹ Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE C 195, de 25 de junio de 1997.

² Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE L 192, de 31 de julio de 2003.

³ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, DOUE L 198, de 28 de julio de 2017.

ción⁴ que pretende dar unidad a tanta dispersión normativa que existe actualmente en relación con la criminalización de la corrupción. En el marco del Consejo de Europa, por su parte, los instrumentos normativos de referencia son el Convenio penal sobre la corrupción⁵ y el Convenio civil sobre la corrupción⁶, ambos del año 1999.

2.2.1.1. Unión Europea

Pese a la proliferación normativa en el ámbito de la corrupción que existe en la Unión Europea, no existe en ninguno de los instrumentos actualmente en vigor una referencia a la malversación en el sector privado. Es la Propuesta de directiva anti-corrupción la que incluye la criminalización de la apropiación indebida en el ámbito privado, junto a la malversación de fondos públicos, para “aplicar un enfoque integral en la lucha contra la corrupción” (Comisión Europea, 2023: considerando 12). El art. 9 de la Propuesta señala lo siguiente:

Malversación y apropiación indebida

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando se cometan intencionadamente, las siguientes conductas sean punibles como infracción penal:

- a) el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización por un funcionario, de forma contraria a los fines para los que estaban previstos, de bienes cuya gestión se le haya encomendado directa o indirectamente;
- b) el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización, de forma contraria a los fines para los que estaban previsto y en el marco de actividades económicas, financieras, empresariales o comerciales,

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 3.5.2023, COM(2023) 234 final, 2023/0135 (COD).

⁵ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

⁶ Convenio Civil sobre la Corrupción (Convenio número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999.

por una persona que, en cualquier calidad, dirija una entidad del sector privado o trabaje para ella, de bienes cuya gestión se le haya encomendado directa o indirectamente.

En los considerandos de la Propuesta de directiva anti-corrupción se señala que para que las conductas de malversación o de apropiación indebida sean consideradas delictivas “deben dar lugar a una ventaja para el funcionario o para un tercero” (Comisión Europea, 2023: considerando 12). Sin embargo, no se observa en el art. 9 propuesto esta exigencia.

Los elementos objetivos y subjetivos del delito son esencialmente idénticos a los del art. 22 CNUCC, lo que no es de extrañar pues la Propuesta de directiva anti-corrupción indica desde el inicio que pretender actualizar el marco normativo de la Unión Europea en materia de corrupción incorporando las normas internacionales vinculantes, como las de la CNUCC (Comisión Europea, 2023: exposición de motivos). La única diferencia que se aprecia entre ambos textos está en la descripción de la conducta típica, siendo el art. 9 de la Propuesta de directiva anti-corrupción más detallado que el art. 22 CNUCC al especificar que la conducta objeto de castigo será el “compromiso, desembolso, apropiación o la utilización [de los bienes] de forma contraria a los fines para los que estaban previstos”.

La Propuesta de directiva impone a los Estados miembros, además, el castigo de las formas de participación, como la inducción (art. 14.1) y la complicidad (art. 14.2), así como de la tentativa (art. 14.3).

También exige la Propuesta de directiva a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos contemplados en ella cuando se cometan en su favor por cualquier persona física que ostente un cargo directivo dentro de ellas, o cuando la falta de supervisión o control por parte de estas personas haya hecho posible que personas bajo su autoridad cometan uno de estos delitos (art. 16). En estos casos, las personas jurídicas deberán ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 17.1). Estas sanciones podrán consistir en multas, penales o no penales. La Propuesta de directiva especifica que el “límite máximo no sea inferior

al 5% del volumen de negocios mundial total de la persona jurídica, incluido el de las entidades vinculadas, en el ejercicio económico anterior a la decisión de imposición de la multa” (art. 17.2.a). Además, se mencionan las siguientes posibles sanciones en el art. 17.2:

b) exclusión de dicha persona jurídica del disfrute de ventajas o ayudas públicas; c) exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; d) inhabilitación temporal o permanente de dicha persona jurídica para el ejercicio de actividades comerciales; e) retirada de los permisos o autorizaciones para el ejercicio de las actividades en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; f) posibilidad de que las autoridades públicas anulen o resuelvan el contrato con ellas en el contexto de cuya ejecución se haya cometido la infracción; g) intervención judicial de dicha persona jurídica; h) disolución judicial de dicha persona jurídica; y i) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción.

En cuanto a las sanciones para personas físicas, la Propuesta de directiva exige que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 15.1) pero, además, establece unos límites que los Estados miembros habrán de tener en cuenta. Así, por ejemplo, para los delitos de malversación y de apropiación indebida, se exige que se castiguen con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, 5 años (art. 15.2)⁷. No obstante, únicamente para estos delitos, cuando los daños o perjuicios ocasionados, o las ventajas obtenidas, sean inferiores a 10000€, los Estados miembros podrán recurrir a sanciones no penales (art. 15.3).

Más allá de estas sanciones, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que todos los delitos referidos en la Propuesta de directiva, incluidas la malversación y la apropiación indebida, puedan castigarse con sanciones, penales o de otra índole, tales como las siguientes:

⁷ El mismo límite se establece para los delitos de soborno en el sector privado, tráfico de influencias y abuso en el ejercicio de funciones. Los delitos de cohecho en el sector público y de obstrucción a la justicia se deberán castigar con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, seis años. Y para el delito de enriquecimiento ilícito, el límite será de, al menos, cuatro años.

a) multas; b) destitución, suspensión o traslado; c) inhabilitación para i) el ejercicio de un cargo público; ii) el ejercicio de una función de servicio público; iii) el ejercicio de un cargo en una persona jurídica que pertenezca total o parcialmente a dicho Estado miembro; iv) el ejercicio de las actividades comerciales en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; d) privación del derecho de sufragio pasivo en proporción a la gravedad de la infracción penal cometida; e) retirada de los permisos o autorizaciones para el ejercicio de las actividades en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; y f) exclusión del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, las subvenciones y las concesiones (art. 15.4).

Como consecuencia derivada del delito, la Propuesta de directiva anticorrupción no menciona el decomiso. Sin embargo, este deberá ser aplicable respecto de los delitos que se contienen en la Propuesta, como respecto de cualquier otro, como se dispone en otras normas de la Unión Europea, fundamentalmente, en la Directiva (UE) 2024/1260⁸.

La Propuesta de directiva, a diferencia de la normativa existente hasta el momento en la Unión Europea en materia de corrupción, contiene una disposición muy detallada sobre los plazos para la prescripción de las infracciones penales contempladas en el texto. El art. 21 comienza exigiendo a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para establecer “un plazo de prescripción, a contar desde la comisión de la infracción, que otorgue el tiempo suficiente para investigar, acusar, sustanciar el juicio oral y dictar sentencia eficazmente en relación con dichas infracciones” (art. 21.1). Para el caso concreto de los delitos de malversación y apropiación indebida, ese plazo no podrá ser inferior a 10 años (art. 21.2.b). El plazo podrá ser menor “siempre que pueda interrumpirse o suspenderse en caso de que se produzcan determinados actos y que el régimen aplicable en materia de suspensión y prescripción no reste eficacia al proceso judicial ni a la aplicación disuasoria de las penas” (art. 21.3). En todo caso, para el delito que nos ocupa no podrá ser inferior a 8 años (art. 21.3.b).

⁸ Directiva (UE) 2024/1260, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos (DOUE Serie L, de 2 de mayo de 2024).

2.2.1.1. Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, los instrumentos legales de referencia en materia de corrupción son los dos convenios del año 1999 mencionados, el Convenio penal y el Convenio civil. En el primero de ellos, donde se establecen las obligaciones para los Estados parte de tipificar determinadas conductas como delito, no aparece mención a la malversación o peculado, ni en el sector público, ni en el sector privado.

2.2.2. América Latina

El instrumento normativo de referencia en materia de lucha contra la corrupción es la Convención interamericana contra la corrupción del año 1996. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los delitos que son objeto de análisis en este volumen, esta Convención no establece disposiciones relativas al castigo de la malversación o apropiación indebida en el ámbito privado.

2.3. Análisis comparado

Los instrumentos normativos supranacionales en materia de corrupción han prestado escasa atención al castigo de la malversación o peculado en el sector privado. Como se ha podido comprobar en el estudio llevado a cabo en los epígrafes anteriores, solo la CNUCC impone obligaciones al respecto. Y, en todo caso, esta obligación es relativa, pues el art. 22 CNUCC lo que exige a los Estados parte es “considerar la posibilidad” de tipificar como delito estas conductas, pero no exige su criminalización, como sí lo hace respecto de conductas tales como el soborno activo y pasivo de funcionarios nacionales, el soborno activo de funcionarios extranjeros o la malversación en el sector público. En el momento de redacción de estas líneas existe, además, una Propuesta de directiva anti-corrupción en la Unión Europea que sí hace referencia al castigo de la apropiación indebida en el sector privado. Las diferencias entre este texto de la Unión Europea y la CNUCC son escasas. En primer lugar, en la Propuesta de directiva anti-corrupción existe una verdadera obligación de criminalizar estas

conductas en el sector privado. Es decir, va más allá de la mera consideración de tipificar⁹. En segundo lugar, la Propuesta de directiva anti-corrupción ofrece una definición de la conducta típica, cosa que no hace la CNUCC. La Propuesta entiende que este delito incluye “el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización [de los bienes], de forma contraria a los fines para los que estaban previsto”. Es decir, se recogen conductas que en los diferentes ordenamientos jurídicos pueden encajar bien en el delito de apropiación indebida, bien en el delito de administración desleal. En tercer lugar, la Propuesta de directiva anti-corrupción difiere de la CNUCC en lo que respecta a la precisión con la que establece obligaciones en cuanto a la duración de las penas y la duración de los plazos de prescripción. La Propuesta de directiva, con el fin de lograr una verdadera armonización de las legislaciones penales en esta materia, impone unos límites concretos que los Estados miembros han de respetar.

3. LA REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

3.1. *España*

Hasta la reforma del CP español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de tipificarse como delito patrimonial la apropiación indebida, también se incriminaba la administración desleal, pero como un delito exclusivamente societario. Los problemas de delimitación de ambas figuras, fundamentalmente en la modalidad apropiadora de distracción de dinero (consecuencia de la restricción del ámbito de aplicación del entonces art. 295 CP al ámbito societario), dio lugar a varias interpretaciones. Frente a la tesis de los círculos secantes, defendida fundamentalmente por el Tribunal Supremo (STS 224/1998, de 26 febrero), y que se consolida tras la introducción

⁹ En todo caso, los Estados miembros de la Unión Europea ya tipifican, en general, estas conductas, como se indica en la propia Propuesta de directiva anti-corrupción, aunque las definiciones de los tipos penales difieren de unas legislaciones a otras (Comisión Europea, 2023: 13-14).

del art. 295 en el CP de 1995¹⁰, la mayoría de la doctrina defendía que la mayor penalidad asignada a la apropiación indebida llevaba a negar la existencia de un concurso de normas entre ambos delitos, existiendo un ámbito de aplicación autónomo de cada uno. Así, cuando no era posible acreditar una apropiación en sentido estricto, la frontera entre la administración desleal y la apropiación indebida se situaba en un acto de disposición que suponía un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, es decir, un acto dominical definitivo frente a meros usos temporales ilícitos (Castro Moreno, 1998: 305 y s.; Gómez Benítez, 2001: 142; Martínez-Buján Pérez, 2001: 112).

Con la reforma del CP por medio de la LO 1/2015, se suprimió el delito de administración desleal del art. 295 CP, pasando a integrarse, con un nuevo contenido, dentro de los delitos patrimoniales del título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), capítulo VI (de las defraudaciones). Reforma que igualmente ha afectado al número del artículo y al contenido del delito de apropiación indebida. En consecuencia, el art. 252 CP, que tipifica actualmente la administración desleal, dispone:

1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Por su parte, el art. 253 CP tipifica el delito de apropiación indebida en los siguientes términos:

1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier

¹⁰ Para una revisión de la evolución jurisprudencial, véase la STS 206/2014, de 3 de marzo.

otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

El bien jurídico protegido en estos delitos es el patrimonio, aunque son conductas que también pueden tener relevancia socioeconómica, en la medida en que no siempre es posible deslindar claramente la afectación patrimonial y la socioeconómica (Muñoz Conde, 2023: 449).

En cuanto a los sujetos activos de estos delitos, ambos se configuran como delitos especiales. Para ser sujeto activo del delito de apropiación indebida es necesario que la persona haya recibido la cosa por algún título que obligue a devolverla. Por su parte, la administración desleal exige que el sujeto tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno, por disposición legal, ordenadas por autoridad o asumidas voluntariamente en virtud de un negocio jurídico. Se asume un concepto amplio de “administrador”, incluido todo aquel que de facto actúa como tal, siguiendo la misma interpretación que en el ya derogado delito societario de administración desleal, en el que se recogía expresamente como sujeto activo al administrador “de hecho o de derecho”. En ambos delitos el sujeto pasivo puede ser una persona física o jurídica, titular del patrimonio perjudicado con el acto de apropiación indebida o de administración.

El objeto material de la apropiación indebida es cualquier cosa mueble en sentido funcional (dinero, efectos, valores), que se debe recibir bajo un título que produce la obligación de entregarla o devolverla, trasladando la posesión, no la propiedad (por ejemplo, depósito, comisión, custodia, mandato o prenda con desplazamiento). No caben en este delito los bienes inmuebles ni los derechos referidos a estos, que se desplazan al delito de administración desleal, cuyo objeto material, por tanto, incluye bienes muebles e inmuebles. Tampoco se menciona expresamente en el art. 253 CP el título de administración, lo que parece que se desplaza al delito de administración desleal con independencia de si se está ante un incumplimiento definitivo de la obligación de devolver (Muñoz Conde, 2023: 474).

Aunque la reforma del CP español en el año 2015 encontraba su justificación en que el sujeto pasivo podía ser cualquier persona (no solo una sociedad o persona jurídica), no hizo desaparecer completamente la controversia sobre el ámbito de aplicación propio de los delitos de apropiación indebida y administración desleal. No obstante, el problema se diluye en la práctica, puesto que la penalidad es la misma, remitiéndose ambos preceptos a las penas asignadas al delito de estafa, según su gravedad: (a) tipo básico (pena de prisión de 6 meses a 3 años); (b) delito leve (multa de 1 a 3 meses cuando lo defraudado no excede de 400 euros); y (c) modalidad agravada si concurren alguna de las agravantes específicas del art. 250 CP (pena de prisión de 1 a 6 años y multa de seis a 12 meses), aplicables igualmente a la apropiación indebida y a la administración desleal. De especial interés en el ámbito de estos delitos es la agravante prevista en el numeral 5º del art. 250.1, cuando el valor de lo defraudado excede los 50.000 euros o afecta a un elevado número de personas. Finalmente, el CP prevé un tipo hiperagravado en el art. 250.2, cuando el valor de lo defraudado supera los 250.000 euros, que se castiga con pena de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses.

En esencia, ambas figuras delictivas permiten cubrir todas las hipótesis que recomienda tipificar el art. 22 CNUCC, esto es, situaciones en las que el perjuicio patrimonial existe cuando se causa una disminución de patrimonio, cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado, así como cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, lo que ocurre cuando la integridad patrimonial se expone a una situación relevante de peligro. Frente a la regulación anterior, los arts. 252 y 253 CP vienen a cubrir situaciones de quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla (apropiación indebida), como quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos y abusa o se excede en el ejercicio de las facultades de administración, con actuaciones para las que no ha sido autorizado y de las que se deriva un perjuicio al patrimonio administrado (administración desleal) (Martínez-Buján Pérez, 2016: 32). De manera que comete apropiación indebida el que recibe la posesión de una cosa mueble por un título que le obliga entregarla o devolverla y realiza algún acto que implica el incumplimiento definitivo de esta

obligación, disponiendo de la cosa como si fuera propia, o niega haberla recibido; mientras que responde del delito de administración desleal quien tiene facultades de disposición de un patrimonio ajeno y realiza sobre él actos para los que no estaba autorizado y que causan un perjuicio al administrado, sin que tenga por qué haber ánimo de apropiación (Muñoz Conde, 2023: 467 et. seq.). Ambas figuras delictivas exigen la causación del perjuicio patrimonial, que supone la pérdida para el dueño del valor económico de la cosa, que en el caso del delito de apropiación indebida pasa a incorporarse al patrimonio del sujeto activo.

La apropiación indebida y la administración desleal únicamente se castigan en su modalidad dolosa. La primera de estas figuras exige, además, un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro o *animus rem sibi habendi*. Un elemento así no se exige en el delito de administración desleal, por lo que en este caso sí cabría admitir un dolo eventual (Gálvez Jiménez, 2020: 465).

El CP español castiga las formas de participación en los arts. 28 y 29, en concreto, la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. El inductor y el cooperador necesario reciben la misma pena del autor. El cómplice, por su parte, recibe menos pena (inferior en grado a la prevista para el autor). La tentativa se castiga en el sistema penal español respecto de cualquier delito del Libro II (art. 16.1 CP), siempre que su naturaleza así lo permita; y la pena a imponer es la de la infracción consumada reducida en uno o dos grados. Los actos preparatorios en el sistema español no son punibles con carácter general. Únicamente se castigan tres tipos de actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación para delinquir) y solo cuando la ley lo prevea expresamente (arts. 17 y 18 CP). En el caso de los delitos que nos ocupan, únicamente se prevé el castigo de los actos preparatorios para la apropiación indebida pero no para la administración desleal (art. 269 CP), y la pena aplicable en estos supuestos es la inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito.

El CP español no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos, lo que puede encontrar su causa en las propias condiciones de atribución de responsabilidad del art. 31 bis CP para estas, fundamentalmente en atención al requisito de que el delito se cometa en beneficio directo o indirecto de la persona jurí-

dica. Así, se estaría considerando que, como regla, la persona jurídica es la perjudicada por estos delitos. No obstante, la casuística que puede presentarse es más diversa, de manera que puede ocurrir que la condición para ser sujeto activo del delito recaiga sobre una persona jurídica que, por ejemplo, administra a otra, como se desprende de la Propuesta de directiva anti-corrupción de 2023, en la que sí se prevé la responsabilidad de la persona jurídica por apropiación indebida y administración desleal cuando se cometan en su favor.

Al tratarse de delitos dolosos, el art. 127 CP ordena la pérdida o decomiso de los efectos que provengan de estos, “de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. También se prevé el decomiso por valor equivalente y el decomiso ampliado para los supuestos y bajo las condiciones que señalan los arts. 127 bis y ter CP, entre los que se incluyen los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del título XIII en el que se integran los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En atención a la gravedad de estos delitos, la prescripción oscila entre 1 año (delito leve), 5 años (tipo básico) o 10 años (tipos agravados e hiperagravado), de acuerdo con los plazos señalados en el art. 131 CP. Dicha prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, que vuelve a correr de nuevo desde el momento en que se paraliza el procedimiento o se termina sin condena (art. 132.2).

3.2. EE. UU.

Como se mencionó en la introducción, este capítulo opta en el título por usar la terminología de la CNUCC para referirse al delito objeto de estudio: la malversación o peculado en el sector privado. Dentro de estas expresiones se incluyen delitos que las legislaciones nacionales denominan de diversa manera, como se ha visto, por ejemplo, en el examen de la legislación española, donde se usan las expresiones “apropiación indebida” y “administración desleal”. En el ámbito anglosajón, la voz que se utiliza para traducir el término

malversación es *embezzlement* y, de hecho, el art. 22 CNUCC emplea en su versión en inglés la expresión “*Embezzlement of property in the private sector*” para referirse a este delito.

En EE.UU. la definición del delito de *embezzlement* así como las penas son distintas en los diferentes Estados y en la legislación federal (Homer & Byrne, 2023: 194). En este epígrafe solo se tendrá en cuenta la legislación federal, ante la imposibilidad de abordar en un trabajo de este tipo la legislación de los diferentes Estados. A nivel federal, el título 18 del *US Code* recoge hasta 30 infracciones diferentes que engloba en una categoría denominada “*embezzlement and theft*” en el capítulo 31 de la parte I, si bien, la mayoría se refieren a conductas que en la tradición jurídica española y latinoamericana encajarían en el delito de malversación en el sector público. De hecho, el examen realizado al país sobre el grado de cumplimiento de la CNUCC señaló que no hay una norma federal que prohíba la malversación en el sector privado en todas las circunstancias (UNODC, 2012: 61), aunque algunas disposiciones de la legislación federal sí podrían aplicarse a las conductas que la CNUCC denomina malversación en el sector privado, como las secciones 656 y 657, que se reproducen a continuación:

§656. Theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee.

Whoever, being an officer, director, agent or employee of, or connected in any capacity with any Federal Reserve bank, member bank, depository institution holding company, national bank, insured bank, branch or agency of a foreign bank, or organization operating under section 25 or section 25(a) of the Federal Reserve Act, or a receiver of a national bank, insured bank, branch, agency, or organization or any agent or employee of the receiver, or a Federal Reserve Agent, or an agent or employee of a Federal Reserve Agent or of the Board of Governors of the Federal Reserve System, embezzles, abstracts, purloins or willfully misapplies any of the moneys, funds or credits of such bank, branch, agency, or organization or holding company or any moneys, funds, assets or securities intrusted to the custody or care of such bank, branch, agency, or organization, or holding company or to the custody or care of any such agent, officer, director, employee or receiver, shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both; but if the amount embezzled, abstracted, purloined or misapplied does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

§657. Lending, credit and insurance institutions

Whoever, being an officer, agent or employee of or connected in any capacity with the Federal Deposit Insurance Corporation, National Credit Union Administration, any Federal home loan bank, the Federal Housing Finance Agency, Farm Credit Administration, Department of Housing and Urban Development, Federal Crop Insurance Corporation, the Secretary of Agriculture acting through the Farmers Home Administration or successor agency, the Rural Development Administration or successor agency, or the Farm Credit System Insurance Corporation, a Farm Credit Bank, a bank for cooperatives or any lending, mortgage, insurance, credit or savings and loan corporation or association authorized or acting under the laws of the United States or any institution, other than an insured bank (as defined in section 656), the accounts of which are insured by the Federal Deposit Insurance Corporation, or by the National Credit Union Administration Board or any small business investment company, or any community development financial institution receiving financial assistance under the Riegle Community Development and Regulatory Improvement Act of 1994, and whoever, being a receiver of any such institution, or agent or employee of the receiver, embezzles, abstracts, purloins or willfully misapplies any moneys, funds, credits, securities or other things of value belonging to such institution, or pledged or otherwise intrusted to its care, shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both; but if the amount or value embezzled, abstracted, purloined or misapplied does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

Además, el referido informe de evaluación del cumplimiento de la CNUCC señala que las conductas de malversación en el sector privado se penalizan principalmente en la legislación de los Estados federados, ya que el concepto de *embezzlement* hace referencia al quebranto de los deberes de confianza, y eso está relacionado con organizaciones privadas, por lo que se regula a través de normas de Derecho corporativo o comercial de los Estados, más que por la legislación federal (UNODC, 2012: 61)

Si bien el concepto de *embezzlement* difiere de unos Estados a otros, en general, se entiende que abarca las conductas de apropiación ilícita de una cosa de otro por parte de quien tiene la posesión legal de la misma (UNODC, 2012: 61). Aunque el concepto incluye cualquier tipo de bien, normalmente el delito de *embezzlement* se refiere a dinero (Homer & Byrne, 2023: 193). La distinción con el *theft* que está en el mismo capítulo 30 radica en el hecho de que en este caso el que

sustraer la cosa de otro no la posee legítimamente. Según el informe de evaluación del grado de cumplimiento de la CNUCC, también se pueden incluir los casos de *false pretenses*, esto es, tipos penales que criminalizan la representación falsa de un hecho material con el fin de hacer que una víctima transfiera a otro el título de propiedad. (UNODC, 2012: 61). Asimismo, también se pueden incluir algunos supuestos de fraude penalizados en el título 18 del *US Code*, parte I, capítulo 63, “*Mail fraud and other fraud offenses*”, como las secciones 1341 y 1343, que prohíben el uso de comunicaciones interestatales para promover un plan para defraudar a alguien en su propiedad (UNODC, 2012: 61).

Como puede observarse, los tipos penales del *US Code* que se pueden relacionar con la malversación en el sector privado son muy variados, al igual que las posibles penas a aplicar, que pueden llegar a los 30 años de prisión en el caso de las secciones 656 y 657 y hasta los 20 años de prisión en el caso de las secciones 1341 y 1343.

Por lo que respecta a otras consecuencias derivadas del delito, debe puntualizarse que la legislación estadounidense aplica el decomiso tanto penal como civil. Esta regulación fue considerada por los evaluadores de la CNUCC como más avanzada incluso que la propia Convención, que solo se refiere al decomiso civil como algo opcional (UNODC, 2012: 104).

El título 18 del *US Code* castiga diversas formas de participación en el delito, como la complicidad o la inducción (§ 2), así como la conspiración para delinquir (§§ 371-373). También se castiga la tentativa de algunos delitos, como, por ejemplo, los recogidos en las secciones 1341 y 1343. Además, las *Federal Rules of Criminal Procedure* contemplan situaciones en las que el acusado puede ser considerado culpable por tentativa (UNODC, 2012: 81).

Conforme a la tradición jurídica estadounidense, las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables por los delitos cometidos por sus empleados, agentes u oficiales cuando los mismos realicen una conducta delictiva en el marco o con ocasión de sus funciones y en beneficio de la entidad.

El plazo de prescripción para la mayoría de los delitos federales (no capitales) es de cinco años, y comienza a contar desde el momen-

to en que el delito se cometió (*US Code*, título 18, parte II, capítulo 213, sección 3282). Este plazo fue discretamente cuestionado por los evaluadores de la CNUCC, quienes recomendaron una ampliación “para permitir una investigación y enjuiciamiento adecuados” de los delitos de corrupción en tanto que por su naturaleza pasan desapercibidos durante muchos años (UNODC, 2012: 84 y 85), pero por el momento no se han ampliado esos plazos.

3.3. Análisis comparado

El sistema español y el sistema federal estadounidense difieren notablemente en cuanto a la tipificación de esas conductas que podrían encajar en el delito que la CNUCC denomina malversación o peculado en el sector privado. Como se ha visto, en España son dos los tipos penales que, claramente, dan cumplimiento a ese mandato de Naciones Unidas: el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. En EE.UU. no existe a nivel federal un delito que se corresponda exactamente con el delito de malversación o peculado en el sector privado tal como se recoge en el art. 22 CNUCC, aunque algunos tipos penales del título 18 del *US Code* servirían para castigar conductas relacionadas con la corrupción en el sector privado.

Siendo los tipos penales tan dispares, no parece coherente realizar una comparativa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pues se tipifican cosas diferentes. Como elementos similares únicamente se encuentran dos. En primer lugar, estos delitos se configurarían como delitos especiales, es decir, delitos en los que solo puede ser sujeto activo la persona que reúna las cualidades especificadas en el tipo penal. En segundo lugar, existe cierta similitud en cuanto al objeto material de delito, que no tiene por qué referirse en exclusiva a dinero, sino que puede incluir otros bienes.

También son dispares las penas previstas en uno y otro ordenamiento jurídico. En el caso español, la pena de prisión máxima en el tipo básico es de tres años de prisión; en el tipo agravado, esto es, por ejemplo, cuando el perjuicio supere los 50000 euros, es de 6 años de prisión; y en el tipo hiperagravado, por ejemplo, cuando el perjuicio

supere los 250000 euros, es de 8 años de prisión. En EE.UU., los delitos federales de referencia tienen penas de prisión mucho más elevadas, pudiendo llegar a los 30 años. Los plazos de prescripción también varían. En la legislación española, los tipos básicos de apropiación indebida y de administración desleal prescriben a los 5 años, pero los tipos agravados prescriben a los 10, lo que puede contribuir a la persecución de estos delitos si se descubren mucho tiempo después de cometidos. En la legislación estadounidense todos los delitos referidos prescriben a los 5 años. Por lo que respecta al decomiso, ambas legislaciones permiten tanto el decomiso penal como el llamado decomiso civil, aunque esta última expresión no es de uso común en España, pues el decomiso sin necesidad de condena penal se ha incorporado recientemente a la su legislación. De hecho, en el caso español, el decomiso sin condena solo se permite respecto de un listado cerrado de delitos. En ese listado sí están la apropiación indebida y la administración desleal pero solo en el caso de continuidad delictiva y de reincidencia.

4. LA REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

4.1. Argentina

El CP argentino tipifica entre los delitos contra la propiedad (título VI) los delitos de apropiación indebida y malversación o peculado en el sector privado en el art. 173, apartados 2 y 7 respectivamente. Ambas figuras delictivas se integran en el capítulo VI, “De las estafas y otras defraudaciones”.

En concreto, el art. 173.2 CP castiga al que:

[...] que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

Por su parte, el art. 173.7 CP incrimina al:

[...] que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.

Esta regulación recuerda a la española, reproduciendo, en esencia, sus elementos típicos. Como puede observarse, ambos tipos penales se configuran como delitos especiales en lo que se refiere al sujeto activo. El sujeto pasivo lo será el titular del bien jurídico protegido (el patrimonio), que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. El objeto material del delito de apropiación indebida solo puede ser una cosa mueble que, además, debe haberse recibido en virtud de un título que produce obligación de entregarla o devolverla. El objeto material del delito de apropiación indebida es más amplio, pues se incluye cualquier tipo de bien, esto es, también los inmuebles, así como cualquier interés pecuniario ajeno; y el sujeto activo debe tener a su cargo el manejo, la administración o cuidado de tales bienes o intereses. Tanto el delito de apropiación indebida como el de administración desleal se castigan exclusivamente en su modalidad dolosa, exigiendo el segundo un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro propio o de un tercero, o el fin de causar daño.

Ambas figuras delictivas se castigan con la misma pena, de prisión de 1 mes a 6 años, lo que diluye en la práctica la distinción existente entre ellas.

Por su parte, el art. 301 CP castiga con pena de 6 meses a 2 años la figura de fraudes al comercio y a la industria en los siguientes términos:

[...] el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

Conforme a los arts. 42 y 44 CP se castiga la tentativa de cualquier delito, lo que lleva con carácter general a una disminución de un tercio de la pena; no así los actos preparatorios, que no son punibles en el ordenamiento jurídico-penal argentino, aunque esto se ha considerado conforme a la CNUCC en tanto que el precepto relativo a este tema, el art. 27.3 CNUCC no es de aplicación obligatoria (UNODC, 2013a: 44). Igualmente, el art. 45 CP castiga las diferentes formas de participación en un delito, los cómplices primarios (art. 45: “los que prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse”), los cómplices secundarios (art. 46: “los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo”) y los instigadores (art. 45: “los que hubiesen determinado directamente a otros a cometerlo”).

En virtud del art. 23 CP, la condena por un delito conlleva el decomiso o desapoderamiento definitivo del bien que ha servido para cometer el delito y, en lo que interesa a los efectos de los delitos de apropiación indebida y administración infiel, de las cosas o ganancias que son producto o el provecho del delito en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros. El desapoderamiento de estos bienes deberá ser ejecutado a través de un procedimiento de remate y su producto será entregado a los damnificados con el fin de reparar el daño causado por el delito. Con el decomiso también se busca evitar que el producto o provecho del delito beneficie, en cualquiera de las formas que puedan asumir dichos bienes, a quienes los han perpetrado o los han facilitado (UNODC, 2013a: 55).

Aunque Argentina ha consagrado la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley 27401 para los delitos de corrupción que definen su ámbito de aplicación, entre ellos no se encuentran los delitos de apropiación indebida y administración infiel o desleal. Esta exclusión no debe extrañar, pues parece asumir la premisa, como también parece desprenderse de la regulación española, de que, por regla general, será la persona jurídica la perjudicada por la apropiación o desviación de los fondos de los que es titular, incum-

pliendo así la condición requerida para atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas el que el delito les procure un beneficio.

Los delitos de apropiación indebida, administración infiel y fraudes al comercio y a la industria prescriben, según dispone el art. 62 CP, entre los 2 y los 12 años, después de haber transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito (6 años para los delitos de apropiación indebida y administración infiel y 2 años para fraudes al comercio y a la industria). En atención a lo dispuesto en el art. 67 CP, la interrupción se suspende “en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso interrumpe por la comisión de otro delito”. A su vez, la interrupción se interrumpe por la comisión de otro delito, así como por el primer llamado a una persona en el proceso penal para recibirle declaración indagatoria, así como por otras actuaciones procesales que indica también el art. 67.

4.2. *Brasil*

El art. 168 CP brasileño castiga como delito contra el patrimonio (título II) la apropiación indebida (capítulo V), con pena de 1 a 4 años y multa, a quienes se apropien “de bienes muebles ajenos, de los que se tiene posesión”. La pena aumenta en un tercio si el sujeto recibe la cosa: a) en depósito necesario; b) en calidad de tutor, curador, liquidador, albacea, o depositario judicial; c) por razón de oficio, empleo o profesión.

Este delito se configura como un delito especial desde la perspectiva del sujeto activo, quien debe tener la posesión de la cosa o haber recibido la cosa en virtud de un determinado título o por razón de oficio, empleo o profesión. Sujeto pasivo será el titular del patrimonio afectado, ya sea persona física o jurídica. El objeto material del delito solo puede ser un bien mueble, excluyéndose los inmuebles. En el tipo subjetivo, el delito es doloso y no exige ningún elemento específico.

La Comisión de Seguimiento de las disposiciones de la CNUCC recomendó a Brasil considerar la posibilidad de penalizar plenamente todas las formas de malversación o peculado en el sector privado (UNODC, 2015a: 12). En este sentido, se prevé una tipificación que coincide parcialmente con la conducta descrita en el art. 22 CNUCC en el art. 177 CP (capítulo VI, “De la estafa y otros fraudes”), relativo al fraude y al abuso durante la creación y la administración de una empresa. En concreto, en relación con el peculado o malversación en el sector privado, se destacarán las conductas incriminadas en los apartados I a VII del art. 177, parágrafo 1º:

- I. El director, gerente o supervisor de una sociedad anónima, que, en un prospecto, informe, dictamen, balance o comunicación al público o asamblea, haga una declaración falsa sobre las condiciones económicas de la sociedad, u oculta fraudulentamente, total o parcialmente, un hecho relativo a ellos;
- II. El director, gerente o supervisor que promueva, mediante cualquier artificio, un precio falso de las acciones u otros valores de la empresa;
- III. El director o gerente que toma un préstamo de la empresa o utiliza, para beneficio propio o de un tercero, de bienes o haberes sociales, sin autorización previa de la asamblea general;
- IV. El director o gerente que compra o vende, por cuenta de la empresa, acciones emitidas por ésta, excepto cuando la ley lo permita;
- V. El director o gerente que, como garantía de crédito social, acepta acciones de la sociedad misma;
- VI. El director o gerente que, a falta de balance, en desacuerdo con él, o mediante balance falso, distribuye ganancias o dividendos ficticios;
- VII. El director, gerente o supervisor que, por intermedio o en colusión con un accionista, obtenga la aprobación de cuenta o dictamen.

También este es un delito especial en cuanto al sujeto activo, pues solo puede serlo el “director, gerente o inspector de una sociedad anónima”. Sujeto pasivo lo será el titular del patrimonio afectado, que en este caso se limita a un tipo específico de persona jurídica, lo que parece convertirlo en un delito de naturaleza fundamentalmente societaria. Este delito solo se castiga si se comete con dolo.

Las anteriores conductas se castigan con la misma pena, prisión de uno a cuatro años y multa. Además, el art. 14.II CP ordena el castigo de la tentativa, favorecida con una disminución de la pena de uno a dos tercios respecto de la pena correspondiente al delito consumado. No se castigan los actos preparatorios, en la tónica de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Por su parte, el art. 29 CP casti-

ga la participación en el delito, que si fuese de menor importancia, podrá llevar a una disminución de la pena de un sexto a un tercio de la pena del delito.

El art. 91 CP dispone, a salvo de los derechos de terceros de buena fe, el decomiso, entre otros conceptos, del producto del delito o de cualquier bien o valor que constituya un beneficio obtenido por el agente con la comisión del delito, incluyendo los bienes o valores equivalentes a estos cuando no fueren encontrados o se hallaren en el extranjero. Con todo, la legislación brasileña no contempla el decomiso sustitutivo y el decomiso ampliado, lo que ha sido objeto de recomendación en el examen de aplicación de la CNUCC (UNODC, 2015a: 8 y 12).

No se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos. En realidad, penalmente únicamente se prevé el castigo de las personas jurídicas por los delitos contra el medio ambiente, rigiéndose su sanción por vía administrativa por delitos de corrupción (Ley 12.846, de 1 de agosto de 2013, sobre responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos con la administración pública, nacional o extranjero).

Finalmente, en atención a los plazos previstos en el art. 109, la prescripción de estos delitos será de 8 años, al tratarse de penas superiores a 2 años, pero que no superan los 4 años. Las causas de interrupción de la prescripción (causas procesales que la interrumpen y reincidencia), se contemplan en el art. 117, volviéndose a computar de nuevo el plazo completo de prescripción desde el día de la interrupción.

4.3. Chile

El § VIII (“Estafas y otros engaños”) del título noveno del CP chileno, referido a los delitos contra la propiedad, tipifica los delitos de apropiación indebida y malversación o administración infiel en el art. 470. En relación con el delito de apropiación indebida, recogido en el núm. 1 de dicho precepto, la doctrina ha entendido que encuentra correlato con el delito de malversación de funcionarios públicos del art. 233 et seq. CP (UNODC, 2015c: 21).

Según el art. 470 CP, se castigarán con las penas del art. 467 CP (que oscilan entre presidio menor y máximo y multa de 5 a 30 unidades tributarias mensuales):

1.º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el art. 2.217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone.

La Ley 21121, promulgada el 12 de noviembre de 2018, que modifica el CP y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, introdujo en el n° 11 del art. 470 CP el “genuino” delito de administración desleal (Hernández Basualto, 2021: 207), siguiendo con ello la recomendación de incluir tipos penales más precisos para dar cumplimiento al art. 22 de la Convención de Mérida, incluso reconociendo su naturaleza facultativa. Hasta la aprobación de la Ley 21121, las conductas de peculado o administración desleal venían siendo subsumibles, bien en el delito de apropiación indebida, bien en la estafa¹¹, dependiendo de si el perjuicio es el resultado de un acto malicioso de un depositario o bien de una maquinación encaminada a una disposición patrimonial (UNODC, 2015c: 4-5, 22).

¹¹ A estos efectos, el art. 473 dispone:

“El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. [] En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero. [] En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.

Así, con esta Ley de 2018, el n° 11 del art. 470 CP establece:

11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

Ambas figuras delictivas se configuran como tipos penales especiales en lo que se refiere al sujeto activo, pues solo pueden ser cometidos por personas que ostentan determinadas cualidades. En el primer caso, quien haya recibido la cosa en virtud de un título que produce la obligación de entregarla o devolverla. En el segundo, quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otro, o de parte de éste, en virtud de la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato. Sujeto pasivo lo será el titular de la cosa o patrimonio ajenos, que podrá ser una persona física o una persona jurídica. En el delito de apropiación indebida, solo puede ser objeto material una cosa mueble, dinero, o una universalidad jurídica cuando se ha entregado en administración un patrimonio completo o un conjunto de bienes que por su naturaleza pueden considerarse una universalidad (en la que se pueden integrarse bienes inmuebles (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2018: 380 y 382), mientras que en el delito de administración desleal puede recaer sobre la administración exclusiva de un bien inmueble. Ambos delitos se castigan exclusivamente en la modalidad dolosa, y no contienen elementos subjetivos específicos.

Chile castiga las formas imperfectas de ejecución como tentativa (el delincuente da inicio a la ejecución, pero faltan uno o más actos para su cumplimiento) o frustración (el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma, pero esto no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto (art. 7 CP), con una rebaja en la pena del autor de dos o un grado respectivamente

(art. 51 y 52 CP)¹². Aunque el CP chileno castiga la conspiración y proposición para cometer un delito, solamente es posible cuando así se prevé expresamente (art. 8 CP), por lo que la ausencia de previsión expresa a tal efecto en los delitos objeto de análisis excluye el castigo de los actos preparatorios.

Por otro lado, el CP chileno castiga ampliamente las formas de participación delictiva, autores, cómplices y encubridores (art. 14), considerándose autores y, en consecuencia, siendo castigados con la misma pena que estos a los instigadores y a quienes colaboran con los autores, ya sea facilitando los medios para cometerlo, bien no impidiendo su comisión (art. 15). Por su parte, la complicidad, regulada en el art. 16, permite castigar a todo el que no pueda considerarse autor, en la medida en que coopere a la ejecución del delito con actos anteriores o simultáneos a su comisión. Si intervienen con posterioridad a la ejecución del delito, se les castiga como encubridores, conforme al art. 17 CP.

La amplitud con la que el sistema penal chileno castiga el *iter criminis* y las formas de participación delictiva permite cubrir una amplia diversidad de hipótesis de casos de apropiación indebida y administrador desleal. Además, una particularidad que ofrece este ordenamiento jurídico frente a otros sistemas penales, dentro y fuera de América Latina, es que, por aplicación de la Ley 20393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que delimitan su ámbito de aplicación, se encuentra el art. 470. En consecuencia, el sujeto activo de un delito de apropiación indebida y administración desleal podrá ser tanto una persona física como una persona jurídica, si bien en este último caso deberán cumplirse las condiciones para hacerlas responsables en los términos que establece el art. 3 Ley 20393, debiéndose acreditar, entre otros aspectos, que el delito se comete en su interés.

En atención a lo dispuesto en los arts. 94 CP chileno y art. 233 Código Procesal Penal (en adelante, CPP), la prescripción de los delitos

¹² Existen, a su vez, reglas específicas penológicas para la tentativa y la frustración en caso de crímenes y delitos simples para los cómplices y encubridores (arts. 53 y 54 CP).

de apropiación indebida y administración desleal es de cinco años, plazo que se interrumpe cuando el imputado comete un nuevo delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él (arts. 96 CP y 233 a) CPP)¹³. El art. 100 CP contempla una regla específica que aumenta la prescripción cuando el imputado huye fuera de territorio chileno, de forma que cada dos días de ausencia se cuenta como uno para el cómputo de la prescripción.

4.4. México

El CP federal no acoge la figura de la apropiación indebida, si bien castiga entre los “Delitos en contra de las personas en su patrimonio” del título vigésimo segundo, capítulo II (abuso de confianza), el delito de abuso de confianza. Conforme al art. 382, se tipifica “[...] al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio”.

A estos efectos, las penas varían en función del monto del abuso: a) prisión hasta 1 año y multa hasta de 100 veces el salario, cuando el monto no exceda de 200 veces el salario; b) prisión de 1 a 6 años y multa de 100 hasta 180 veces el salario, cuando el monto excede de 200 pero no de 2000; c) prisión de 6 a 12 años y multa de 120 veces el salario, cuando el monto es mayor de 2000.

Por su parte, el art. 383 CP federal asimila a un abuso de confianza a los efectos de la pena determinadas situaciones de depósito judicial.

Al margen de esta provisión legal, y también dentro de los delitos contra el patrimonio del título vigésimo segundo, cobra interés la figura de administración desleal tipificada en el art. 388 CP federal, en el capítulo III (fraude). Según este artículo:

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de

¹³ Indica igualmente el art. 96 CP que si una vez suspendida la prescripción, se paraliza la prosecución del procedimiento por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiera interrumpido.

éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude.

En cuanto a la pena, por remisión al delito de fraude (estafa) del art. 386, las conductas anteriores se castigan con: (a) pena de 3 días a 3 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no excede de 10 veces el salario; (b) prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excede de 10, pero no de 500 veces el salario; (c) pena de prisión de 3 a 12 años y multa de hasta 120 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado es mayor de 500 veces el salario. A esto se acompaña, por vía del art. 40 CP federal, el decomiso de las ganancias y de los bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito (con excepción de aquellos sobre los que exista declaratoria de extinción de dominio), lo que también incluye el decomiso por valor equivalente sobre los bienes del o de los responsables cuando los bienes hayan desaparecido o no se encontrasen por causa achacable al o a los responsables delictivos. Quedan fuera de la aplicación de decomiso los bienes que pertenezcan a un tercero o terceros de buena fe.

Ambas figuras delictivas, tanto el delito de abuso de confianza como el delito de administración desleal son delitos especiales en atención al sujeto activo. En el primer caso, se debe haber transmitido a la persona la tenencia de la cosa; en el segundo, la persona debe tener a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos. Sujeto pasivo lo será el titular del bien jurídico afectado, el patrimonio, que en ambos casos podrá ser una persona física o jurídica. El objeto material difiere en un delito respecto del otro, como sucede en la mayoría de los sistemas analizados. En el caso del delito de abuso de confianza solo pueden ser objeto material las cosas muebles, mientras que en el delito de administración desleal se amplía a cualquier tipo de bien ajeno, lo que incluye también los inmuebles. Los dos tipos penales solo se castigan en la modalidad dolosa. Además, en el supuesto de la administración desleal se exige un elemento subjetivo específico, esto es, actual en beneficio de propio o de un tercero.

Como se observa, el delito de administración desleal va más allá de lo recomendado en el art. 22 de la Convención de Mérida, al exigir acreditar un perjuicio al propietario o una conducta perjudicial en los bienes del propietario, lo que a juicio del Informe de seguimiento del cumplimiento de las disposiciones de esta Convención, podría llevar a limitar su ámbito de aplicación (UNODC, 2015b: 45). Además, al configurarse como un delito de fraude, el art. 388 no cubriría los casos de mera utilización de la propiedad sin alterar las cuentas o hacer desaparecer operaciones inexistentes. Es por ello que la Comisión de seguimiento habría recomendado modificar la regulación mexicana al objeto de incluir todos los elementos de la malversación en el sector privado descritos en el art. 22 (UNODC, 2015b: 45).

Conforme al art. 12 CP federal, la tentativa, entendida como realización de todos o parte de los actos ejecutivos no seguido de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, se castiga con carácter general, lo que conduce a una disminución de la pena de hasta dos tercios (art. 63). Además, la participación delictiva también se castiga de forma general ampliamente conforme al art. 13 CP federal, tipificando junto a las distintas formas de autoría (autoría directa, coautoría, autoría mediata) y participación (instigadores, colaboradores y cómplices), el acuerdo o preparación de la ejecución del delito. No obstante, únicamente para los instigadores, colaboradores y cómplices el art. 64 bis ordena imponer una pena de hasta las tres cuartas partes del correspondiente delito, en función de la modalidad de participación.

Además, pueden ser sujetos activos del delito de administración desleal del art. 388 CP federal tanto las personas físicas como las personas jurídicas, en este último caso en virtud de lo dispuesto en el art. 11 bis CP federal y, particularmente, en el art. 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Para ello, habrá de cumplirse las condiciones que establece este último precepto, lo que lleva principalmente a requerir que el delito se cometa en su beneficio o a través de los medios que la entidad proporcione.

La prescripción de los delitos de apropiación indebida y administración desleal del sistema jurídico mexicano se somete a los plazos de prescripción que establecen los arts. 102 et. seq. CP federal. En

concreto, para estos delitos corresponde un plazo que será igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de 3 años (art. 105), lo que implica un plazo de prescripción que oscila entre los 3 y los 7 años en atención a la penas mínimas y máximas que se les asigna. Ahora bien, debe tenerse presente que los plazos de la prescripción se duplican respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional mexicano, si por dicha circunstancia no es posible realizar una investigación, concluir un proceso o ejecutar una sanción (art. 101 CP federal). Solo se interrumpe la prescripción por las actuaciones que se practiquen en la averiguación del delito y de los delincuentes (art. 110 CP federal), lo que se interpreta por las autoridades mexicanas como investigación formal (UNODC, 2015b: 72).

4.5. *Perú*

El CP peruano tipifica entre los delitos contra el patrimonio (título V) el delito de “apropiación ilícita común” en el art. 190 (capítulo III), el cual señala lo siguiente:

El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

En el capítulo VI, todavía entre los delitos contra el patrimonio, se tipifica el fraude en la administración de personas jurídicas (arts. 198 y 199). En concreto, la administración fraudulenta se incrimina en el art. 198:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.
9. Utilizar cualquier documento contable que sustente operaciones inexistentes o simuladas para encubrir pagos a favor de terceras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Ambos tipos penales se configuran como delitos especiales. En el primer caso, solo puede ser sujeto activo la persona que ha recibido el bien, el dinero o el valor en virtud de un título que produce obligación de entregarlo, devolverlo o hacer con él un uso determinado. En el segundo caso, solo puede ser sujeto activo la persona que ejerza funciones de administración o representación de una persona jurídica. El sujeto pasivo es el titular del patrimonio afectado, que en el caso del delito de apropiación indebida puede ser una persona física o jurídica, pero en el caso del delito de administración desleal solo lo puede ser una persona jurídica, a diferencia de lo que suele ser lo común en otros ordenamientos jurídicos. El objeto material en el primer delito es un bien mueble o un valor. En el segundo delito, el objeto material es más amplio, incluyéndose, por ejemplo, los bienes inmuebles. Las dos figuras delictivas se castigan únicamente en la modalidad dolosa, no siendo punible la imprudencia. En el caso de

la apropiación indebida se exige un elemento subjetivo específico, el *animus rem sibi habendi* (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, R.N. 1891-2001, Arequipa).

La tentativa del delito se castiga de manera general en el CP peruano conforme al art. 16. En los casos de delitos intentados el juez castigará “disminuyendo prudencialmente la pena”, salvo que no fuera posible la consumación del delito “por ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto” (art. 17: tentativa impune). Asimismo, el CP peruano castiga las formas de participación, en concreto, la instigación (art. 14), que se castiga con la misma pena del autor, y la complicidad primaria y secundaria (art. 15). En el primer caso, el partícipe recibe la misma pena del autor; en el segundo caso se le disminuye prudencialmente la pena. La legislación penal peruana no castiga los actos preparatorios. La evaluación realizada al país sobre el grado de cumplimiento de la CNUCC recomendó, precisamente, el castigo de los actos preparatorios (UNODC, 2013b: 8 y 66).

El art. 102 del CP peruano ordena el decomiso de los instrumentos y de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera transformaciones que hayan experimentados. También se prevé el decomiso por valor equivalente.

Perú ha optado por sancionar administrativamente a las personas jurídicas por delitos de corrupción, si bien el art. 105 CP ordena al juez imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias (clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de actividades y multa, y en todo caso intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores de la entidad) cuando el delito se comete en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.

El delito de apropiación ilícita común prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad fijada por la ley para el delito, según el art. 80 CP peruano, esto es, a los 4, 6 o 10 años en función de la modalidad que tipifica el art. 190, respectivamente. Por su parte, el plazo de prescripción de la administración fraudulenta es de 5 años. En todo caso, la prescripción se interrumpe por las actua-

ciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso (art. 83).

4.6. Análisis comparado

Todos los países latinoamericanos de referencia en este capítulo prevén en sus ordenamientos jurídicos tipos penales que castigan esas conductas que el art. 22 CNUCC denomina malversación o peculado en el sector privado. Los cinco países distinguen, sin entrar en especificaciones sobre tipos atenuados o agravados, dos modalidades delictivas, como también lo hace la legislación española, analizada *supra* 3.1: las conductas de apropiación indebida de cosas muebles ajenas, y las conductas de administración desleal o fraudulenta de patrimonios ajenos.

Por lo que respecta al delito de apropiación indebida, en los cinco sistemas analizados, como también en España, se configura como un delito especial, puesto que solo lo puede cometer quien previamente tienen la legítima posesión de la cosa, pero no la propiedad, porque la ha recibido por un título que le obliga a devolverla o entregarla. Los distintos preceptos mencionan, a modo de ejemplo, alguno de esos títulos, como el depósito o la comisión, aunque también se aprecia que en ocasiones el título de administración se incluye, expresamente, en el delito de apropiación indebida, como ocurre en Argentina, Chile y Perú, con la particularidad de que Perú es el único país de todos los sistemas jurídicos analizados donde ambos delitos se castigan con distinta pena. También este último país agrega, además, el hecho de haber recibido la cosa “para hacer un uso determinado”. La conducta típica se suele identificar con el verbo apropiar. En ninguno de los cinco sistemas se castiga el hecho de negar haber recibido la cosa, como sí lo hace España. Normalmente se exige el perjuicio para el titular del bien jurídico, el patrimonio ajeno, aunque no lo prevén así el ordenamiento brasileño y el peruano. En todos los ordenamientos se castiga solo la modalidad dolosa, no la imprudente. Y, en general, se exige un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro o el *animus rem sibi habendi*.

El delito de administración desleal, por su parte, no es tan similar en los ordenamientos de referencia. Todos comparten el hecho de

que se trata de un delito especial por razón del sujeto activo. En el caso de Argentina y Chile, al igual que España, el sujeto debe estar a cargo de la gestión del patrimonio ajeno por disposición de la ley, de la autoridad o de un acto jurídico, como en el caso español. México amplía esta exigencia a “por cualquier motivo”. Brasil, sin embargo, limita la realización de este delito de administración desleal a quien es director, gerente o supervisor de una sociedad anónima, en la línea de la incriminación del *embezzlement* del *US Code*, aunque en este último caso también se exige que, además, el sujeto activo disponga del objeto material por razón de su cargo. Perú solo considera sujeto activo a quien tenga funciones de administración o representación de una persona jurídica. Esto implica que en Brasil y en Perú solo puede ser sujeto pasivo del delito de administración desleal una persona jurídica (en el caso concreto de Brasil, una sociedad anónima), pero no una persona física, lo que parece configurar este delito fundamentalmente como delito societario, similar a la regulación española anterior a la reforma del CP de 2015 y a los textos internacionales que se refieren a esta materia. El art. 22 CNUCC, aunque no especifica la conducta típica (lo que permite integrar tanto supuestos de apropiación indebida como de administración desleal), define sujeto activo con una doble condición: (a) tratarse de una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella; y (b) tenga confiados los bienes, fondos, títulos privados o cualquier otra cosa de valor por razón de su cargo. Delimitación similar que prevé la Propuesta de directiva anti-corrupción, al exigir que el sujeto tenga cualquier posición en una entidad del sector privado y, cumulativamente, tener encomendadas facultades de disposición sobre los bienes.

En esta misma línea, una diferencia reseñable de los sistemas jurídicos analizados es la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica, pues no siempre tiene por qué ser perjudicada por estos delitos, sino beneficiada por su comisión. Únicamente EE.UU, Chile y México permiten considerarla como sujeto activo. Ello sin perjuicio de la posible responsabilidad por vía administrativa en que pudieran incurrir conforme a su legislación doméstica en los países donde no se ha consagrado la responsabilidad penal de la persona jurídica o no se prevé para los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En todos los países analizados, este delito solo se castiga en su modalidad dolosa. Y algunos, como Argentina y México exigen un elemento específico, como el ánimo de lucro.

Las penas de cada delito difieren notablemente de unos ordenamientos a otros, aunque en todos se prevé la imposición de penas de prisión. En algunos, además, se agrega la multa. Se puede ver la comparativa de penas por países en la tabla 1, en el epígrafe 5.2. Asimismo, en la tabla 2, ubicada también en dicho epígrafe se puede ver la comparativa por países en relación con la regulación de otras cuestiones que también se exigen en la CNUCC (castigo de la tentativa, las formas de participación y los actos preparatorios, decomiso, prescripción y responsabilidad de las personas jurídicas por estos delitos).

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. Desarrollo normativo

El CP colombiano tipifica entre los delitos contra el patrimonio económico (título VII), los delitos de abuso de confianza y de administración desleal. Ambas figuras delictivas se ubican en el capítulo V. En los arts. 249 y 250 se tipifican, respectivamente, los delitos de abuso de confianza y de abuso de confianza calificado; y en el art. 250-B se castiga la administración desleal.

En concreto, art. 249 castiga “[a]l que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio”.

El mismo precepto también castiga los casos en los que “no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero”.

El tipo agravado del art. 250 se aplica cuando la conducta se comete:

1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.
2. En caso de depósito necesario.
3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

El art. 250-B castiga

[a]l administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios.

Este precepto, que reproduce el contenido del antiguo delito societario de administración desleal del CP español (derogado con la reforma de 2015), fue adicionado por la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública (ley conocida como Estatuto anticorrupción). Esta norma vino a dar cumplimiento a las disposiciones de la CNUCC, entre ellas, el art. 22 CNUCC, pues la regulación penal hasta el momento en Colombia solo contemplaba el delito de abuso de confianza, que no albergaba todas las conductas que pueden encajar en el concepto de malversación o peculado en el sector privado (Osorio Chacón, 2013: 376; Prieto Larrotta, 2022: 622).

Ambos tipos penales recogen delitos especiales en lo que al sujeto activo respecta. Así, en el delito de abuso de confianza, solo puede ser sujeto activo quien ha recibido la cosa por un título no traslativo de dominio. El delito de administración desleal queda restringido al ámbito societario pues solo puede ser cometido por quien sea administrador de hecho o de derecho, o por un socio, de cualquier sociedad constituida o en formación. Como sujeto pasivo de este delito aparece el titular del patrimonio afectado, que en el primer caso podrá ser persona física o jurídica, pero en el segundo caso solo lo podrá ser una persona jurídica. El objeto material del delito de abuso de confianza se restringe, como es habitual en otros sistemas jurídicos, a cosas muebles ajenas. En el delito de administración desleal no existe esta restricción, por lo que caben también los bienes inmuebles. Ambos delitos se castigan únicamente en la modalidad dolosa, y ambos exigen un elemento subjetivo específico, como es el ánimo de lucro, propio o ajeno. Este elemento subjetivo específico parece

eliminar la posibilidad de que el delito se pueda cometer con dolo eventual (Sintura Varela & Bernate Ochoa, 2013: 502).

Con respecto a las penas para estos delitos, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos estudiados, en el caso colombiano, la apropiación indebida y la administración desleal tienen penas diferentes. El tipo básico de apropiación indebida se castiga con una pena de prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si el valor de la cosa mueble no excede de diez (10) salarios mínimos legales, entonces la pena de prisión será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y la pena de multa será de hasta de quince (15). El tipo atenuado, es decir, cuando no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad. Para el tipo agravado, la pena será de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, y la multa será de cuarenta (40) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El delito de administración desleal, por su parte, se castiga con una pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De acuerdo con el art. 29 del CP colombiano se castiga la tentativa con una pena “no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”. También se castiga, conforme al art. 30 del texto punitivo, dos formas de participación, a saber, el determinador y el cómplice. El primero recibe la misma pena del autor. El segundo recibe la pena de la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. No se castigan los actos preparatorios, aunque la Comisión de Seguimiento de la CNUCC lo recomendó (UNODC, 2014: 92).

Según el art. 100 CP, procederá el decomiso de los instrumentos, efectos y, en lo que a los efectos de estos delitos interesan, bienes que pertenezcan al responsable y sean utilizados para el delito o que provengan de su ejecución. No se prevé legalmente el comiso de bienes sustitutos o de valor equivalente.

Colombia no ha reconocido, por el momento, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habiendo optado por su sanción ad-

ministrativa por delitos de corrupción (leyes 2195 de 2022 y 1778 de 2016). En consecuencia, solo las personas físicas podrán ser sujetos activos de los delitos de apropiación indebida y administración fraudulenta.

En cuanto a la prescripción, estos delitos prescriben en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad fijada en el CP, que en ningún caso será inferior a 5 años ni excederá de 20 (art. 83). Hay que tener en cuenta que el término de la prescripción aumenta en su mitad en caso de servidores públicos y de particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores, pero nada se prevé respecto de agentes privados que gestionen fondos privados. La prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación, volviendo a comenzar a correr un plazo de prescripción por un tiempo igual a la mitad del que se establezca, según el delito, en el art. 83, y que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 10 (art. 86).

5.2. Fortalezas y debilidades

La regulación de Colombia en materia de malversación en el sector privado cumple con las exigencias del art. 22 CNUCC, como la propia Comisión de Seguimiento de la Convención indicó en su momento (UNODC, 2014: 65). Como se ha explicado en el epígrafe anterior, el CP colombiano recoge dos delitos que se corresponden con aquello que pretender criminalizar la CNUCC en el ámbito privado: la apropiación ilícita de bienes muebles ajenos y la gestión fraudulenta de patrimonios ajenos.

Ambas figuras delictivas del ordenamiento colombiano se asemejan a las que se contemplan a los ordenamientos de los países de referencia en este trabajo. Respecto del primer delito, el de apropiación indebida, que en el CP colombiano se denomina “abuso de confianza”, como el CP federal de México, debe indicarse que, como en todos los ordenamientos analizados, se configura como un delito especial pues es necesario que el sujeto activo haya recibido la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio. Y como sucede en todos los sistemas, el sujeto pasivo —el titular del patrimonio— puede ser una persona física o una persona jurídica. Igualmente, coincide con el resto de re-

gulaciones en lo concerniente al objeto material, que se limita a cosas muebles ajenas. Coincide también con otros ordenamientos, como el brasileño, el mexicano o el peruano, en la no exigencia expresa de un perjuicio, que si es necesario en los ordenamientos argentino, chileno y español. También es igual al resto de países de referencia el tipo subjetivo del art. 250-B CP colombiano, que exige dolo y un elemento subjetivo específico, el *animus rem sibi habendi*.

La regulación colombiana difiere de otras, sin embargo, en los tipos atenuado y agravado. Por ejemplo, el CP colombiano castiga con menos penas esos supuestos en los que el autor no se apropia de la cosa ajena, sino que simplemente hace un uso indebido de ella, siempre en perjuicio de un tercero. En el resto de ordenamientos, los tipos atenuados normalmente se relacionan con el valor de la cosa. Tal es el caso de España, por ejemplo, que aplica el delito leve de apropiación indebida cuando el valor no excede de 400 euros. También se centran en el monto de la cosa los ordenamientos chileno y mexicano. El tipo agravado del CP colombiano tiene diferencias y similitudes con otros ordenamientos. Por ejemplo, al igual que el CP de Brasil, en Colombia se agrava la pena si la cosa mueble ajena se ha entregado como depósito necesario. Además, como sucede en sistemas como el chileno, el mexicano o el español, en Colombia también se agrava la pena por razón de valor de la cosa (así, según el art. 267 del CP colombiano, la agravación se produce cuando el valor supere los cien salarios mínimos y es aplicable a todos los delitos contra el patrimonio económico).

Por lo que respecta al delito de administración desleal o fraudulenta, se observan también diferencias y similitudes con el resto de legislaciones, aunque quizá aquí sean más las diferencias. Cuestión común es el hecho de que el delito se configure como un tipo penal especial por razón del sujeto activo. Sin embargo, las cualidades específicas exigidas a las personas para ser sujetos activos no son las mismas. Por ejemplo, en el caso de Chile o España se exige que el sujeto activo tenga en comendada la gestión de un patrimonio ajeno por ley, por la autoridad o por un negocio jurídico (y en el caso de México, “por cualquier motivo”). En Colombia, sin embargo, como en Argentina, Brasil y Perú se exige que el sujeto activo sea administrador de una sociedad, como sucedía en la legislación española

antes de la reforma realizada en el año 2015 y se adscriben, además, los textos internacionales en la materia, según se ha visto *supra* en el análisis comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos de referencia. Esto tiene como consecuencia que en el primer grupo de países pueden ser sujetos pasivos del delito tanto las personas físicas como las jurídicas, que sean titulares del patrimonio administrado, mientras que, en el segundo grupo, al configurarse como un delito societario, solo lo puede ser una persona jurídica. Además, Colombia no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas (pero sí administrativa por delitos de corrupción). En el delito de administración desleal también se encuentra una importante diferencia en el tipo subjetivo pues el CP colombiano exige un elemento subjetivo específico: el ánimo de lucro propio o ajeno, que no se exige en ninguna otra legislación de referencia salvo en la mexicana.

Quizá la diferencia más llamativa entre la regulación colombiana y la del resto de países es que Colombia castiga con distinta pena estas dos modalidades delictivas, como se puede observar en la tabla 1. Solo Perú mantiene esta distinción que en otros países (Argentina, Brasil, España, México) ya no se observa.

Tabla 1. Penas para los delitos de apropiación indebida y administración desleal en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú

País	Penas	
	Apropiación indebida	Administración desleal
Argentina	Art. 173.2. Prisión de 1 mes a 6 años	=
Brasil	Art. 168. Prisión de 1 a 4 años y multa. Tipo agravado: se aumenta la pena de prisión en un tercio.	=
Chile	Art. 470.1. Las penas oscilan entre presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, y multa en diversas cuantías en función del perjuicio.	=
Colombia	Art. 249. Tipo básico: prisión de 16 a 72 meses y multa de 13.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Tipo atenuado: prisión de 16 a 36 meses y multa de hasta de 15. Tipo atenuado por uso indebido: pena reducida la mitad. Tipo agravado: prisión de 48 a 108 meses, y multa de 40 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Art. 250-B. Prisión de 4 a 8 años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes

País	Penas	
	Apropiación indebida	Administración desleal
España	Art. 253. Tipo básico: prisión de 6 meses a 3 años. Tipo agravado: prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. Tipo hiperagravado: prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses. Delito leve: multa.	=
México	Art. 382. Las penas varían en función del monto del abuso: prisión hasta 1 año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto no exceda de 200 veces el salario; prisión de 1 a 6 años y multa de 100 hasta 180 veces el salario, cuando el monto excede de 200 pero no de 2000; prisión de 6 a 12 años y multa de 120 veces el salario cuando el monto es mayor de 2000.	=
Perú	Art. 190. Prisión de 2 a 4 años. Tipo agravado: prisión de 3 a 6 años. Tipo hiperagravado: prisión de 4 a 10 años	Art. 189. Prisión de 2 a 5 años y multa de 180 a 365 días-multa.

Fuente: elaboración propia.

Para la comparativa del resto de *items* (castigo de la tentativa, formas de participación y actos preparatorios; prescripción, decomiso y responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos), se puede ver la tabla 2. Los países de referencia castigan sin excepción la tentativa y diversas formas de participación en un delito. Los actos preparatorios, sin embargo, no se castigan en todos los países. Tampoco la CNUCC exige su castigo, sino que solo se lo plantea a los Estados como una opción. Todos los sistemas prevén el decomiso o figuras similares, como la extinción de dominio, para privar a los responsables de las ganancias ilícitas. Los plazos de prescripción son muy dispares, pero, en general, son lo suficientemente amplios (al menos, en los tipos básicos y agravados) como para permitir la persecución de estos delitos y no favorecer la impunidad de los responsables. Además, todos ellos contemplan normas sobre la interrupción de la prescripción, generalmente con el acto de imputación penal o la reiteración delictiva, volviendo por regla a comenzar el plazo de prescripción desde un inicio o con un plazo específico lo suficientemente amplio para evitar la impunidad, como sucede en Colombia.

También se observan divergencias en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema al que se dedican otros volúmenes de esta colección. Colombia y Perú no han previsto un sistema de responsabilidad penal, sino administrativa. Brasil lo ha previsto, pero de manera muy limitada, solo para los delitos medioambientales, pero no para los delitos de corrupción, que se sancionan desde el Derecho administrativo. Argentina, Chile, España y México, que sí han incorporado a sus legislaciones penales la responsabilidad de las personas jurídicas con un sistema *de numerus clausus*, también difieren en cuanto al tratamiento de estos delitos, pues en Argentina y España estos delitos no están dentro del listado atribuible a entes con personalidad jurídica, mientras que sí lo están en Chile y México. En todo caso, en estos países es difícil imaginar que una persona jurídica vaya a responder por estos delitos pues, normalmente, la persona jurídica será la perjudicada en su patrimonio, por lo que no se cumpliría el requisito de que se vea beneficiada, para poder hacerla así responsable.

Tabla 2. Comparativa del castigo de la tentativa, las formas de participación y los actos preparatorios, regulación de decomiso, la prescripción y la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de apropiación indebida y administración desleal en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú

País	Castigo de la tentativa	Castigo de la participación	Castigo de la preparación	Decomiso	Prescripción	Responsabilidad penal de personas jurídicas
Argentina	Sí	Sí	No	Sí	De 2 a 12 años	No se prevé para estos delitos
Brasil	Sí	Sí	No	Sí	8 años	No se prevé para estos delitos
Chile	Sí	Sí	Sí. Previsión expresa	Sí	5 años	Sí se prevé para estos delitos
Colombia	Sí	Sí	No	Sí	Misma duración que la pena privativa de libertad máxima	No se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas en general

País	Castigo de la tentativa	Castigo de la participación	Castigo de la preparación	Decomiso	Prescripción	Responsabilidad penal de personas jurídicas
España	Sí	Sí	Sí. Previsión expresa	Sí	Tipo básico: 5 años. Tipo agravado: 10 años. Delito leve: 1 año	No se prevé para estos delitos
México	Sí	Sí	Sí	Sí	Entre 3 y 7 años.	Sí se prevé para estos delitos
Perú	Sí	Sí	No	Sí	Misma duración que la pena privativa de libertad máxima	No se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas en general

Fuente: elaboración propia.

6. CONCLUSIONES

Este capítulo pretendía responder al interrogante de si y en qué manera los tipos penales de malversación o peculado en el sector privado pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al COT en América Latina, en general, y Colombia, en particular.

Del análisis realizado en las páginas anteriores se colige que estos dos tipos penales podrían tener una importancia relativa en la lucha contra la corrupción, tanto la pública como la privada. Eso es así desde una perspectiva de que las conductas que aquí se han analizado en ocasiones aparecerán como delitos instrumentales para perpetrar los delitos de cohecho en el sector público o de corrupción en el sector privado.

El ejemplo más evidente puede ser aquel en el que el administrador de un patrimonio ajeno, como puede ser el patrimonio de una sociedad, destine parte de este al pago de un soborno, siempre que eso genere un perjuicio al patrimonio administrado, requisito que se exige en todos los ordenamientos analizados. Estaríamos en este caso ante un delito de administración desleal, que sería el delito-medio

para cometer el delito-fin, que sería el delito de cohecho en el sector público o la corrupción privada. Es decir, nos hallaríamos ante una concurrencia de conductas delictivas que habrían de resolverse en cada sistema por las normas sobre los concursos de delitos. También podrían tener cabida en este escenario las decisiones de atribuirse sueldos millonarios y jubilaciones doradas, con quebranto del deber de lealtad para la entidad. Esta hipótesis resulta coherente con los sistemas jurídicos analizados que, incluso habiendo consagrado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluirían su previsión a estos delitos, en la medida en que la entidad titular del patrimonio perjudicado, en definitiva, los accionistas o socios, serían los afectados por el delito. De otra forma, se está ante un ámbito delictivo de atribución de responsabilidad a los administradores por el perjuicio causado a la propia entidad y, por ello, a los accionistas o socios cuyo patrimonio gestionan. Pero esta interpretación no tiene en cuenta que en el mundo societario es altamente frecuente, sobre todo cuanto mayor es la corporación, que una persona jurídica se nombre administradora de otra persona jurídica y que, a través de sus administradores o directivos puede también cometer estos delitos.

Lo anterior abre la puerta a la íntima conexión entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal con el fenómeno de la corrupción pública y privada, incluida la asociada al COT, a la luz de su caracterización como delitos societarios a la que parece adscribirse los textos internacionales universales y regionales en la materia y que algunos ordenamientos jurídicos han seguido en la incriminación de estas conductas. No hay que olvidar que uno de los factores que ha conducido sistemáticamente a las graves crisis financieras vividas ha tenido su origen en la asunción de muy altos riesgos de las entidades bancarias y financieras en la gestión del patrimonio privado ajeno que han tenido encomendados sus cargos de gestión, que realizando operaciones especulativas con fondos de dudosa procedencia (compra de activos tóxicos, concesión de préstamos para dudosas operaciones en condiciones especiales o sin una correcta evaluación del riesgo que, en muchas ocasiones, conectaban con tramas de corrupción pública o privada). Las graves consecuencias económicas, políticas y sociales a que han conducido estas situaciones pusieron en el epicentro del debate tanto la necesidad de establecer reglas de funcionamiento del mercado, especialmente en el ámbito

de la actividad financiera (Righi, 2020: 4), como particularmente la necesidad de implementar en el ámbito de las empresas sistemas de *compliance*.

A pesar de lo anterior, en ninguno de los sistemas jurídicos analizados se recogen especificidades en los tipos penales de apropiación indebida y de administración desleal relacionadas con la corrupción en el ámbito público o en el privado.

7. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

Tal y como se ha expuesto, todos los sistemas jurídicos de referencia analizados, incluida Colombia, incorporan provisiones penales que tipifican los delitos de apropiación indebida y administración desleal, a pesar de que la CNUCC regula el peculado en el sector privado entre las disposiciones que son de cumplimiento facultativo por los Estados. No obstante, del análisis realizado en este capítulo, se ofrecen algunas recomendaciones, en general para el ámbito de América Latina, y en particular para Colombia.

7.1. Recomendaciones para América Latina

1. Se recomienda a los países del entorno latinoamericano valorar la conveniencia de eliminar el ánimo de lucro como requisito de naturaleza subjetiva en la incriminación del delito de administración desleal. La exigencia de este elemento en los sistemas nacionales que así lo prevén no parece estar en la línea con la tónica general del resto de regulaciones del entorno. Además, es un requisito disfuncional para la persecución y castigo de estas conductas, pues favorecen la impunidad del hecho en supuestos de administración desleal en los que no consta o se acredita el ánimo de lucro, pero sin embargo sí se produce un perjuicio al patrimonio ajeno administrado y, por ende, al bien jurídico protegido.

2. En el caso de Perú, se recomienda unificar las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, vía que han

seguido el resto de países del ámbito latinoamericano objeto de análisis, así como España.

3. Lo anterior abre la puerta a valorar en aquellos ordenamientos jurídicos que restringen el ámbito de punición del delito de administración desleal al ámbito societario, particularmente en Brasil y Perú, la tipificación igualmente de la gestión desleal de todo patrimonio ajeno. Aunque existiría una estrecha conexión entre esta figura delictiva y la corrupción pública y privada fundamentalmente cuando se trata de la gestión de corporaciones, no existe razón para dejar fuera de la protección penal el patrimonio de cualquier persona física frente a los abusos y excesos en la administración encomendada a un tercero.

4. En el caso específico de Argentina sería conveniente que la regulación penal de los delitos de apropiación indebida y administración desleal estableciese distintos niveles de penalidad en función del monto del perjuicio causado, en línea con las previsiones agravatorias, y en algún caso, atenuante en atención a la menor relevancia del perjuicio ocasionado, que contienen el resto de legislaciones penales del entorno latinoamericano. Aunque Perú contiene una tipificación y castigo del delito de apropiación indebida en esta dirección, esta recomendación se hace extensible a la penalidad asignada al delito de administración desleal, que hace distinción de la penalidad en función del perjuicio ocasionado al patrimonio administrado.

5. Aunque la CNUCC no obliga al castigo de los actos preparatorios en los delitos de corrupción, los sistemas latinoamericanos deberían seguir reflexionando sobre la conveniencia de alcanzar un consenso de mínimos en cuanto al castigo de los actos preparatorios, únicamente punibles en México y en Chile. En este último caso conforme a un sistema de previsión expresa en el que se incluyen las figuras delictivas objeto de análisis comparado en este capítulo.

6. En el contexto del fenómeno de la corrupción y la estrecha conexión existente entre conductas de peculado, fundamentalmente en relación con entidades financieras y bancarias, con tramas de corrupción privada y pública, las personas jurídicas se convierten en una de las principales actoras de estos delitos. Por ello, los ordenamientos jurídicos nacionales que reconocen la responsabilidad penal

de las personas jurídicas deberían incluir en su ámbito de aplicación estos delitos, particularmente en el caso de Argentina y Brasil. De igual manera, en aquellos sistemas nacionales que, al menos por el momento, no reconocen el castigo penal de las personas jurídicas, deben asegurarse de que la vía administrativa que las sanciona por delitos de corrupción también se aplique a los delitos de peculado.

7.2. Recomendaciones para Colombia

1. En la misma línea que se recomienda, en general, en el ámbito de América Latina, debería revisarse en la legislación colombiana la tipificación del delito de administración desleal para suprimir de entre sus elementos típicos la exigencia de ánimo de lucro, dado que la necesidad de acreditar dicho requisito podría favorecer la impunidad del hecho cuando no consta o no es posible su acreditación, a pesar de que se produce un claro perjuicio al patrimonio ajeno administrado y al bien jurídico.

2. Sería conveniente que Colombia valorase la posibilidad de unificar las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, para lo que igualmente debería valorarse que el delito de administración desleal ampliara su ámbito de punición a todo supuesto de administración desleal de patrimonio ajeno, y no exclusivamente en el ámbito societario.

3. Siguiendo la misma recomendación que se ha realizado en el caso peruano, debería revisarse el CP colombiano para que las conductas de administración desleal se castiguen en relación con cualquier patrimonio ajeno, tanto si su titular son sociedades o personas jurídicas como personas físicas, puesto que no se encuentra la razón por la que estas últimas queden fuera del ámbito de protección de esta figura delictiva.

4. Colombia debería seguir reflexionando sobre la conveniencia de consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, en los que tengan cabida los delitos de apropiación indebida y administración desleal. La Ley 2195 que permite sancionar administrativamente a las personas jurídicas por delitos de corrupción no integra en su ámbito de aplicación estos delitos, por lo

que consideramos que debería reformarse su contenido para darles cabida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Castro, A. (1998). *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons.
- Gálvez, Aixa. (2020). “El delito de administración desleal (artículo 252 CP)”. En Bustos Rubio, Miguel & Abadías Selma, Alfredo. *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010.2020)*. Bosch Editor. Pp. 453-476.
- Gómez, J. (2001). *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*. Madrid: Colex.
- Hernández, N. (2021). “Chile”. En Olasolo, Héctor; Buitrago Díaz, Esperanza; Mané Granados, Carmen Suleika & Sánchez Sarmiento, Andrés (coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-236.
- Homer, E & Byrne, M. (2023). “Embezzlement”. En Hummer, Don & Byrne, James M. (ed.). *Handbook on crime and Technology*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited. Pp. 193-212.
- Martínez, C. (2001). *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, C. (2016). *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Matus, J. & Ramírez. (2018). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2023). *Derecho penal. Parte especial*. 24ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osorio, A. (2013). “El soborno y la malversación pública y privada en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en el Estatuto Anticorrupción”. En Sintura Varela, Francisco J. & Rodríguez García, Nicolás (eds.). *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario. Pp. 365-381.
- Prieto, A. (2022). “Política criminal y corrupción: expresiones de una relación disfuncional”. En Escalante Barreto, Estanislao (dir.). *Debates y apor-*

tes al Sistema Integral de Derecho Penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar. Tomo II. Teorías criminológicas, política criminal y punitivismo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Pp. 609-647.

Righi, E. (2017). “Administración desleal y corrupción”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*. N° 5. Pp. 1-9.

Sintura, F. & Bernate Ochoa, Francisco. (2013). “El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana”. En Sintura Varela, Francisco J. & Rodríguez García, Nicolas (eds.). *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario. Pp 483-503.

Informes, resoluciones y otros documentos

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003). *Informe del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a séptimo*. A/58/422/Add.1.

Comisión Europea. (2023). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo*. Bruselas: 3.5.2023, COM (2023) 234 final, 2023/0135 (COD).

<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/886/09/PDF/V0388609.pdf?OpenElement>

<https://uncaccoalition.org/files/officialdocuments/countryreviewreportperuspanish.pdf>

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2016_06_17_Mexico_Final_Country_Report.pdf

UNODC. (2013a). *Informe sobre el examen de Argentina. Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018_06_14_Argentina_Final_Country_Report.pdf

UNODC. (2013b). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York.

- UNODC. (2014). *Informe sobre el examen de Colombia Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncac-coalition.org/files/Cycle1-Country-Report-Colombia.pdf>
- UNODC. (2015a). *Country Review Report on Brazil. Review by Haiti and Mexico of the implementation by Brazil of articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf
- UNODC. (2012). *Review Report of the United States of America Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and Articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_19_USA_Final_Country_Report.pdf
- UNODC (2015b). *Informe sobre el examen de México. Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York
- UNODC (2015c). *Informe sobre el examen de Chile. Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015* https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_03_06_Chile_Final_Country_Report_Spanish.pdf

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 9

Conclusiones

HÉCTOR OLASOLO*
DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL*
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora de Derecho Penal en la Universidad de Deusto, acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el derecho penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la

1. INTRODUCCIÓN

El mapa del fenómeno de la corrupción es extenso, tanto a nivel nacional, como internacional. Aparece en cualquier rincón del mundo, en cualquier época, destacando su perniciosa influencia tanto en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como en la alteración de los mercados del sector privado. Es un fenómeno universal que se reproduce indistintamente, al igual que la criminalidad organizada, con independencia de la modalidad de gobierno y de sistema político. Ninguna forma de gobierno nacional o internacional es indemne al desarrollo de las prácticas corruptas.

Sus manifestaciones, como se colige de la lectura de esta obra, son variadas. Como ha quedado explicitado a lo largo de los capítulos que componen este texto, pueden afectar a diferentes ámbitos y cada una de ellas tiene una etiología particular, aunque formen parte de un mismo fenómeno. De hecho, el propio concepto de

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

- * Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador).
- * Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

corrupción es confuso y amplio, repercutiendo, como se ha observado, en el desarrollo de la normativa penal. Prácticamente cabe afirmar que existen tantas nociones de “corrupción” como autores deciden aventurarse a estudiarla. A pesar de ello, puede extraerse una definición básica de “corrupción”, al menos para las conductas analizadas a lo largo de este volumen, que disfruta de amplio predicamento académico (*grosso modo*), aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo públicos a causa de ganancias personales (de familia o de partido político), pecuniarias o de status, o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos tipos de influencia particular.

Tampoco existe una sola clase de corrupción, ya que ésta puede ser tanto pública como privada, y afectar a instituciones o sectores del Estado (incluyendo, el poder judicial), o a organismos e instituciones internacionales. Cada tipo de corrupción tiende a canalizarse a través de una forma propia de gestión. Pueden identificarse, tanto comportamientos corruptos motivados por organizaciones criminales para obtener provecho de los organismos del Estado, como una segunda tipología, caracterizada por el proceso en el que el Estado o parte de éste, se convierte en o actúa para la delincuencia organizada. Se trata esencialmente de un fenómeno generador de injusticia y desigualdad entre los ciudadanos y, por ende, de desconfianza. Falta de confianza ante la omisión de respuestas, por parte de quienes tendrían la obligación de perseguir las prácticas corruptas. Consecuentemente, otro de los grandes problemas es la percepción social de que las instituciones, especialmente la administración de justicia y la administración tributaria, no tratan por igual a todos los ciudadanos, así como la identificación de un profundo sesgo de parcialidad en el funcionamiento de cualquier organización, pública o privada, que adolezca de corrupción.

Además, la propia problemática subyacente a la existencia de prácticas corruptas, como bien identifican los autores en sus respectivas aportaciones a esta obra colectiva, representa una realidad incontestable: el hecho de que la corrupción es un instrumento idóneo para la expansión y funcionamiento de la criminalidad organizada. Especialmente para el desarrollo e implantación de sus métodos en sistemas políticos, económicos y en instituciones financieras, policia-

les o judiciales, con el fin de conseguir mayores espacios de impunidad y la obtención del mayor lucro posible. A su vez, la corrupción, entendida de forma simplista como el uso abusivo del poder público en beneficio privado, además de representar una de las señas de identidad más características del crimen organizado, constituye el mecanismo imprescindible para que las organizaciones criminales preserven su estatus y capacidad de acción. El establecimiento de cualquier modalidad de nexo político-criminal favorece el desinterés por la defensa de lo público y, de la mano de la economía, se traduce en una progresiva privatización del Estado, con su consecuente reflejo en las organizaciones de carácter internacional y la captura e injerencia en los sectores privados, con especial incidencia en el tejido empresarial.

Y es que la corrupción acompaña al poder. Contribuye a destruir, sustituir o modificar el aparato de poder y, en consecuencia, las modalidades del ejercicio de la autoridad y de la distribución de los recursos. Por ello, prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una de las tareas para evitar la influencia del crimen organizado en las estructuras públicas nacionales e internacionales y, por extensión, en la esfera privada.

En este contexto, los servidores públicos corruptos patrimonializan sus puestos y el desempeño de los servicios públicos, olvidando que son meros gestores de los mismos. Paulatinamente cobra fuerza el concepto de patrimonialización de lo público, en detrimento de la idea democrática de atención al ciudadano, induciendo perversamente además a éste a creer en la inocuidad, o más aún incluso, en la bondad del fenómeno.

En concreto, la patrimonialización (conducta diferenciada de la corrupción, pero íntimamente relacionadas) traspasa la frontera de lo ilícito cuando el titular de un cargo público o privado, en lugar de servir al Estado o a la organización a la que está vinculado, se sirve de la institución en la que presta sus servicios utilizando sus atribuciones, facultades y poderes para la satisfacción de intereses, que no son ni públicos, ni generales. El poder público se patrimonializa cuando los titulares lo consideran un bien propio y lo utilizan en beneficio particular o, en el caso que más tiende a preocupar, de la respectiva organización criminal. En este sentido, la corrupción, identificada

como un síntoma y no como una causa para el surgimiento de la delincuencia organizada, ha sido catalogada en diversos estudios como un factor netamente dañino para el desarrollo económico, el funcionamiento del Estado de derecho y la gobernabilidad en relación con la confianza depositada en las instituciones.

Como se deriva de los estudios compilados en este trabajo, en las últimas décadas, el conocimiento sobre el fenómeno de la corrupción ha aumentado exponencialmente. Actualmente existe información exhaustiva sobre sus devastadoras consecuencias en todos los ámbitos económicos, sociales y políticos, y sobre los principales factores que causan este fenómeno. Desde la óptica de la gestión pública y privada, atendiendo tanto a los espacios nacionales como internacionales, se han impulsado iniciativas e innovaciones institucionales de políticas anticorrupción a nivel nacional y multilateral en las que se hace hincapié insistiendo en que lo más determinante en los procesos corruptivos no son las prestaciones objeto de intercambio, sino la estructura relacional, los vínculos de dependencia que genera —la corrupción como fundamento de los lazos sociales—, y muy especialmente, los valores y comportamientos que impone como modelo opuesto a los valores y principios de los sistemas constitucionales democráticos. El desafío lo representa la posibilidad de que la corrupción logre afianzarse y convertirse en el eje principal del sistema, consolidando el peor escenario posible: el de su cronificación, constituyendo un escenario de corrupción sistémica.

2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES: UN ANÁLISIS COMPARADO

Uno de los elementos de interés de este libro, sin lugar a duda, redundará en el planteamiento del estudio de la problemática de la corrupción en particular y sus conexiones y derivas con la criminalidad organizada, en clave comparada. Para ello, los autores desarrollan con minuciosidad un análisis de los estándares internacionales y la regulación nacional en algunos sistemas no latinoamericanos de referencia escogidos por su influencia en el espacio latinoamericano (esencialmente, España y Estados Unidos, aunque en ocasiones tam-

bién se recurre a otros países como Alemania, Italia y Reino Unido), y otros propiamente de la región (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), al que se añade de forma específica el tratamiento del sistema colombiano. Todo ello en relación con el estudio de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, la malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos, el tráfico de influencias, el abuso de las funciones del cargo y prevaricato, el delito de enriquecimiento ilícito cometido por funcionario público, el cohecho en el sector privado, y la malversación o peculado en el sector privado. El objetivo que se persigue es establecer cómo estas diferentes regulaciones permiten o no responder de manera idónea al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina, en general, y en Colombia, en particular.

Igualmente, dentro del marco normativo para contrarrestar las diversas manifestaciones de corrupción abordadas en el libro a nivel nacional, regional e internacional cobran relevancia algunas disposiciones normativas de obligada referencia objeto de estudio como: (a) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000), que hace un llamado a la tipificación en la esfera nacional de los delitos de corrupción; (b) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003); y (c) la Convención de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE) (1977).

En particular, la Convención de Palermo, aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000 —especialmente preocupada por la tan subrayada conexión entre corrupción y crimen organizado—, dedica sus arts. 8 y 9 a reclamar de los Estados la tipificación como delito de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales¹, siempre que, como señala

¹ Dejando en manos de los Estados “la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito

el art. 3.1, sea “de carácter transnacional” y entrañe “la participación de un grupo delictivo organizado”.

Por su parte, en los marcos regionales se han desarrollado textos del mayor interés contra la corrupción. Dejando al margen los continentes africanos², asiático, y otras iniciativas del Pacífico, destacan entre ellos la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de 1996, y las múltiples resoluciones y recomendaciones aprobadas en el seno del Consejo de Europa, que creó en 1999 el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO) y cuenta además con dos Convenios anticorrupción (uno en materia civil y otro en materia penal) aprobados en 1999.

En cuanto a la Unión Europea, la corrupción se recoge en el art. 83.1 del Tratado de Lisboa como uno de los “ámbitos delictivos [...] de especial gravedad y [...] dimensión transfronteriza” que reclaman el mayor nivel de armonización/aproximación penal a través de la figura de los llamados “eurodelitos”, entre los que destacan los recogidos en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1995, y en el Convenio establecido relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, que entró en vigor el 28 de septiembre de 2005. Por su parte, la nueva Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, se ocupa de fijar hacia el futuro la base común para la investigación y persecución de las infracciones penales en el seno de la UE.

los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional”, así como otras formas de corrupción (art. 8.2 de la Convención de Palermo).

² En particular, la Convención de la Unión Africana sobre prevención y lucha contra la corrupción (CUAC) (Maputo, Mozambique: 11.7.2003), completada en 2009 con la creación del Comité asesor africano contra la Corrupción.

A toda esta normativa internacional habría que añadir el análisis de las legislaciones nacionales de cada uno de los países seleccionados para este estudio comparado, lo cual dota al proyecto de una ambición académica notable que el conjunto de los autores ha sabido materializar de forma sobresaliente con un análisis resultante de máxima calidad en términos académicos, que permite establecer una radiografía actualizada del estado de la cuestión.

3. EL COHECHO ACTIVO Y PASIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES

El cohecho, también denominado en ocasiones “corrupción” o “soborno”, de funcionarios públicos ocupa un lugar privilegiado entre aquellos delitos dirigidos a luchar contra el fenómeno de la corrupción, que, si bien está presente en mayor o menor medida en todos los países analizados, destaca el que efectivamente no disponga de una definición comúnmente aceptada.

Por otro lado, sorprende, como ponen de relieve Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola en el capítulo 1, como debido a la diversidad de las figuras delictivas referidas al cohecho de funcionarios públicos en las distintas legislaciones nacionales, resulta complicado determinar el bien jurídico protegido, existiendo diferentes posturas doctrinales al respecto. Mientras que, en algunos países, parte de la doctrina alude al deber, honradez, integridad y probidad del funcionario público (España, Italia, Brasil y Colombia), o al prestigio de la administración pública, podría decirse que, en todos los sistemas analizados existe un importante sector doctrinal que reconduce el bien jurídico protegido al normal o correcto funcionamiento de esta última, identificando en ocasiones el principio de imparcialidad como eje central del mismo (España, Italia, Chile, Perú y Colombia).

Asimismo, en todos los sistemas analizados, la modalidad pasiva del cohecho de funcionarios públicos nacionales se configura como un delito especial que sólo pueden cometer funcionarios o servidores públicos. No obstante, la definición de funcionario público o servidor público varía de un sistema a otro. Mientras que algunos de los sistemas analizados requieren del desempeño o de la participación

en el ejercicio de una función pública (Argentina), o combinan el requisito del ejercicio de una función pública con el de la prestación de un servicio público (Italia), otros sistemas se basan en que la persona ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial (México) o, de manera más amplia (combinando el criterio del cargo ostentado con el de la función pública ejercida), que ocupe un cargo o función pública (Brasil, Chile, España).

Por su parte, cabe destacar que en Perú y en Colombia el concepto de funcionario o servidor público no se define con base en los criterios del ejercicio de una función pública o de la prestación de un servicio público o de la ocupación de un cargo público, sino que se ofrece un listado de personas que tienen la consideración de servidoras públicas (por ejemplo, en Colombia —de conformidad con los arts. 123 de la Constitución Política y 20 del CP—, se enuncian, entre otros, a los miembros de corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado, miembros de la fuerza pública, particulares que ejerzan esas funciones, funcionarios y trabajadores del Banco de la República, integrantes de la comisión Nacional Ciudadana contra la corrupción, etc.).

En cualquier caso, en lo que parecen coincidir la mayoría de los sistemas analizados es en no limitarse a emplear un concepto formal de funcionario público (basado exclusivamente en el cargo ocupado), sino que se basan en un concepto funcional o material de funcionario público, en el sentido de incluir en el mismo a personas que, con independencia del cargo ocupado, desarrollan o participan en el ejercicio de alguna función pública.

A su vez, las conductas típicas que se presentan con mayor frecuencia en los sistemas analizados consisten en la solicitud, recepción o aceptación por parte del empleado público de dádiva o promesa, para sí o para tercero. Esta configuración de la conducta típica apunta a que se trata de un delito mixto alternativo. Un delito de mera actividad, en el que la consumación se produce cuando el empleado público recibe la dádiva, acepta la promesa o, cuando se prevé expresamente que esta conducta es también punible desde el momento de proceder a la solicitud, incluso aunque esta no resulte aceptada.

Llama la atención la circunstancia de que no todos los sistemas estudiados castigan expresamente, además del cohecho pasivo propio (donde el funcionario se compromete a realizar un acto contrario a sus deberes) y el cohecho pasivo impropio (donde el funcionario se compromete a realizar una actividad que es parte de sus deberes), el denominado cohecho en atención al cargo o de facilitación (donde el funcionario no asume ningún compromiso). Este último solo se sanciona en España, Argentina y Colombia, y no requiere que el empleado público admita la dádiva o promesa a cambio de realizar u omitir un acto.

Tampoco todos los sistemas nacionales analizados castigan el delito de concusión, que sanciona la conducta mediante la que el empleado público, abusando de su cargo, obliga a otro a dar o prometer indebidamente dinero u otros beneficios.

De igual forma, no es habitual en los sistemas analizados encontrar el delito que pueden cometer los empleados públicos de inducción indebida a dar o prometer beneficios, previsto en la legislación italiana.

En todo caso, es importante subrayar, que no es necesario que las diversas conductas típicas se lleven a cabo directamente por el empleado público, sino que también son punibles cuando las lleva a cabo mediante persona interpuesta.

Coinciden prácticamente todos los sistemas en que el objeto material del delito puede consistir en cualquier beneficio económico o de otra naturaleza (sexual, político o profesional, concesión de honores, etc.). Si bien no todos ellos lo advierten expresamente, algunos exigen que el beneficio sea indebido o, como se dice en Chile, un beneficio al que el empleado público no tiene derecho. Es también objeto de debate en algunos países si han de quedar incluidos del objeto material del delito aquellos regalos de cortesía socialmente permitidos o los regalos insignificantes o de escaso valor.

En cuanto al destinatario del objeto material, normalmente las ventajas o provechos que se solicitan o aceptan por el empleado público pueden serlo para sí mismo o para terceras personas.

Por otro lado, el delito de cohecho pasivo se presenta de manera unánime como un delito doloso. El dolo (directo, advierten en algunos sistemas) debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo: la condición de empleado público del sujeto activo, la conducta típica y el beneficio indebido o promesa. Algunos sistemas intensifican la exigencia subjetiva exigiendo una intención específica por parte del sujeto activo de obtener un beneficio ilícito (en Italia y en EEUU se alude a la intención específica como elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo).

En numerosos sistemas nacionales existen figuras de cohecho pasivo que, además del dolo, exigen que estén presentes en la conducta del empleado público específicos elementos subjetivos del injusto que, por su configuración típica, los convierten en delitos de tendencia interna trascendente. En esta línea, se puede decir que el cohecho pasivo suele pertenecer a la categoría de los delitos mutilados de dos actos, pues cuando el empleado público realiza la acción típica persigue la consecución de otra actividad posterior que será realizada por él mismo.

Se trata normalmente de finalidades específicas con las que debe actuar el empleado público, tal y como se exige en las modalidades de cohecho pasivo propio e impropio (en atención al cargo) previstas en los sistemas latinoamericanos analizados, incluido el sistema colombiano: dependiendo del caso, se exige la finalidad de realizar un acto contrario a sus deberes o no realizar o retrasar algún acto que debiera practicar, o llevar a cabo un acto propio de su cargo. No suele ser necesario, como se ha indicado, que se alcancen tales finalidades para la consumación del delito de cohecho pasivo.

En cuanto a los aspectos punitivos se refiere y como muestra la tabla recogida en el Anexo I incorporada en el capítulo, los sistemas analizados sancionan las distintas modalidades de cohecho pasivo con penas de prisión y multa y, en la mayoría de los casos, también con la inhabilitación.

Resulta especialmente complicado agrupar los países que sancionan específicamente el cohecho pasivo impropio teniendo en cuenta la duración de las penas previstas, ya que las penas máximas de prisión previstas oscilan desde los 4 hasta los 12 años.

Finalmente, en cuanto a las modalidades de cohecho pasivo de facilitación, aquellos países que prevén una figura específica para su sanción fijan una pena máxima de 1 a 3 años de prisión, si bien el ordenamiento jurídico colombiano se aleja de dicho límite al establecer una pena de prisión máxima de 5 años.

Los sistemas analizados tipifican en el mismo título y/o capítulo del CP correspondiente a las modalidades pasivas y activas del cohecho de funcionarios nacionales. En aquellos de los sistemas que tipifican el delito de concusión (Italia, EEUU, Brasil, México, Perú y Colombia), la modalidad activa (la conducta llevada a cabo por el particular) es atípica.

En todos los sistemas nacionales analizados las distintas modalidades activas de cohecho se configuran como delitos comunes que puede cometer cualquier persona. En algunos de ellos se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas por esta clase de delitos, que puede ser penal (como en España) o administrativa (como en Colombia). En concreto, los tipos penales que castigan el cohecho activo recogen las conductas de ofrecer (España, EE.UU., Perú, Argentina, Brasil, Chile, Colombia), prometer (Italia, EE.UU., Perú, Brasil), entregar (Perú, México) o dar (España, Italia, EE.UU., Perú, Argentina, Chile, México, Colombia) beneficios o ventajas a los empleados públicos. Se configuran como tipos mixtos alternativos y de mera actividad, no siendo necesario conseguir la finalidad que persigue el sujeto activo. Además, en algunos sistemas nacionales se agrava la pena si el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido (Brasil).

En los sistemas nacionales analizados se configura el cohecho activo como un delito doloso. Algunos sistemas no admiten el dolo eventual, y requieren la presencia de dolo directo. Han de estar, además, presentes los elementos subjetivos del injusto. Así, algunos sistemas exigen que la dádiva se entregue u ofrezca en beneficio del empleado público o de un tercero (Chile). Asimismo, se requiere en numerosos sistemas examinados que el sujeto activo persiga la finalidad de que el funcionario realice un acto contrario a los deberes de su cargo o no realice o retrase de manera injustificada el que debiera hacer (cohecho activo propio), o para que el funcionario realice un acto propio de su cargo (cohecho activo impropio). Se trata de delitos

de tendencia interna trascendente, que no precisan que se logren tales objetivos para su consumación. Puesto que la consecución de los fines perseguidos no depende del sujeto activo, sino del empleado público corrupto, se puede decir que constituyen normalmente delitos de resultado cortado.

En su mayoría, los sistemas analizados prevén las penas de prisión y multa —y, en ocasiones, también la inhabilitación— para sancionar las distintas modalidades de cohecho activo. Como puede comprobarse en la tabla recogida en el Anexo II, en el ámbito del cohecho activo propio, la mayoría de los países analizados prevén una pena máxima de prisión de 10 años o más, mientras que España y Argentina establecen un máximo de 6 años de prisión (y Perú, de 8 años).

En cuanto a la regulación del cohecho activo impropio, entre los sistemas que prevén una figura específica, algunos la sancionan con una pena máxima de 4-6 años de prisión (como España, Chile y Perú), mientras que otros contemplan una pena máxima más elevada (de 8 o 12 años, como Italia o Brasil).

En aquellos países en los que se tipifica expresamente el cohecho activo de facilitación (donde no se requiere ninguna prestación del funcionario), la pena máxima prevista ronda de 1 a 3 años de prisión, excepto en Colombia que puede llegar hasta los 7.5 años.

La Convención de Palermo exige a los Estados la tipificación como delito y penalización de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales siempre que “sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado” (art. 3.1). Los sistemas analizados dan cumplimiento a esta exigencia a través de los tipos penales generales, sin que se hayan detectado tipos o cualificaciones específicas dirigidos a contemplar los casos de cohecho activo de funcionarios públicos nacionales, de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, algo que, de producirse, provocaría su tratamiento por la vía del correspondiente concurso de delitos.

Con base en el análisis realizado en el capítulo 1, Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola subrayan en particular los siguientes aspectos: (a) el uso de los términos “corrupción”, “soborno” o “cohecho” (acogiendo así la terminología que recomiendan los instru-

mentos internacionales); (b) la existencia de distintas posturas en los sistemas nacionales con respecto al bien jurídico protegido (como el correcto funcionamiento de la administración pública, o el deber, honradez, integridad y probidad de los empleados públicos); (c) la existencia las modalidades activa y pasiva de corrupción o cohecho de funcionarios públicos nacionales; (d) el que, salvo en algunos supuestos, las modalidades de cohecho se centran esencialmente en el cohecho antecedente, sin alcanzar propiamente, por tanto, al llamado cohecho subsiguiente o por recompensa, ni al cohecho de facilitación; y (e) la naturaleza del cohecho pasivo como un delito especial, mientras que el cohecho activo es un delito común, ambos con las características arriba referidas.

Además, los autores coinciden en subrayar la importancia de las siguientes ideas fuerza:

1. Si bien los instrumentos internacionales animan a los Estados a castigar la tentativa del delito de cohecho, esto no siempre es admitido en los sistemas nacionales al tratarse de delitos de mera actividad. También los instrumentos internacionales animan a sancionar determinados actos preparatorios, que no se castigan en todos los sistemas analizados, como en Colombia.
2. En cuanto a la autoría y participación, los instrumentos internacionales requieren el castigo de los actos de participación como cómplice (Convención de Palermo), como “colaborador o instigador” (Convención de Mérida) o como “autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión” (CICC). En todos los sistemas analizados se castigan estas formas de autoría y participación, aunque no reciban igual denominación.
3. A pesar de la preocupación reflejada en sus preámbulos por la relación entre delincuencia organizada y corrupción, el concepto de corrupción empleado por los tratados internacionales anticorrupción olvida hacer la correspondiente mención, lo que merece ser muy criticado. En este sentido, es de reclamar de los Estados, cuanto menos, la inserción como tipo

cualificado de la comisión de los hechos en el seno de una organización o grupo criminal, así como la previsión de formas premiales y medidas eficaces de protección de cuantos colaboren con la justicia. Igualmente, sería muy recomendable la extensión a estos supuestos de las modalidades específicas de decomiso, blanqueo, recuperación de activos y medidas procesales específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada.

4. Pese a la insistencia de los instrumentos internacionales de que se adopten medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, no todos los sistemas nacionales optan por atribuir responsabilidad penal a las mismas (en particular, el colombiano), siendo en todo caso imprescindible la adopción de medidas específicas y eficaces de responsabilización de las personas jurídicas, a la vista de su frecuente involucración o instrumentación en los hechos de corrupción.
5. En relación con otras consecuencias derivadas del delito, es habitual que los sistemas nacionales realicen una mención expresa a la posibilidad de decomisar los productos de la corrupción, siguiendo los dictados de la normativa internacional de referencia, si bien se echa de menos, al mismo tiempo, alguna referencia expresa en la normativa penal a la reparación e indemnización a las víctimas de los delitos de corrupción.
6. Por último, en cuanto a la prescripción de los delitos de cohecho, tema al que prestan atención los instrumentos legales internacionales, abogando por plazos de prescripción amplios que faciliten la labor investigativa a policías, fiscales y jueces, existen diferencias en los sistemas analizados, lo cual puede convertirse en un obstáculo para la persecución de estos delitos no solo en el plano nacional, sino también cuando sea necesario recurrir a la cooperación judicial internacional, lo que en último término puede redundar en la impunidad de los responsables.

4. EL COHECHO ACTIVO Y PASIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS Y DE FUNCIONARIOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PÚBLICAS

La expresión sintética “corrupción internacional” alude a una hipótesis particular de corrupción que se caracteriza (no solo, sino también) por los sujetos involucrados y, en particular, por su origen. El aumento del comercio internacional y la globalización de la economía ha fomentado indirectamente la aparición de comportamientos corruptos en el sector empresarial consistentes en sobornar a los funcionarios de países extranjeros para exportar bienes y servicios, u obtener contratos y negocios en el exterior. Fórmulas, tradicionalmente contempladas para operar dentro de los Estados, que ahora son objeto de extrapolación a la esfera internacional.

A esta realidad hay que sumar, por otro lado, la progresiva transferencia de competencias habitualmente reservadas a los Estados a los organismos internacionales. Cuestión que ha propiciado igualmente el surgimiento de una nueva forma de corrupción, dirigida a funcionarios de organismos internacionales, caracterizada por las siguientes peculiaridades identificadas por Scoletta & Taverriti en el capítulo 2: (a) la fragmentación de la conducta delictiva, realizada en diferentes áreas geográficas; (b) la participación en el esquema de corrupción de los líderes político-administrativos de un país extranjero; (c) la presencia de empleados de empresas privadas o controladas por el Estado como destinatarios del soborno; (d) la inclusión en los pactos de soborno de terceros que actúan como intermediarios con la administración pública de los países extranjeros, que sin embargo siguen siendo ajenos a la administración pública; y (e) la contigüidad con otras actividades delictivas como el blanqueo de capitales, los delitos económicos y el crimen organizado.

Con especial referencia a esta última hipótesis, se debe considerar que el crimen organizado y la corrupción pueden estar en una relación de mutua instrumentalidad, dependiendo del contexto: en ocasiones, el crimen organizado puede actuar como una herramienta para la realización de un propósito corruptor; en otras ocasiones,

la corrupción servirá como medio para lograr los propósitos de la organización criminal.

La proyección de las dinámicas criminológicas vinculadas a la corrupción en una dimensión transnacional hace que sus consecuencias se produzcan en la vida política, en la acción administrativa y en la competencia económica de otros países; incluso, en los casos más graves, las consecuencias llegan hasta los cimientos de la democracia y preceden a la violación de los derechos humanos. En consecuencia, la represión de la corrupción debería constituir una prioridad en la agenda político-criminal de los Estados con una economía abierta.

Siguiendo esta línea argumentativa, las razones que llevaron a la reflexión sobre la conveniencia de criminalizar estos comportamientos son, al menos en parte, diferentes para la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros y la de los funcionarios de organismos internacionales. En esta segunda dimensión, la necesidad de equiparar el contexto público internacional al doméstico es dominante o, en todo caso, concurrente. Así, las presiones que animan las opciones de política criminal represiva de la corrupción de los funcionarios de organismos internacionales (regionales o universales) son similares a las que tradicionalmente se encuentran en el contexto de la criminalización de la corrupción doméstica: la protección del buen desempeño y de la imparcialidad de la administración y la transparencia de su trabajo

Por otro lado, el debate sobre la criminalización de la corrupción de los funcionarios extranjeros tiene sus raíces en el fortalecimiento de un activo legal diferente: la competencia leal en el comercio internacional. Además, las fuertes discrepancias en el tratamiento legal resaltadas en el contexto de las diversas legislaciones nacionales generan un desequilibrio competitivo para los Estados que adoptan soluciones más severas, favoreciendo en cambio las legislaciones más laxas y una tendencia contextual hacia la migración de la “criminalidad corruptiva” hacia los países más permisivos. Por lo tanto, considerando la perspectiva de la corrupción en el tráfico internacional, es necesario tener en cuenta las razones por las que las decisiones político-criminales relativas a la corrupción internacional pueden ser también muy variadas e, incluso, antitéticas.

Si bien los países con economías más desarrolladas, que ya han hecho suya la opción de criminalizar la corrupción internacional, esperan que el mismo modelo sea replicado en otros Estados, a fin de asegurar un terreno comercial internacional uniforme en términos de competencia, los países en desarrollo ven en la desalineación jurídica una oportunidad para la expansión de su limitado poder y la posibilidad de atraer flujos de capital a su territorio.

En cualquier caso, todos los países objeto de análisis en el capítulo 2 se han adherido a la Convención de la OCDE y han adaptado su legislación a las normas reglamentarias allí establecidas. Así mismo, se han adherido también a la CNUCC. Además, los países europeos se han adherido al Convenio Penal del Consejo de Europa y al Convenio de la UE. En consecuencia, se encuentran numerosas similitudes entre las leyes de estos países, que constituyen la base común para combatir el soborno internacional en este macro-ámbito. Entre ellas, destacan las siguientes: (a) la incriminación del cohecho activo, por acción u omisión, según un esquema delictivo flexible con tal de que la conducta coincida con la promesa, la dación o el ofrecimiento; (b) la irrelevancia de la aceptación o acuerdo del funcionario público; (c) la inclusión de la conducta del funcionario público entre los elementos subjetivos del tipo, y no entre los elementos objetivos del delito; (d) la inclusión de los funcionarios de las organizaciones internacionales públicas entre las personas corruptibles; y (e) la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) por los actos de corrupción internacional perpetrados por sus miembros o por quienes actúan en su nombre.

Sin embargo, dentro de este grupo de Estados sigue existiendo un enfoque diferenciado en la lucha contra la corrupción internacional, que también se ve afectado por el enfoque expresado por cada sistema en la articulación de los delitos contra la administración pública. Así, dentro de los países de Europa continental, existe una tendencia jurídica que lleva a la equiparación sustancial del soborno internacional con el nacional (Alemania, España, Francia e Italia), que, aunque sigue caminos normativos en parte diferentes, se traduce en la equiparación de los funcionarios extranjeros, internacionales y de la UE con los nacionales.

En virtud de esta misma tendencia, los sistemas jurídicos europeos continentales analizados incriminan tanto el soborno activo como el pasivo, lo que implica, bajo ciertas condiciones, la aplicabilidad del derecho nacional a los funcionarios extranjeros. Este planteamiento también repercute en la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma, que ya no coincide (exclusivamente) con la protección de la libre competencia en las transacciones comerciales internacionales, sino que se refiere a la protección de la buena actuación y la imparcialidad de la administración pública, aunque esté ubicada en un Estado extranjero.

También en consonancia con esta directriz, los países de Europa continental están diluyendo otros requisitos del delito que contribuían a diferenciar el soborno internacional frente al nacional. Deben leerse en este sentido las simplificaciones en cuanto a la intención específica, con la ausencia (Alemania) o la eliminación tras las reformas (España, Italia) del propósito de obtener una ventaja indebida en las transacciones comerciales internacionales, si bien en España se sigue manteniendo este propósito en el delito de soborno transnacional que se recoge en el apartado dedicado a los delitos de corrupción en los negocios (art. 286 ter CP), delito que entra en concurso con el delito de cohecho activo de funcionarios extranjeros de los arts. 424 y 427 del CP, en donde no se exige tal propósito.

Por el contrario, los países anglosajones examinados (EE.UU. y Reino Unido) siguen siendo fieles al enfoque inicial de la FCPA. Con algunas distinciones, los sistemas jurídicos anglosajones optan por sancionar únicamente el soborno activo y limitan la relevancia penal a la conducta acompañada de la intención de obtener o mantener una ventaja en los asuntos internacionales. Una peculiaridad que surge exclusivamente en el sistema jurídico británico es la asimilación de la corrupción pública con la privada, concentrando el focus en la conducta desleal.

Las penas previstas por los sistemas considerados son en su mayoría comparables, ya que las condenas oscilan aproximadamente entre mínimos de 3 años y máximos de 10. Un dato interesante es el relativo a los niveles de aplicación en cada país que se pueden consultar en el último informe del WGB sobre “Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention”, que recoge datos sobre procesamientos,

investigaciones y sanciones desde 1999 hasta 2020 para cada Estado parte.

Por otro lado, en clave comparativa, el examen de los sistemas jurídicos latinoamericanos ha revelado diferentes caminos de evolución con respecto a la lucha contra el soborno internacional. En la actualidad, todos los países analizados se han adherido a la Convención de la OCDE, que constituye el principal punto de referencia para la tipificación del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros. Sin embargo, la ratificación de esta Convención se produjo en momentos diferentes en los distintos países, creando durante mucho tiempo un panorama desigual. Asimismo, todos los países examinados han ratificado la CICC y la CNUCC, que también exigen castigar como delito estas conductas. Esto contribuye a una base común bastante homogénea en el contexto latinoamericano, que responde con bastante fidelidad a los inputs supranacionales.

El soborno internacional se tipifica según el esquema del delito común estructurado como tipo unisubjetivo. Todos los sistemas jurídicos analizados incluyen también a los funcionarios miembros de organizaciones internacionales públicas en el concepto de funcionario extranjero. En línea con el planteamiento de las convenciones internacionales de las que son parte estos países, la mayoría de los ordenamientos jurídicos optan por la criminalización únicamente del cohecho activo, con la significativa excepción de Perú: el Estado que más recientemente (2018) ha actualizado su legislación para cumplir, aunque con retraso, con sus obligaciones internacionales y que ha tipificado también el soborno pasivo internacional. El enfoque dominante en los países latinoamericanos sigue siendo fiel a la inspiración original de la Convención de la OCDE, en la que sólo se recogen las conductas corruptas que tienen lugar en el contexto de las transacciones económicas internacionales.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido, es, principalmente, el de la transparencia y la equidad en las transacciones económicas, financieras y comerciales internacionales. Sin embargo, los artículos que incriminan el soborno de funcionarios extranjeros suelen situarse dentro de los códigos penales, en las secciones dedicadas a los delitos para proteger el buen funcionamiento y la transparencia de la administración pública. Esta ambigüedad se debe probablemente a

que en la tradición latinoamericana (al igual que en la europea) la percepción del desvalor de la conducta corrupta sigue estando vinculada a la protección de bienes jurídicos de carácter público.

En cuanto a la conducta típica, Scoletta & Taverriti identifican como la conducta incriminada en el soborno activo gira en torno a las acciones de “ofrecer, prometer o conceder” y se refiere a dinero u otras ventajas destinadas a un funcionario extranjero, ya sea directa o indirectamente, con el fin de influir en el mismo para que realice u omita un acto propio de su cargo (siempre en el contexto de una transacción económica). Los ordenamientos jurídicos analizados, coinciden en: (a) negar la relevancia de la aceptación por parte del funcionario público a efectos del delito; (b) subrayar que el ofrecimiento, la concesión o el otorgamiento de ventajas indebidas puede consistir en beneficios de naturaleza económica o no económica; y (c) afirmar que el cohecho puede alcanzar al funcionario público directa o indirectamente.

En todos los sistemas latinoamericanos analizados se requiere el dolo, así como que la conducta corrupta esté orientada a conseguir una acción u omisión del funcionario público en ejercicio de su cargo (o, como en Chile, se encuentre motivada por el cargo del funcionario público).

Las penas de prisión pueden variar significativamente entre los distintos países, siendo las mínimas de entre 1 a 9 años y las máximas de entre 5 a 15 años, caracterizándose por niveles de aplicación más bajos que en las jurisdicciones no latinoamericanas analizadas en la sección anterior (a excepción de España).

En cuanto al ordenamiento jurídico colombiano se refiere, como muchos otros en el contexto latinoamericano, se mantiene bastante fiel a la Convención de la OCDE en la medida en que sanciona únicamente el soborno activo, estructurando el delito en la forma de soborno intencional por dar, prometer u ofrecer dinero u otras ventajas directa o indirectamente a un funcionario público extranjero para que realice u omita un acto relacionado con su función en una transacción comercial internacional (si bien se aleja del enfoque original en la medida en que no se requiere que el autor de la

conducta pretenda obtener una ventaja en la transacción o acuerdo internacional de que se trate).

La peculiaridad que distingue al sistema colombiano del resto de países latinoamericanos es, sin duda, la de las penas por soborno internacional, que son muy superiores (de 9 a 15 años de prisión) a las establecidas en los demás sistemas latinoamericanos, acercándose a los sistemas europeos que prevén las penas más altas (Italia).

Colombia parece haber mantenido hasta ahora su planteamiento original de lucha contra el soborno internacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tendencia en los países europeos, que no parece probable que se vaya a revertir, se dirige hacia la equiparación del soborno doméstico con el soborno internacional (y no sólo, por tanto, a la tipificación del soborno pasivo). En un contexto globalizado, esta asimilación parece cada vez más justificada y racional, si se tiene en cuenta que el soborno de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales es un fenómeno que está en el origen de otras muchas dinámicas delictivas, que ponen en peligro bienes jurídicos incluso mucho más importantes que la competencia leal y correcta en las transacciones internacionales.

En resumen, del análisis comparativo realizado en esta sección se extrae la inexistencia de lagunas en relación con las obligaciones de penalización derivadas de la Convención de la OCDE, ya que todas las jurisdicciones prevén al menos la penalización del soborno activo de funcionarios públicos extranjeros u organizaciones internacionales cometido en el curso de negocios o transacciones internacionales.

Sin embargo, como señalan Scoletta & Taverri, el panorama es desigual en cuanto a la penalización del soborno transnacional pasivo, cuya tipificación es sugerida (no impuesta) por el art. 16.2 CNUCC. En algunos países, puesto que el soborno transnacional se considera de igual valor que el soborno nacional, se ha decidido equiparar ambos *tout court*, incluyendo así la penalización del soborno transnacional pasivo. En otros países, en cambio, se ha preferido optar por la opción de la penalización limitada al modelo inspirador inicial (FCPA).

Aunque no hay obligación de incriminar en este sentido, al menos en el contexto latinoamericano, se puede observar fácilmente

que una noción más amplia de corrupción transnacional es más adecuada para cubrir también los casos “no tradicionales” de corrupción internacional cuando esta puede asociarse con el crimen organizado.

Por ello, dada también la evolución del debate sobre el bien jurídico protegido por la tipo penal (cada vez más proyectado hacia el núcleo de la protección del Estado de derecho y los derechos humanos, así como hacia los polos tradicionales de la buena actuación de la administración pública y la libre y leal competencia en el comercio), podría ser conveniente valorar la posibilidad de armonizar los sistemas en el sentido de incriminar también el cohecho pasivo transnacional, como se indica en el capítulo siguiente de recomendaciones³.

5. LA MALVERSACIÓN O PECULADO Y OTRAS FORMAS DE APROPIACIÓN INDEBIDA O DESVIACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

En el capítulo 3, Matus advierte con acierto como la legislación objeto de tratamiento y análisis en este apartado (la regulación de

³ Como también se expone en el capítulo de recomendaciones, en lo que a la criminalidad organizada se refiere, también sería deseable, con el fin de evitar el fenómeno del forum shopping (o, en todo caso, las indeseables discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos), armonizar, al menos a nivel regional, los demás elementos que contribuyen a definir la conducta típica (es decir, la noción de funcionario público, la elección relativa a la punibilidad de la forma previa y/o posterior, la conexión con un acto concreto, etc.) y la homogeneización de los marcos jurídicos. Se evitarían así resquicios legales que la criminalidad organizada pudiese explotar convenientemente operando transnacionalmente en áreas geográficas limítrofes. En esta misma línea argumentativa es improrrogable la creación de un marco uniforme de sanciones en América Latina para luchar de forma efectiva contra la corrupción internacional. Es esencial que las penas privativas de derechos acompañen a las penas privativas de libertad y a las pecuniarias, de modo que el sancionado no pueda volver a cometer sus acciones delictivas en otro Estado tras cumplir su condena. Esto tiene que ser, a su vez, complementado con medidas eficaces de secuestro y decomiso del producto del delito.

la malversación o peculado) se entiende como un delito de carácter común (como la del *embezzlement* o conversión, la apropiación indebida o el hurto de bienes fiscales), si bien agravada por la calidad del sujeto activo: ser empleado público. De este modo, se limitan las potenciales diferencias interpretativas e incluso es posible extender su aplicación a particulares, cuando el delito recae sobre bienes fiscales que estén en su poder.

Sin embargo, como advierte el autor, esta ventaja es, al mismo tiempo, su mayor desventaja. En efecto, el modelo italiano limita el alcance de sus figuras a la malversación de bienes muebles, siempre que exista entre el funcionario y la cosa una relación de carácter jurídico propia del derecho privado que obligue a la restitución. Ello es insuficiente para dar cumplimiento a las obligaciones de penalización del art. 17 de la CNUCC y, por esa razón, la revisión hecha a la legislación italiana, al detectar las falencias señaladas, sugiere modificaciones legales para su adecuada implementación.

Solo en el caso del sistema federal norteamericano es posible encontrar una regulación amplia y de carácter sustancial, que permite superar esas limitaciones, como se entendió en el proceso de revisión de su adecuación a la CNUCC. No obstante, dadas las particularidades del sistema del *common law*, es difícil su trasposición a otros sistemas.

En todo caso, como señala Matus, la legislación latinoamericana analizada se caracteriza, en términos generales, por su apego a la estructura del modelo del CP español de 1848, que pone énfasis en el carácter especial de estos delitos, por la calidad de quien los comete: el empleado público que tiene a su cargo fondos o caudales públicos. Cuestión que pone de relieve el anacronismo de un modelo ya desahuciado en su propio país de origen.

Sin embargo, la sencillez de dicho modelo ha permitido una mejor adecuación de los textos legales a las exigencias del derecho internacional que en modelos como el italiano, por cuanto sus limitaciones, son fáciles de detectar y corregir: (a) ampliar los sujetos que pueden aprovecharse del peculado a terceros que se benefician de la desviación de los bienes; (b) ampliar el objeto sobre que recae el delito a bienes inmuebles; (c) ampliar la conducta a los desvíos de di-

chos bienes que no constituyan apropiación; y (d) ampliar el alcance de las relaciones entre el sujeto activo y los bienes, incorporando la tenencia o acceso de hecho.

En esta línea de pensamiento y circunscribiéndonos al ámbito de América Latina, la Guía Legislativa para la implementación de la Convención de Palermo reconoce que, materialmente, la cooptación de las instituciones estatales por parte de las redes del COT puede llevar a la desviación de los recursos fiscales para los fines ilícitos de la organización que se trate, tanto directamente, transfiriéndole sin más bienes a la misma o en su provecho (peculado propio), como indirectamente mediante la desviación más o menos permanente de los recursos confiados (peculado de uso o impropio) para su encubrimiento o la ocultación de sus actividades ilícitas. Al respecto, hay que destacar el hecho de que la legislación colombiana es, en este sentido, más amplia y precisa que el resto de las latinoamericanas estudiadas, por lo que puede servir como modelo para los necesarios perfeccionamientos de todas ellas, a fin de abarcar la mayor parte de las situaciones imaginables.

Sin embargo, la agravación de esta clase de delitos por su vinculación con el COT solo se recoge expresamente en la legislación peruana, donde el art. 387.1 del CP prevé la agravante especial de que “el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella”⁴.

La obligación de tipificar la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario

⁴ Al respecto, señala Matus que en el *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso del Perú*, de fecha 13 de agosto de 2020, referido a la Ley 31.178, publicada el 24 de abril de 2021, que introdujo esta agravante y la redacción actual del delito de peculado, no se explicita su fundamento o justificación. Tampoco aparece ninguna mención explícita en los diversos proyectos de ley refundidos para dar lugar a estas modificaciones, introducidas, como la literalidad del art. 1 de dicha ley señala, con “el fin de incorporar como circunstancia agravante la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria o cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad y soberanía nacional” y establecer “disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”

público, contemplada específicamente en el art. 17 de la CNUCC, es también parte de los mecanismos de prevención de la COT, según la Guía Legislativa para la implementación de la Convención de Palermo.

De hecho, existen varios modelos de regulación posibles. Entre los estudiados por Matus en este capítulo, los más aptos para dar cuenta de las exigencias del art. 17 de la CNUCC son los de los EE.UU. y Colombia. El primero recoge una tradición estatutaria basada en la idea de la conversión al propio patrimonio, o de un tercero, de cualquier clase de bienes ajenos (incluyendo los del Estado) que se tienen a disposición material por cualquier título o debido el cargo que se detenta.

Por su parte, el sistema colombiano perfecciona el modelo tradicional latinoamericano, heredero del propuesto en el CP español de 1848, que lo concibe como un delito *sui generis* o especial bajo las ideas de: (a) apropiación o sustracción; (b) de caudales o efectos públicos o privados; y (c) que estén a cargo de un empleado público, ajustando la definición de cada uno de estos requisitos a las exigencias del art. 17 CNUCC.

En todo caso, conviene subrayar que las importantes disparidades existentes entre los sistemas latinoamericanos con respecto a las exigencias típicas de los delitos de malversación o peculado coadyuva al problema de los denominados “paraísos jurisdiccionales”, donde no es posible la extradición o la cooperación jurídica internacional en la investigación de delitos al faltar el requisito de la doble incriminación.

6. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En el capítulo 4, Béguelin, Dias & Szenkman) llaman, en primer lugar, la atención sobre la génesis de esta modalidad delictiva, en tanto que no se trata de un delito clásico del derecho penal nuclear. En consecuencia, su desarrollo específico depende, en gran medida, de las decisiones legislativas concretas, más allá de su comprensión como un ilícito contra la pretensión de objetividad o imparcialidad

de la función pública, como consecuencia de una transacción cuyo objeto es el ejercicio de influencia sobre funcionarios públicos.

En ese sentido, parecería captarse un segmento de ilicitud material al menos parcialmente diferente al de otros delitos, como el cohecho: una violación al deber de manejo transparente en asuntos de interés estatal en los que estén involucrados funcionarios públicos, incluso si estos últimos no participan en la acción delictiva.

Llama poderosamente la atención, tal y como se extrae del análisis realizado de las recomendaciones de los distintos organismos internacionales en la materia, como aquellos Estados que no prevén en su legislación este delito suelen considerarlo superfluo. Esto se debe a que su ámbito de aplicación ya se encuentra abarcado por otras figuras penales, más usuales en la respectiva cultura jurídica de dichos países.

Lógicamente, estas consideraciones previas resultan determinantes para el análisis comparado llevado a cabo por los autores: la experiencia comparada, en países que han desarrollado una dogmática detallada de la parte especial del derecho penal, muestra que un delito de esta clase puede no ser considerado necesario. En todo caso, lo que interesa es que la regulación del Estado respectivo no permita lagunas de punibilidad que den lugar a situaciones de impunidad ante actos de corrupción, máxime en lo tocante a la participación o injerencia de la criminalidad organizada.

En consecuencia, a pesar de que el de tráfico de influencias puede ser importante para la lucha contra la corrupción (tal como, de hecho, se señala en el marco de los distintos organismos internacionales), su tipificación como delito autónomo responde a cuestiones de política criminal locales, muy vinculadas con la regulación de los delitos de corrupción en cada país.

En esta línea de reflexión, ahondando en el análisis comparado, se observa cómo los países latinoamericanos suelen seguir la tendencia española (e italiana) de tipificar el delito de tráfico de influencias en el marco de los delitos contra la administración pública. Respecto de esta decisión, se debe decir que si lo que se pretende es proteger un bien jurídico difuso como la integridad o transparencia de la administración pública, la conducta consistente en ejercer alguna

clase de influencia indebida en un funcionario público (ya sea como funcionario público o como ciudadano común), o de vender esa posibilidad de ejercer una influencia, es apta para lesionar o poner en peligro esa integridad o transparencia.

Esto es así también en aquellos casos en los que no se acabe obteniendo un beneficio patrimonial o de otra clase, o incluso no se lleve a cabo ninguna conducta contraria al deber, porque la mera influencia indebida en el ámbito funcional de un funcionario, o la incorporación de esta clase de conductas como objeto de un negocio, es espuria y, por tanto, apta para disminuir la confianza social en la transparencia de la administración.

Un tanto más dudoso es, sin embargo, el caso de la influencia simulada, porque la afectación potencial de la integridad o transparencia de la administración pública es muy reducida, si es que existe: en estos casos, ya no se trata de una influencia indebida, sino de un engaño en una transacción (por cierto, también espuria) en la que una parte está dando algo a cambio de una influencia que no existe. Sobre este último tema, también es esencial analizar la posible aplicación de los tipos penales de estafa en perjuicio de quien compra la influencia simulada, cuestión que depende, en última instancia, de la debatida cuestión de la estafa sobre negocios ilícitos.

De igual forma, como señalan Béguelin, Dias & Szenkman, los países de América Latina analizados no han realizado esfuerzos importantes por adaptar el delito de tráfico de influencias a eventuales necesidades derivadas de la regulación internacional de la lucha contra la corrupción y contra el COT. Nuevamente: la cuestión de si es necesario ampliar la criminalización o reducirla depende de muchos factores, incluyendo el merecimiento y la necesidad de pena. Pero ante la ausencia de cambios recientes en la legislación, por un lado, y de una mayor concientización internacional respecto de la vinculación entre las prácticas de corrupción y la criminalidad organizada, parece conveniente que los Estados latinoamericanos evalúen críticamente su derecho interno. Esto también es aplicable, por supuesto, al delito de tráfico de influencias, que en todo caso puede ser “ajustado” legislativamente para optimizar la persecución de estas conductas, en el marco de un Estado de derecho.

Es de destacar que la legislación colombiana recoja, por un lado, un tipo penal más restrictivo que los propuestos en los instrumentos internacionales. Así, no se tipifica en Colombia el tráfico comercial que tiene por objeto la influencia, esto es, vender o comprar influencias lo cual contrasta, por ejemplo, con el art. 430 del CP español en el que la venta de la influencia (más específicamente, la solicitud de remuneración o la aceptación) se encuentra incluida. Incluso, en países como Argentina, además de la venta, también se tipifica la compra de influencia (más precisamente, el recibir dádivas o aceptar promesas a cambio de la influencia, o bien el dar u ofrecer dádivas para obtener esa influencia). Una reforma legislativa en esta dirección, como se propone en el capítulo siguiente de recomendaciones, situaría a la legislación colombiana en línea con los instrumentos internacionales citados, extendiendo considerablemente la punibilidad a un campo de actos preparatorios de otros delitos, que hoy no son punibles en Colombia.

No obstante, la sustitución de la actual regulación colombiana por los tipos penales propuestos en los instrumentos internacionales podría también implicar una pérdida de parcelas de punibilidad — salvo que se diera una superposición con otros tipos penales, porque la normativa penal colombiana, al igual que los arts. 428 y 429 del CP español, criminalizan el mero ejercer influencia sin ninguna remuneración a cambio. Es decir, no se requiere de un verdadero tráfico de influencias, en el sentido de que la influencia en sí sea objeto de una transacción comercial, sino que basta con que se ejerza una influencia sobre un funcionario público para obtener un acto propio del ejercicio de sus funciones.

La propuesta de los instrumentos internacionales, así como la regulación argentina que la ha adoptado, hace depender la punibilidad de que la influencia haya sido objeto de tal transacción comercial. Sin un ofrecimiento o una aceptación de una dádiva a cambio del ejercicio de la influencia, el influir en un funcionario público no constituye el delito de tráfico de influencias. No es así en el caso colombiano, ni en los arts. 428 y 429 del CP español, en donde se tipifica esta conducta de manera autónoma y su punibilidad no depende de que se realicen otros tipos penales, como el cohecho o la administración fraudulenta.

Por último, cabe reflexionar respecto de la magnitud de la pena para los tipos penales básicos. En el caso español, se prevé un máximo de dos años de prisión para el ejercicio de la influencia y un máximo de tan solo un año para la transacción comercial previa que tiene por objeto la influencia. Por su parte, en Argentina, el máximo de pena es de seis años, coincidente con el de Perú y México. En cambio, en Colombia los máximos alcanzan veintidós años para el funcionario público. En comparación con los demás países analizados, llama la atención lo drástico de las penas previstas en el CP colombiano.

Lo primero que debe decirse es que, más allá de que en América Latina se ha decidido tipificar las conductas de tráfico de influencias, esto no es algo indispensable. Si bien estas acciones son en principio aptas para afectar la imagen de transparencia e independencia de la administración pública, no necesariamente generan perjuicios significativos para el Estado (como los patrimoniales) que vayan más allá del mero quebrantamiento de la confianza en la administración. Además, el tráfico de influencias representa, en cierto sentido, una forma de anticipar la punibilidad respecto de otros delitos menos controvertidos en términos de legitimación, como el cohecho o la administración fraudulenta en contra de la administración pública. Cuestión que se acentúa más cuando la criminalidad organizada entra en acción para la consecución de sus objetivos.

Como es sabido, las figuras penales que adelantan de esta manera el ámbito de punibilidad han de observarse con cierto escepticismo, debido a que reducen el ámbito de libertad de la ciudadanía de un modo relevante. Cuestión de importancia si se tiene en consideración que los instrumentos internacionales parecen ir en esta dirección.

Además, la incorporación de este tipo de delitos puede generar problemas de delimitación con otros, en especial con la tentativa en delitos como el cohecho, ya que resulta plausible pensar en escenarios en los que el tráfico de influencias sea parte de un plan general que involucre sobornos o que incluso dé lugar a un daño patrimonial en una relación apta para generar una administración fraudulenta. En este marco, las reglas usuales sobre concursos y delitos conexos son indispensables para una aplicación razonable de estas disposiciones. Además, debería tenerse en cuenta que en países como Argenti-

na o Colombia hay otros tipos penales que amplían la punibilidad de modo decisivo y que no son usuales en otros ordenamientos jurídicos, siendo el caso más claro el del enriquecimiento ilícito (arts. 268 (2) del CP argentino y 412 del CP colombiano).

Las relaciones entre estos delitos requieren de estudios profundos en el nivel dogmático en cada país y de un cuidado especial en la aplicación del Derecho por parte de los tribunales. En otras palabras, no es posible brindar una conclusión general aplicable a toda Latinoamérica respecto de estas cuestiones de dogmática de la parte general del derecho penal. Lo máximo que los autores llegan a vaticinar es que los estudios de sistematización e interpretación de la parte especial del derecho penal deben ser prioridad en el continente y las recientes investigaciones sobre una ciencia de la parte especial del derecho penal pueden ser un buen punto de partida.

En todo caso, como apuntan los autores, todos los caminos de acción conducen a la realización de investigaciones profundas sobre este delito en particular, que posibiliten el afianzamiento de herramientas óptimas focalizadas no sólo en la problemática de la corrupción, sino también y de forma muy especial en sus derivas relacionadas con el fenómeno de la delincuencia organizada.

7. EL PREVARICATO Y EL ABUSO DE FUNCIONES DEL CARGO

En el capítulo 5, Romero busca, *grosso modo*, analizar los estándares internacionales y la regulación nacional acerca de los delitos de prevaricato y abuso de funciones del cargo, los cuales son cometidos por funcionarios que, a sabiendas, emiten determinaciones propias de sus funciones en manifiesta contradicción con la ley, u omiten su cumplimiento.

Como afirma el autor, los países no latinoamericanos que conforman el estudio de referencia satisfacen el estándar previsto en el art. 19 de la CNUCC en torno a la disposición no obligatoria de considerar en su legislación el delito de abuso de funciones del cargo. Ello, a través de previsiones de carácter general (EE.UU.) o mediante tipos penales concretos (España e Italia) que, vistos en conjunto o de ma-

nera particular, permiten sostener que, salvaguardando sus matices, recogen los elementos esenciales de la conducta estándar, al punto de servir como puerta de entrada para la prevención y castigo de la desviación de los funcionarios públicos que actúan intencionalmente en contra de la ley.

El estudio realizado muestra como EE.UU. carece de un delito equivalente al abuso de las funciones del cargo. Las diferentes provisiones reseñadas, que sirvieron de fundamento para el examen de la Comisión de la Primera Ronda de Revisión de la CNUCC, revelan que ese ordenamiento jurídico norteamericano tipifica conductas que, en la tradición jurídica de corte continental europeo, son más cercanas al soborno, el cohecho, o el tráfico de influencias. Ello indica que la conducta del abuso de funciones puede ser una figura característica de algunos sistemas continentales, sin que, no obstante, su regulación concreta y autónoma, como lo muestra el caso de España, sea necesaria o esencial en la lucha contra la corrupción.

Assumiendo este planteamiento, podría sostenerse que el sistema federal norteamericano contiene una regulación de conductas más amplia y general que, bajo el espíritu propuesto por la CNUCC, permitiría la represión de comportamientos considerados corruptos, pero cuya investigación y juzgamiento, en comparación con tipos penales más concretos o restrictivos, dificultaría su efectiva represión.

Con todo, en razón de la génesis de la naturaleza del sistema norteamericano, su trasplante a los sistemas de derecho continental no es una tarea sencilla. Ante lo cual vale la pena preguntarse, como nos plantea el autor, hasta qué punto un conjunto de disposiciones amplias, en el marco del contexto del derecho angloamericano, visto al trasluz del estándar internacional objeto de estudio, podría implicar un conjunto de riesgos tales como: (a) no prevenir o castigar explícitamente las actuaciones u omisiones en contra de la ley de los funcionarios públicos, motivados por (b) la obtención de un beneficio indebido para sí o para un tercero, y (c) con un ánimo corrupto en el contexto nacional o transnacional.

Una situación distinta, en principio, puede considerarse al trasluz del análisis realizado de los ordenamientos de Italia y España. El primero sí contiene una previsión que podría considerarse analógica

a lo dispuesto en el art. 19 de la CNUCC. Así, si bien el CP italiano agrega como elemento alternativo del tipo de abuso del cargo el daño indebido, dado que este no constituye un ingrediente necesario del tipo, no se restringe entonces el alcance del delito en los términos del estándar internacional, sino que lo amplía, por ejemplo, a los casos en que el funcionario público causa un daño, pero no adquiere una ventaja indebida con su actuación. Así mismo, el hecho de que allí se prevea una agravante para el “abuso del cargo” cuando se produzca una ventaja o menoscabo especialmente importante, podría parecer una desviación de la CNUCC. Sin embargo, lo cierto es que, al ser una circunstancia agravante, Romero entiende que se supera el mínimo de exigencia.

Frente al segundo, en el modelo español no se advierte una previsión en sí misma equivalente al abuso de las funciones del cargo; sino que, por el contrario, sus elementos esenciales están comprendidos, de manera paradigmática, en los tipos del prevaricato. De cara al parámetro estipulado en la CNUCC, resulta importante tener en cuenta que el delito de prevaricación administrativa o judicial, al no contemplar en su regulación el elemento de “beneficio o interés indebido”, parece ser más amplio y por tanto extender el ámbito de aplicación del tipo penal, cuya represión, no obstante, puede darse a través de otros tipos más restrictivos, por vía del principio de especialidad, tal como el cohecho.

Ahora bien, aun cuando España e Italia comparten la criminalización del prevaricato, para el autor algunas diferencias son notables. En primer lugar, en cuanto al elemento subjetivo, mientras que España castiga, por vía de la prevaricación judicial el comportamiento culposo, Italia únicamente reprime la actuación dolosa. En segundo lugar, frente a la escala y naturaleza de las penas, también difieren entre sí, en tanto que Italia castiga con prisión de uno a cuatro años a quien incurra en abuso de la función (art. 323 CP) y frente a la modalidad omisiva (art. 328), impone pena privativa de la libertad de seis meses a dos años. Por su parte, en España sólo se castiga con pena de prisión, en la prevaricación judicial y su modalidad dolosa, entre uno y cuatro años, si la sentencia injusta se hubiese proferido contra reo en causa criminal, y en los demás casos con multa e inhabilitación para el empleo o cargo público.

A grandes rasgos, la legislación latinoamericana analizada en el capítulo 5 parte de la calidad del sujeto activo: el funcionario público. Sus definiciones parecen corresponderse con lo previsto en el art. 2 (a) de la CNUCC que incluye a toda persona que: (a) “ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo”; (b) “desempeñe una función pública [...] o preste un servicio público”; o (c) “[sea] definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado parte”.

Un rasgo común de los sistemas estudiados radica en que, en su mayoría, los elementos esenciales de la conducta de “abuso de funciones”, tal y como se consagra en el art. 19 de la CNUCC, se encuentran presentes en diferentes delitos y, solo algunos sistemas cuentan con la prescripción general y residual que sugiere la CNUCC.

En concreto, en torno al prevaricato cabe destacar que, al ser un delito especial propio, únicamente puede concebirse como sujeto activo a un funcionario o empleado público. Sin embargo, en los casos de Argentina y Perú se precisa que la conducta sólo puede ser perpetrada por funcionarios judiciales, mientras que, en países como México, Brasil y Chile, siguen la tendencia del empleado o funcionario.

Así mismo, en cuanto a la conducta típica se observa que Chile, México y Brasil tipifican expresamente, en tanto conducta prevaricadora, su modalidad omisiva. Estos dos últimos países exigen además la producción de un daño o la concesión de una ventaja indebida con los actos u omisiones contrarios a la ley (México), o que la actuación prevaricadora haya tenido como fin la satisfacción de intereses propios (Brasil).

Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, únicamente Chile prevé la modalidad culposa, tanto para la modalidad administrativa como para la judicial.

En relación con las penas, como ya se anotó, su intensidad y clases varían. Así, por ejemplo, en Argentina, siguiendo el modelo español, el prevaricato se sanciona con multa e inhabilitación, y sólo cuando la sentencia sea condenatoria en causa penal, la pena es de prisión entre tres y quince años. En cuanto a México, la pena de prisión

por prevaricato se distingue según sea comisiva u omisiva: la primera entre cuatro a diez años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días, y la segunda, entre tres a ocho años y treinta a cien días de multa. Por su parte, en Perú y Brasil también se prevén penas privativas de la libertad, respectivamente, de tres años y no mayor a cinco (Perú), y de tres meses a un año y multa, con la eventual agravante relativa al lugar de desempeño del cargo (Brasil).

Con todo, cabe resaltar que únicamente Chile parece no reproducir con precisión el tipo penal descrito en el art. 19 de la CNUCC, puesto que si bien, a través de las figuras del prevaricato administrativo y judicial, pudiese entenderse parcialmente su adecuación, tales figuras resultan ser restrictivas en cuanto a las conductas tipificadas y, por tanto, no funcionan como tipo residual que impida lagunas de punibilidad relacionadas con actos de corrupción.

En cuanto a los ordenamientos analizados que prevén una figura típica cercana o analógica al *nomen iuris* “abuso de las funciones o del cargo”, se observa que Argentina y Perú la incluye en los delitos contra la administración pública, mientras que México la consagra explícitamente en el título relativo a los delitos por hechos de corrupción. El sujeto activo en cada uno de estos sistemas, por cuanto se tratan de delitos especiales, únicamente puede ser el funcionario o servidor público. Además, Argentina parece ser el único que, además de la modalidad comisiva, incluye la omisión de las funciones.

En cuanto a las penas, en los tres países que prevén específicamente un delito similar al “abuso de funciones”, la conducta se reprime con penas privativas de la libertad similares. Al respecto, en el caso de Perú y Argentina se advierte que el tipo “general” de “abuso de funciones” no consagra “el fin de beneficio para sí mismo para otra persona o entidad”. Sin embargo, ello no conlleva un obstáculo para la aplicación de la disposición convencional, dado que, si bien así se pierde especificidad en la represión de la conducta, lo cierto es que se satisface la pretensión de amplitud que anima el tipo previsto en el art. 19 de la CNUCC.

Lo contrario, no obstante, ocurre respecto del elemento consagrado en el ordenamiento peruano, al requerir que se “cause perjuicio a alguien”, pues el mismo no está contenido en el estándar

internacional, por lo que su inclusión restringe el alcance previsto en el mismo.

El análisis realizado a lo largo del citado capítulo pone de relieve que, tanto a nivel internacional como nacional, las conductas que encajan bajo el nombre genérico de “abuso de funciones” forman parte de un concepto de corrupción y son criminalizadas por las legislaciones penales de los ordenamientos de referencia, aunque no se hagan bajo ese mismo *nomen iuris*.

Cierto es que, en los instrumentos internacionales, la definición de “abuso de funciones” es amplia, por lo que son muy dispares los comportamientos que se pueden incluir. En los ordenamientos nacionales de referencia, por el contrario, se aprecian mayores especificaciones. Así, lo habitual es que los Estados incluyan en sus legislaciones penales un tipo penal concreto de prevaricato, junto a otros más generales relacionados con abusos de funciones cometidos por servidores públicos.

Como Romero señala, los Estados han tipificado estas conductas desde antiguo, de manera que el delito de prevaricato no tiene nada de moderno, a diferencia de lo que sucede con otros tipos penales relacionados con la corrupción, como la corrupción en el ámbito privado. Además, como los Estados cuentan desde hace años con tipos penales que recogen los abusos de funciones, se puede afirmar que todos cumplen con los requerimientos internacionales, los cuales, por cierto, solo instan a los Estados a considerar su tipificación, pero no les obliga a criminalizar estas conductas.

Por lo que respecta a la necesidad de la existencia de estos tipos delictivos para una lucha más eficaz contra la corrupción, el autor afirma que no es posible afirmar que todo acto de abuso de las funciones del cargo o prevaricación pueda constituir un acto de corrupción. Los elementos de este delito, tanto en su modalidad administrativa o judicial, activa u omisiva, no necesariamente conllevan que su comisión pueda constituir o bien una actividad relacionada con el COT o simplemente corrupción.

Sin embargo, Romero considera que, en razón del carácter residual, subsidiario y auxiliar del tipo de “abuso de funciones”, tal y como está previsto en el art. 19 de la CNUCC, la recomendación de

su consagración e implementación puede ser una herramienta útil para colmar las lagunas de impunidad que puedan existir por la especificidad de tipos más restringidos y tradicionalmente asociados a la lucha contra el COT. Por ello, su tipificación debería permanecer en los ordenamientos que así lo prevén, y debería incorporarse en los que no lo tienen aún, pues se trata de un tipo penal que sirve para cubrir un elenco de conductas que quizá no encontrarían respuesta en los delitos más clásicos de corrupción, como el cohecho y la malversación, o incluso en algunos más modernos como el tráfico de influencias.

En la medida en que la CNUCC y otros instrumentos internacionales no establecen una obligación de criminalización del abuso de las funciones del cargo, resulta claro que la tipificación de la conducta tiene como condición de posibilidad el marco dado por la política criminal de cada uno de los Estados parte. Los países latinoamericanos de referencia en el estudio, o bien han optado por su adopción mediante una cláusula general (que complementa otros tipos penales más específicos relativos a conductas corruptas, o bien han acogido el delito de prevaricato como el tipo que cubriría aquellos elementos. De ese modo, en principio, ante la clara evidencia de un mínimo de criminalización se podría considerar que los países latinoamericanos habrían avanzado en el cumplimiento de los parámetros internacionales de tipificación, más allá de si constituyen o no verdaderos deberes.

No obstante, dada la naturaleza poco uniforme del concepto “abuso de funciones”, existen variaciones entre los sistemas estudiados que, como Romero señala, invitan a reflexionar desde el ámbito de la política criminal, y con base en estudios empíricos, sobre cuestiones tales como:

1. La necesidad, o no, de una adecuación legislativa nacional más precisa al estándar trazado por la CNUCC para combatir específicamente la corrupción y, en concreto, el COT.
2. Las ventajas o desventajas de la formulación de un tipo general, residual y subsidiario, de diversos tipos penales concretos y restrictivos, o de una combinación de ambos.

3. Las ventajas o desventajas de la tipificación del “abuso de funciones del cargo” de cara a los eventuales problemas probatorios que puedan presentar otros tipos penales más restrictivos que protegen la administración pública;
4. La potencial eficacia, tanto material como simbólica, de una eventual modificación de los actuales tipos que cobijan o recogen el abuso de funciones del cargo en el marco de la actual lucha contra la corrupción y el COT, determinando cómo y en qué medida una regulación así puede efectivamente cerrar lagunas de impunidad.

En esta misma línea y en cuanto al modelo colombiano se refiere, puede sostenerse a través de la implementación de una cláusula general y de tipos penales concretos, que es consistente con la implementación de las recomendaciones previstas en el art. 19 de la CNUCC.

Sin embargo, a pesar de lo expresado, para emprender los esfuerzos de prevención y represión efectiva contra la corrupción y el COT, Romero recomienda llevar a cabo estudios de política criminal que permitan dar cuenta de la necesidad, o no, de una modificación o adición al CP colombiano, que permita atender supuestos de hecho específicos relacionados con las cuestiones abordadas⁵.

⁵ En particular, atendiendo que desde el parámetro internacional se busca, a través del tipo “abuso de funciones del cargo”, facilitar las labores de investigación y el debate probatorio de actos de naturaleza o fenómenos de corrupción residual, podría considerarse, o bien la inclusión de un tipo penal autónomo que permita cerrar las puertas a las lagunas de impunidad de las conductas más restrictivas hoy en día consagradas en el ordenamiento jurídico, en claro y cierto apego al principio de legalidad; o, en su defecto, la inclusión de una agravante para los tipos de prevaricato o del abuso de la función pública, que tengan como común denominador maximizar la disuasión de aquellos comportamientos que, pese a tener una naturaleza corrupta, puedan quedar en resquicios de interés para el derecho penal por falta de una regulación lo suficientemente específica o particularmente general.

8. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO

Debido a la preocupación generalizada de que el enriquecimiento ilícito (EI) pueda ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, especialmente cuando se conjuga con la criminalidad organizada, Del-Carpio-Delgado subraya en el capítulo 6 que, un adecuado tratamiento de la corrupción y el COT a nivel nacional e internacional, permite establecer los mecanismos necesarios para la lucha anticorrupción.

A estos efectos, el art. 20 de la CNUCC prevé que cada Estado parte considere la posibilidad de tipificar como delito el EI, cuando se cometa intencionalmente el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos, que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Curiosamente, como pone de manifiesto Del-Carpio-Delgado, la tipificación como delito del EI no ha sido generalizada, pudiéndose distinguir entre los Estados que han decidido no tipificarlo como delito y otros que sí lo contemplan. En concreto, han sido los países miembros de la OEA quienes por primera vez plantearon la necesidad de contemplar la tipificación como delito del EI dentro de un tratado que vinculara a todas las Partes. En este sentido, la CICC (1996) obliga a todos los Estados parte que aún no lo hayan hecho, a contemplar medidas penales para castigar 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. Similar disposición con el mismo efecto vinculante se encuentra en la CUAC de 2003.

A nivel global, la Convención de Mérida también contempla el delito de EI como un instrumento más para contrarrestar la corrupción, pero con la particularidad de que los Estados parte no están obligados a incorporarlo a sus legislaciones internas. Este diferente grado de vinculación y las reticencias de un importante sector doctrinal sobre su compatibilidad con los principios básicos del derecho, ha supuesto que no esté contemplado en muchas legislaciones nacionales, especialmente las del continente europeo, aunque últi-

mamente esta tendencia esté cambiando. De hecho, como señala la autora, el delito de EI puede ser considerado como un instrumento necesario para contrarrestar la corrupción asociada al COT, cuando hayan fracasado otros diseñados para el mismo fin. Por ello, con muy buen criterio, considera necesario seguir ahondando en el análisis de su configuración, tanto de sus elementos típicos, como en el de sistema de penas.

Sobre este último aspecto llama especialmente la atención la disparidad de los marcos penales. De esta manera, no se trata de contemplar penas más severas, sino, por el contrario, que estas respeten el principio de proporcionalidad, que en algunos sistemas jurídicos ostenta rango constitucional. Por esta razón, marcos penales como los previstos en la legislación colombiana, que contempla para el tipo básico de EI una pena de prisión de hasta 15 años, constituyen infringen, para Del-Carpio-Delgado, este principio. Este es el caso del sistema colombiano, donde la gravedad de esta pena es fruto de un sistema penológico caracterizado por contemplar penas de prisión excesivamente largas, que distan mucho de ser respetuosas con el principio de humanidad y resocialización, de raigambre constitucional.

En el otro extremo están las legislaciones que prevén penas especialmente benévolas en comparación con las previstas para algunos delitos comunes. Esta situación no es extraordinaria si se tiene en cuenta que, tradicionalmente, las penas contempladas para los delitos cometidos por los trabajadores o empleados públicos han sido especialmente indulgentes en comparación con las previstas para la pequeña delincuencia patrimonial cuyo sujeto activo, la mayoría de las veces, pertenece a la clase social más desfavorecida. Por ello, sin pretender proponer la reformulación de todo el sistema penológico de cada uno de los países de referencia, la autora cree conveniente analizar los marcos penales previstos para el EI teniendo muy en cuenta la injerencia del crimen organizado especialmente en América Latina.

En el caso concreto de Colombia existe un complejo y extenso marco normativo para atajar todas las aristas de la corrupción, dentro de las que se encuentra el EI. Lo mismo cabe decir del resto de países, especialmente los del ámbito latinoamericano que, con ma-

yor o menor acierto, han legislado para contrarrestar este fenómeno criminal. En consecuencia, se puede afirmar que, a pesar de la existencia de suficientes leyes, el problema está en que muchas veces no hay personas que pueden hacerlas cumplir y cuando las hay estas no tienen los medios necesarios.

Utilizando el soborno, la coima, la mordida o como se le quiera llamar, la criminalidad organizada, sea o no transnacional, convierte a algunos funcionarios o trabajadores públicos en sus cómplices que, sin necesidad de formar parte activa de una determinada organización criminal, terminan influyendo en los poderes públicos. Consecuentemente, si la corrupción llega a cualquier trabajador o empleado público que, como operador de justicia, debe hacer cumplir la ley, entonces las leyes terminan siendo papel mojado. Esto no quita que también existan funcionarios o trabajadores públicos dispuestos a ejercer de forma honesta la función que tienen encomendada, pero, lamentablemente, no disponen de la infraestructura, especialmente tecnológica, para hacerlo.

Esto es fundamental porque, como señala la autora, atajar la impunidad de quienes asumen la función pública ha de constituir una prioridad si no se quiere que la población siga perdiendo, cada vez más, la credibilidad en los sistemas democráticos.

9. EL COHECHO EN EL SECTOR PRIVADO

Como De la Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola afirman en el capítulo 7, si el interés internacional por la lucha contra la corrupción pública es reciente, más aún lo es el de la lucha contra formas semejantes de abuso de poder aplicadas en los negocios o, en general, en el sector privado: práctica contemplada en el art. 21 de la Convención de Mérida, que no encuentra reflejo en los demás textos internacionales relevantes en materia de corrupción, centrados fundamentalmente en la corrupción en el sector público (salvo en el ámbito regional europeo).

En los sistemas analizados, los tipos penales de cohecho, corrupción o soborno activo entre particulares se configuran como tipos mixtos alternativos de mera actividad, consistentes en la promesa,

ofrecimiento o concesión de beneficios o ventajas, sin que requieran para la consumación la efectiva producción de los fines reflejados por el tenor típico: el perjuicio de la entidad en algunos sistemas (como el colombiano) o, en general, el favorecimiento indebido.

Ahora bien, los autores estiman que los términos utilizados no resultan apropiados para alcanzar al soborno subsiguiente; solo en el caso de Chile se cubre la corrupción subsiguiente, al incluir, acertadamente, junto al hecho de favorecer, el de haber favorecido la contratación de un oferente frente a otro.

La conducta típica, que por su propia naturaleza viene a incidir en el marco de las actividades o relaciones comerciales o de servicio propias de la entidad a la que el sujeto pasivo de la acción se encuentra ligada, puede llevarse a cabo, con carácter general, tanto de forma directa como indirecta y en beneficio propio o de un tercero. Por lo demás, el beneficio o ventaja no precisan ser de naturaleza económica.

El delito de corrupción activa entre particulares se castiga en los sistemas analizados penas privativas de libertad y multa. Se observa, en todo caso, una distancia en cuanto a la horquilla de la pena privativa de libertad prevista para los tipos básicos en los ejemplos europeos y latinoamericanos de referencia (donde el límite superior de la pena oscila entre 3 y 4 años) y con respecto de la regulación colombiana, que para los mismos supuestos básicos establece una pena privativa de libertad de 4 a 8 años. También se prevén penas de inhabilitación y, en España, penas para las personas jurídicas (no para el caso de Colombia, donde no se reconoce la RPPJ).

En cuanto su utilidad en la lucha contra la criminalidad organizada se refiere, el soborno en el sector privado no es uno de los delitos específicamente contemplados por la Convención de Palermo. Además, en los sistemas nacionales analizados, tampoco se encuentren disposiciones específicas que conecten ambos fenómenos delictivos.

En todo caso, el art. 286 *quater* (c) del CP español contempla como uno de los supuestos de especial gravedad, constitutivo de tipos cualificados, el que “se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”, lo que abre paso a la imposición de “la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior

en grado”. Por ello, y en la línea de lo previsto por esta disposición, parece recomendable —y así se indica en el capítulo siguiente— aunar junto a la aplicación de las medidas específicas de lucha contra este tipo de criminalidad, la previsión, entre los tipos cualificados, los casos en que los hechos se cometan en el seno de una organización o grupo criminal, en particular si la aproximación se efectúa en clave transnacional.

En aquellos sistemas que incluyen incriminaciones específicas relativas a la corrupción pasiva en el sector privado (en los EE.UU. solo indirectamente pueden encontrarse a nivel federal tipos penales en leyes sectoriales aplicables a este tipo de comportamientos), predomina su ubicación sistemática en el CP (este es el caso de España, Chile, Colombia y Perú).

De la Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola abogan por esta opción político-criminal que parece preferible a la de su inserción en leyes sectoriales o en el propio Código Civil (como en Italia), tanto desde el prisma técnico, pues los tipos penales en materia de corrupción no presentan propiamente problemas de accesoriedad, como desde el plano de prevención general positiva. Su inserción entre los delitos contra el orden (socio)económico, ampliamente compartida en los sistemas estudiados, parece igualmente apropiada.

Con carácter general, en los sistemas analizados por los autores el delito de soborno pasivo entre particulares se configura, correctamente, como un delito especial, requiriendo para su realización de determinadas calidades o relaciones en el sujeto activo que, sustancialmente, se reconducen a la condición de directivo, apoderado, administrador o gestor, trabajador (y demás personas sujetas a la dirección o supervisión de las anteriores), mandatarios, asesores, auditores y otros colaboradores externos.

En un delito principalmente centrado en la tutela del orden socioeconómico, si bien se echa en falta, en no pocos casos (como, por ejemplo, España, Chile y Colombia), la ausencia de referencias explícitas a los empresarios, socios o accionistas y titulares de la entidad o empresa, que deberían poder ser igualmente sujetos activos de

este delito. En este sentido, cabe mencionar que el sistema peruano incluye entre los sujetos activos a los socios y accionistas.

También la naturaleza o clase de la entidad a la que debe encontrarse ligado el sujeto activo es objeto de amplia delimitación por algunos tipos penales. Estos se fijan fundamentalmente en empresas, consorcios de empresas, sociedades o entidades de naturaleza análoga (incluso no inscritas o irregulares (Perú)) y personas jurídicas (en general, de derecho privado), aunque no necesariamente con ánimo de lucro.

Los tipos penales en los sistemas analizados configuran la conducta de soborno pasivo como un tipo mixto alternativo de mera actividad, consistente en el hecho de la recepción, solicitud o aceptación, para sí o para terceros, del beneficio o ventaja, del ofrecimiento o de la promesa de obtenerlo, lo que en algunos sistemas ha de hacerse en perjuicio de la entidad (como se identifica en Colombia) o más extendidamente a cambio de un favorecimiento indebido.

De la Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola no consideran, en todo caso, necesario para la consumación que se produzca el favorecimiento efectivo, o un resultado o perjuicio de una persona o sociedad, sino que basta con una actuación tendencialmente dirigida a ello. Tampoco han de quedar impunes las solicitudes no aceptadas.

Con todo, en todos los sistemas analizados, se hallan, además del soborno pasivo punible entre particulares, algunos supuestos habitualmente presentes en el cohecho pasivo de funcionarios públicos, como el cohecho por recompensa o el cohecho por facilitación. En cuanto a la corrupción subsiguiente entre particulares —igualmente olvidada en no pocos de los sistemas analizados—, está, en todo caso, cubierta en Chile por la acertada referencia explícita no solo al favorecer, sino también al “haber favorecido” la contratación de un oferente frente a otro.

La conducta típica debe tener lugar en el marco de las actividades o relaciones comerciales o de servicio propias de la entidad a la que el sujeto activo se encuentra ligada, y se admite generalmente que su realización sea de forma directa o indirecta, esto es, “por persona interpuesta” (como en España, Colombia o Perú) y en beneficio propio o de un tercero.

El beneficio o ventaja puede consistir en dinero u otros beneficios de cualquier naturaleza, no necesariamente económica (España, Chile, Perú, Colombia): caben también, por tanto y de conformidad con lo expuesto por los autores, los favores sexuales, la concesión de honores, la promoción política o profesional, etc., siempre que sean idóneos para influir en la toma de decisiones por parte del sujeto activo, como se indica expresamente para el supuesto de Perú.

Es en cualquier caso exigencia típica general el que se trate de un beneficio o ventaja “indebido” (Italia, Perú y Chile, aunque en el caso chileno no se recoja expresamente), o “no justificado” (España y Colombia), esto es, que no corresponde recibir a quien lo solicita, acepta o recibe, algo que las más de las veces suele reconducirse a la actuación en infracción de sus deberes del cargo o de lealtad. Esta referencia al incumplimiento de sus obligaciones fue, sin embargo, eliminada en 2015 en España con el fin de evitar que el consentimiento del empleador o titular de la empresa pudiera determinar la impunidad de la recepción de beneficios violando las reglas de la competencia leal.

El delito de soborno pasivo entre particulares se castiga en los sistemas analizados con penas privativas de libertad y de multa. En los ejemplos europeos y los sistemas latinoamericanos de referencia las penas privativas de libertad previstas para los tipos básicos alcanzan un máximo de 3-4 años. Colombia se separa, sin embargo, de esta tendencia estableciendo una horquilla penal para la pena privativa de libertad de los tipos básicos que oscila entre los 4 y 8 años.

También se prevén penas de inhabilitación y, en España, las mismas penas para las personas jurídicas ya contempladas respecto de la corrupción activa.

Por su parte, en lo relativo a la vinculación de estas conductas con el COT, la corrupción pasiva en el sector privado no se encuentra entre los delitos específicamente contemplados por la Convención de Palermo y los sistemas nacionales analizados tampoco cuentan con disposiciones específicas al respecto. No obstante, en el art. 286 *quater* (c) del CP español, al igual que en el caso de la corrupción activa entre privados, prevé que el que “se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal” constituye uno de

los supuestos de especial gravedad, que permiten la imposición de “la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

En todo caso, De la Cuesta Arzamendi, Blanco Cordero & Odriozola consideran necesario, para cubrir posibles lagunas de punibilidad, incluir entre las conductas típicas las constitutivas de cohecho, corrupción o soborno pasivo subsiguiente, siguiendo el ejemplo en este sentido de Chile.

En cuanto a las penas, dado que, en Colombia, la pena prevista para la modalidad pasiva es la misma que para la modalidad activa, lo señalado sobre el límite máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo básico, resulta aplicable también en este caso. De esta manera, debería reconducirse el límite máximo de 8 años de la regulación colombiana a los límites máximos de 3 y 4 años previstos en el resto de sistemas analizados.

Además, sería igualmente beneficioso, el que los distintos sistemas legales contemplaran, en consonancia con sus principios jurídicos, la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho (soborno) en el sector privado, tanto en su modalidad activa como pasiva.

Finalmente, en relación con el crimen organizado, y en la línea de lo previsto por el art. 286 *quater* (c) del CP español ya mencionado, es recomendable la tipificación como supuesto cualificado, de la realización de los hechos en el seno de una organización o grupo criminal, así como la aplicación a los mismos de las medidas específicas de lucha contra este tipo de criminalidad.

10. MALVERSACIÓN O PECULADO EN EL SECTOR PRIVADO

En el título del capítulo 8, Benito Sánchez & Gil Nobajas optan por el uso de los términos de malversación y peculado en el sector privado. La elección no es inocua, en tanto son los que precisamente aparecen en la CNUCC, pese a que son términos que pueden tener significados diversos en los ordenamientos nacionales; razón por la

cual, es muy difícil establecer un concepto unívoco. Asimismo, a juicio de las autoras son dos figuras delictivas que, de manera general, se pueden incluir en las expresiones que utiliza la CNUCC, a saber: la apropiación indebida y la administración desleal, por utilizar una terminología más comúnmente recogida en las legislaciones analizadas.

El primer delito consiste en realizar actos de apropiación de las cosas ajenas recibidas; es decir, actuar respecto de ellas como si fueran propias. El segundo delito no implica la apropiación de los bienes, pues esto encajaría en el delito anterior, sino que consiste en excederse en el ejercicio de las facultades de administración sobre un patrimonio ajeno generando un perjuicio. Con todo, las definiciones de los tipos penales varían de unos sistemas jurídicos a otros, como se explica en los apartados correspondientes de este capítulo.

Todos los países latinoamericanos de referencia incorporados en este capítulo prevén en sus ordenamientos jurídicos tipos penales que castigan esas conductas que el art. 22 CNUCC denomina malversación o peculado en el sector privado. Distinguen, sin entrar en especificaciones sobre tipos atenuados o agravados, dos modalidades delictivas, como también lo hace la legislación española, analizada igualmente en clave comparativa: las conductas de apropiación indebida de cosas muebles ajenas, y las conductas de administración desleal o fraudulenta de patrimonios ajenos.

Por lo que respecta al delito de apropiación indebida, en los sistemas analizados se configura como un delito especial, puesto que solo lo puede cometer quien previamente tiene la legítima posesión de la cosa, pero no la propiedad, porque la ha recibido por un título que le obliga a devolverla o entregarla. Los distintos preceptos mencionan, tal y como se ejemplifica, alguno de estos títulos (como el depósito o la comisión), aunque también se aprecia que en ocasiones el título de administración se incluye, expresamente, en el delito de apropiación indebida, como ocurre en Argentina, Chile, y Perú, con la particularidad de que Perú es el único lugar de todos los sistemas jurídicos analizados donde ambos delitos se castigan con distinta pena. En este último país, se agrega, además, el hecho de haber recibido la cosa “para hacer un uso determinado”.

La conducta típica se suele identificar con el verbo apropiar. En los sistemas latinoamericanos no se castiga el hecho de negar haber recibido la cosa, como sí lo hace España. Normalmente se exige el perjuicio para el titular del bien jurídico, el patrimonio ajeno, aunque no lo prevén así el ordenamiento brasileño y el peruano. En todos los ordenamientos se castiga solo la modalidad dolosa, no la imprudente. Y, en general, se exige un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro o el *animus rem sibi habendi*.

El delito de administración desleal, por su parte, no es tan similar en los ordenamientos de referencia como se ha podido constatar. Todos comparten el hecho de que se trata de un delito especial por razón del sujeto activo. En el caso de Argentina y Chile, al igual que España, el sujeto debe estar a cargo de la gestión del patrimonio ajeno por disposición de la ley, de la autoridad o de un acto jurídico, como en el caso español. México amplía esta exigencia a “por cualquier motivo”. Brasil, sin embargo, limita la realización de este delito de administración desleal a quien es director, gerente o supervisor de una sociedad anónima (en la línea con la incriminación del *embezzlement* del *US Code*), aunque en este último caso también se exige que, además, el sujeto activo disponga del objeto material por razón de su cargo.

Perú solo considera sujeto activo a quien tenga funciones de administración o representación de una persona jurídica. Esto implica que, tanto en Perú, como en Brasil, solo puede ser sujeto pasivo del delito de administración desleal una persona jurídica (en el caso concreto de Brasil, una sociedad anónima), pero no una persona física, lo que parece configurar este delito fundamentalmente como delito societario, similar a la regulación española anterior a la reforma del CP de 2015 y a los textos internacionales que se refieren a esta materia.

El art. 22 CNUCC, aunque no especifica la conducta típica (lo que permite integrar tanto supuestos de apropiación indebida como de administración desleal), define el sujeto activo con una doble condición: (a) tratarse de una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella; y (b) que tenga confiados los bienes, fondos, títulos privados o cualquier otra cosa de valor por razón de su cargo. Delimitación similar a la que prevé

la Propuesta de Directiva anticorrupción analizada en el capítulo 8, al exigir que el sujeto tenga cualquier posición en una entidad del sector privado y, cumulativamente, tener encomendadas facultades de disposición sobre los bienes.

En esta misma línea, una diferencia reseñable de los sistemas jurídicos analizados es la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica, pues no siempre tiene por qué ser perjudicada por estos delitos, sino beneficiada por su comisión. Únicamente EE.UU., Chile y México permiten considerarla como sujeto activo. Ello sin perjuicio de la posible responsabilidad por vía administrativa en que pudieran incurrir conforme a su legislación doméstica en los países donde no se ha consagrado la RPP, o no se prevé para los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En todos los países analizados, este delito solo se castiga en su modalidad dolosa. Y algunos, como Argentina y México exigen un elemento específico, como el ánimo de lucro.

Las penas de cada delito difieren notablemente de unos ordenamientos a otros, aunque en todos se prevé la imposición de penas de prisión. En algunos, además, se agrega la multa. Todos los ordenamientos prevén en el castigo de la tentativa y de distintas formas de participación en el delito, en línea con la CNUCC, aunque no todos prevén el castigo de los actos preparatorios. Igualmente, todos permiten el decomiso del producto que derive de estos delitos.

La regulación de Colombia en materia de malversación en el sector privado cumple con las exigencias del art. 22 CNUCC. Como explican Benito Sánchez & Gil Nobajas, el CP colombiano recoge dos delitos que se corresponden con aquello que pretender criminalizar la CNUCC en el ámbito privado: la apropiación ilícita de bienes muebles ajenos y la gestión fraudulenta de patrimonios ajenos. Ambas figuras delictivas se asemejan a las que se contemplan a los ordenamientos de los países de referencia adoptados en este trabajo.

Respecto del primer delito, el de apropiación indebida, que en el CP colombiano se denomina “abuso de confianza”, se configura como un delito especial, como en todos los ordenamientos analizados, pues es necesario que el sujeto activo haya recibido la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio. Y como sucede en los

demás sistemas, el sujeto pasivo —el titular del patrimonio— puede ser una persona física o una persona jurídica.

Igualmente, coincide con el resto de regulaciones en lo concerniente al objeto material, que se limita a cosas muebles ajenas. Coincide también con otros ordenamientos, como el brasileño, el mexicano o el peruano, en la no exigencia expresa de un perjuicio, que si es necesario en los ordenamientos argentino, chileno y español.

Asimismo, es igual al resto de países de referencia el tipo subjetivo del art. 250-B CP colombiano, que exige dolo y un elemento subjetivo específico, el *animus rem sibi habendi*.

La regulación colombiana difiere de otras, sin embargo, en los tipos atenuado y agravado. Por ejemplo, el CP colombiano castiga con menos penas estos supuestos en los que el autor no se apropia de la cosa ajena, sino que simplemente hace un uso indebido de ella, siempre en perjuicio de un tercero. En el resto de ordenamientos, los tipos atenuados normalmente se relacionan con el valor de la cosa. Tal es el caso de España, por ejemplo, que aplica el delito leve de apropiación indebida cuando el valor no excede de 400 euros. También se centran en el monto de la cosa los ordenamientos chileno y mexicano.

El tipo agravado del CP colombiano tiene diferencias y similitudes con otros ordenamientos. Por ejemplo, al igual que el CP de Brasil, en Colombia se agrava la pena si la cosa mueble ajena se ha entregado como depósito necesario. Además, como sucede en sistemas como el chileno, el mexicano o el español, en Colombia también se agrava la pena por razón de valor de la cosa como prevé el art. 267 del CP (la agravación tiene lugar cuando el valor supere los cien salarios mínimos y es aplicable a todos los delitos contra el patrimonio económico).

Por lo que respecta al delito de administración desleal o fraudulenta, se observan también diferencias y similitudes con el resto de legislaciones, aunque quizá aquí sean más las diferencias. Cuestión común es el hecho de que el delito se configure como un tipo penal especial por razón del sujeto activo. Sin embargo, las cualidades específicas exigidas a las personas para ser sujetos activos no son las mismas. Por ejemplo, en el caso de Chile o España se exige que el

sujeto activo tenga encomendada la gestión de un patrimonio ajeno por ley, por la autoridad o por un negocio jurídico (y en el caso de México, “por cualquier motivo”). Y en Colombia, sin embargo, como en Argentina, Brasil y Perú se exige a diferencia, que el sujeto activo sea administrador de una sociedad, como sucedía en la legislación española antes de la reforma realizada en el año 2015 y se adscriben, además, los textos internacionales en la materia.

En el delito de administración desleal existe también una importante diferencia en el tipo subjetivo pues el CP colombiano exige un elemento subjetivo específico: el ánimo de lucro propio o ajeno, que no se exige en ninguna otra legislación de referencia salvo en la mexicana.

Sin embargo, quizá la diferencia más llamativa entre la regulación colombiana y la del resto de países, como señalan las autoras, es que Colombia castiga con distinta pena estas dos modalidades delictivas. Solo Perú mantiene esta distinción que en otros países (Argentina, Brasil, España, México) ya no se observa.

Colombia, como el resto de sistemas, castiga la tentativa de estos delitos y diversas formas de participación, si bien, no castiga los actos preparatorios. Tampoco la CNUCC exige su castigo, sino que solo se lo plantea a los Estados como una opción. El sistema colombiano sí prevé la aplicación del decomiso a este delito, en línea con los otros sistemas, para privar a los responsables de las ganancias ilícitas.

Los plazos de prescripción en Colombia para este delito difieren de lo previsto en otros sistemas, pero en general, son lo suficientemente amplios (al menos, en los tipos básicos y agravados) como para permitir la persecución de estos delitos y no favorecer la impunidad de los responsables.

También se observan divergencias en el tratamiento de la RPPJ por este delito. Colombia no ha previsto un sistema de responsabilidad penal, sino administrativa. En cuanto a Perú, existe un debate sobre la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien la mayoría de la doctrina se decanta por afirmar que su actual regulación está más en línea con la segunda opción. En Brasil, se ha previsto la RPPJ, pero de manera muy limitada,

solo para los delitos medioambientales, pero no para los delitos de corrupción, que se sancionan desde el derecho administrativo.

Finalmente, Argentina, Chile, España y México, que sí han incorporado a sus legislaciones penales la responsabilidad de las personas jurídicas con un sistema *de numerus clausus*, también difieren en cuanto al tratamiento de estos delitos, pues en Argentina y España estos delitos no están dentro del listado atribuible a entes con personalidad jurídica, mientras que sí lo están en Chile y México. En todo caso, en estos países es difícil imaginar que una persona jurídica vaya a responder por estos delitos pues, normalmente, la persona jurídica será la perjudicada en su patrimonio, por lo que no se cumpliría el requisito de que se vea beneficiada, para poder hacerla así responsable.

Del análisis realizado en el capítulo se colige que estos dos tipos penales podrían tener una importancia relativa en la lucha contra la corrupción, tanto la pública como la privada. Eso es así desde la perspectiva de que las conductas analizadas en ocasiones aparecerán como delitos instrumentales para perpetrar los delitos de cohecho en el sector público o de corrupción en el sector privado.

El ejemplo más evidente que se expone en el texto es el del administrador de un patrimonio ajeno, como puede ser el patrimonio de una sociedad, que destina parte de este al pago de un soborno, siempre que eso genere un perjuicio al patrimonio administrado, requisito que se exige en todos los ordenamientos analizados. Se estaría en este caso ante un delito de administración desleal, que sería el delito-medio para cometer el delito-fin, que sería el delito de cohecho en el sector público o la corrupción privada. Es decir, se trataría de una concurrencia de conductas delictivas que habrían de resolverse en cada sistema por las normas sobre los concursos de delitos.

Esta hipótesis con la que trabajan Benito Sánchez & Gil Nobajas resulta coherente con los sistemas jurídicos analizados que, incluso habiendo consagrado la RPPJ, excluirían su previsión a estos delitos, en la medida en que la entidad titular del patrimonio perjudicado; en definitiva, los accionistas o socios, serían los afectados por el delito. De otra forma, se está ante un ámbito delictivo de atribución de responsabilidad a los administradores por el perjuicio causado a la

propia entidad y, por ello, a los accionistas o socios cuyo patrimonio gestionan.

Este planteamiento, abre la puerta a la íntima conexión entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal con el fenómeno de la corrupción pública y privada, incluida la asociada al COT, a la luz de su caracterización como delitos societarios a la que parece adscribirse los textos internacionales universales y regionales en la materia, y que algunos ordenamientos jurídicos han seguido en la incriminación de estas conductas.

Sin duda, derivado de las graves consecuencias económicas, políticas y sociales producidas en estos ámbitos se ha puesto el epicentro en el debate tanto sobre la necesidad de establecer reglas de funcionamiento del mercado, especialmente en el ámbito de la actividad financiera, como particularmente la necesidad de implementar en el ámbito de las empresas sistemas de cumplimiento. Herramienta, por otro lado, que puede ayudar también a tener una mayor eficacia en términos de lucha contra la criminalidad organizada.

11. REFLEXIONES FINALES

Para concluir este capítulo, y a la luz de lo expuesto en las secciones anteriores, se ofrecen a continuación unas reflexiones finales sobre las cuales se asienta el capítulo siguiente, relativo a las recomendaciones para la lucha contra la corrupción desde la parte especial del derecho penal en la región latinoamericana, en general, y para Colombia, en particular.

1. La magnitud que ha adquirido la corrupción en el momento actual, estrechamente vinculada al COT, obliga a una revisión de las políticas preventivas y represivas del fenómeno para adecuarlas a los desafíos identificados por los diversos autores a lo largo de esta obra. Téngase en cuenta que durante décadas habíamos asistido en la región a una completa desatención de la corrupción, lo que, sumado a su potencialidad lesiva más allá del ataque al correcto funcionamiento de la administración pública —tradicional bien jurídico que se pretendía tutelar con los tipos penales que han sido objeto

de análisis en esta obra—, había contribuido al empoderamiento de ciertas estructuras criminales que arraigaron en diversos ámbitos, aspirando a prevalecer como un mal crónico. De ahí que hoy nos encontremos con un escenario de corrupción sistémica que necesita un abordaje diferente al enfoque clásico, que partía de la idea de que la corrupción era un problema de “manzanas podridas” dentro de las organizaciones públicas o privadas en las que se manifiesta, es decir, de ciertas conductas individuales realizadas con el fin de obtener un beneficio indebido.

2. Para abordar la corrupción en el momento actual, estrechamente vinculada con el COT, se necesita desarrollar una nueva política contra la corrupción que tenga como objetivo debilitar —o, si es posible, eliminar por completo— las estructuras criminales que se aprovechan de su posición en el sistema para hacerse con el poder y seguir beneficiándose de los rendimientos de sus actividades delictivas, seguras como están de su impunidad, bien porque han corrompido a los organismos encargados de la investigación y enjuiciamiento, bien porque sin haberlo hecho, estos organismos, por razones diversas, no cuentan con los recursos necesarios para llevar a cabo su cometido.
3. Este ambicioso objetivo encuentra en su camino, sin duda, innumerables obstáculos. La inacción política a la que hemos asistido durante décadas, y que parece continuar en algunos lugares de la región latinoamericana, es uno de los principales hándicaps a superar. Para lograrlo, es indispensable que la ciudadanía reaccione frente a los corruptos, pues solo de ese modo la clase política se planteará reformas para encarar el problema. En el momento actual, los niveles de desafección política entre la población son notables, y esta desafección tiene entre sus causas más evidentes la corrupción. De ahí que se pueda afirmar que la corrupción erosiona las instituciones democráticas pues los ciudadanos dejan de confiar en los representantes públicos, dando lugar al desgobierno de lo público. Por ello, no es exagerado afirmar que la corrupción es un riesgo para la democracia y para el Estado de derecho.

4. En este contexto es necesario, como plantean los autores de esta obra, contar con un acervo jurídico-penal suficiente para combatir la corrupción asociada al COT de manera efectiva. Y ello porque la fortaleza o la debilidad de un ordenamiento jurídico para hacer frente al delito —en este caso, la corrupción— depende en gran medida de su política criminal, que habrá de incluir estrategias preventivas y de castigo. Es aquí donde entra en juego el CP, pieza central de todo el andamiaje punitivo del Estado constitucional, a través del cual se castigan las conductas que se consideran más intolerables en la sociedad. Precisamente, en esta obra se han analizado los códigos penales y otras leyes penales de los países de referencia para conocer cómo es la tipificación de las conductas que encajan dentro de un concepto amplio de corrupción.
5. La comunidad internacional ha sido consciente de la necesidad de un cambio en el abordaje de la corrupción desde hace más de dos décadas y, por eso, ha impulsado toda una normativa anticorrupción en diferentes foros (ONU, OCDE, Consejo de Europa, Unión Europea, Unión Africana) imponiendo a los Estados, entre otras cosas, reformas en la legislación penal para: (a) incorporar nuevos tipos penales (como, por ejemplo, la corrupción privada); (b) modificar los ya existentes, generalmente, abarcando más conductas; (c) revisar las penas (aspirando a convertirlas en eficaces, proporcionadas y disuasorias); y (d) incorporar la RPPJ por actos de corrupción. Además, aunque no haya sido objeto de esta obra, también la normativa internacional ha reclamado medidas preventivas contra la corrupción, medidas para la recuperación de activos y medidas para fortalecer la cooperación entre los Estados en la investigación y persecución de estas prácticas.
6. Los Estados, al menos, en su mayoría, han reaccionado positivamente a los mandatos supranacionales, y han llevado a cabo modificaciones de sus legislaciones penales en el sentido exigido en los diversos convenios. Pero la ciudadanía no debe dejarse engañar por reformas legales que puedan tener una finalidad puramente populista, pues la clase política es muy consciente en el momento actual de que la población

muestra una menor tolerancia hacia los comportamientos corruptos de la que mostró en épocas pasadas. De ahí que esa clase política anuncie reformas penales o, incluso, las lleven a cabo —por cierto, parecen ser que ¡más eficaces cuanto más severas sean las penas!— para sacar rédito político, pero que se quedan en puro derecho penal simbólico. Se realiza esta afirmación porque esos tipos penales no llegan a aplicarse, esencialmente, por las dificultades que encuentra la investigación penal ante delitos vinculados a estructuras tan complejas y que tienen, además, un componente transnacional.

7. El elevado grado de cumplimiento que se observa en la mayoría de los Estados respecto de la tipificación de las conductas que se proponen desde la normativa internacional no se corresponde, como se ha dicho, con su escaso nivel de aplicación. Los responsables de los actos de corrupción eluden la acción de la justicia, lo que nos lleva a afirmar que la regulación existente no es idónea para abordar el fenómeno de la corrupción. Esta situación se une al hecho, además, de que las medidas de prevención, especialmente, las de naturaleza administrativa, tampoco parecen estar funcionando en la región latinoamericana, si bien, este tema se aborda en otros volúmenes de esta colección, por lo que no se incide aquí en él.
8. La falta de aplicación de los tipos penales en materia de corrupción tiene diversas causas, entre las que está la dificultad para cooperar entre los Estados en el abordaje de un fenómeno transnacional como el que ha sido objeto de estudio en este volumen. Pero también está entre esas causas la deficiente legislación penal que se observa en algunos países. Más concretamente, a lo largo de esta obra se han puesto de manifiesto muchas carencias en la configuración de los tipos penales que dificultan después su aplicación. Incluso se ha observado a lo largo de los distintos capítulos la existencia de vacíos legales que llevan a que determinadas conductas queden impunes.

9. Sin ánimo de volver a reiterar lo ya expuesto en las secciones precedentes, algunas de las carencias más evidentes se relacionan con: (a) el concepto de funcionario público, que en algunas legislaciones es ciertamente limitado; (b) la ausencia de tipificación, en algunos ordenamientos jurídicos, de conductas como el cohecho subsiguiente, el cohecho de facilitación, el tráfico de influencias o la corrupción en el sector privado; y (c) una restricción del objeto material en algunos delitos como el de malversación, que hace que algunas conductas que se castigan en determinados sistemas, queden impunes en otros, porque el tipo penal se limita al dinero u otros bienes muebles.
10. La imprecisión de algunos tipos penales es otro de los grandes problemas observados a lo largo de esta obra. La utilización de elementos normativos un tanto ambiguos para formular los tipos penales lleva a la inseguridad jurídica o, directamente, a su inaplicación, comprometiendo así la capacidad reguladora del derecho, con el coste que ello tiene para la sociedad. Téngase en cuenta que esta inseguridad jurídica, así como los vacíos legales, no son siempre casuales, sino que pueden ser buscados por la clase política para favorecer su propia impunidad. Y, a la vez, pueden ser aprovechados por el COT para operar con la tranquilidad de quien se sabe intocable.
11. A los problemas expuestos en relación con la configuración de los tipos penales se añade otro relacionado con las penas asignadas a cada figura delictiva. A saber, se aprecian importantes divergencias en las penas de los mismos delitos (por ejemplo, el cohecho, la malversación y el prevaricato) en cada legislación. Ciertamente, como se ha puesto de manifiesto en los capítulos anteriores, las penas privativas de libertad varían notablemente de unos Estados a otros, así como también lo hacen la pena de multa y las privativas de otros derechos (como, por ejemplo, la inhabilitación para el ejercicio del cargo público y la prohibición para contratar con la administración pública).

12. Las discrepancias en la existencia de las figuras delictivas, en la configuración de los tipos penales y en las penas a imponer favorecen la impunidad pues son un obstáculo importante para la cooperación jurídica internacional. Nótese que los responsables de estas conductas vinculadas al COT hacen uso de todas las posibilidades que les otorga el mundo globalizado para eludir la acción de la justicia, como la huida a sistemas jurídicos más tolerantes con el delito. Es por esto imprescindible avanzar hacia la armonización penal, en la medida de lo posible, para que el COT no se aproveche de las diferencias legales. De ahí que, entre los desafíos actuales en la lucha contra la corrupción está el de lograr un nivel de armonización suficiente que permita a los Estados emplear de manera efectiva los mecanismos de cooperación internacional.
13. Para lograr una armonización de las legislaciones hay que revisar los instrumentos normativos internacionales existentes, pues todos tienen ya más de dos décadas. De hecho, algunos, como la CICC (1996), y la Convención de la OCDE (1997), cumplirán pronto treinta años. Es evidente que estos convenios adeudan una actualización. En el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, se ha publicado recientemente una propuesta de Directiva anticorrupción para reemplazar los instrumentos adoptados en el marco de esta organización que han quedado obsoletos⁶.
14. La adopción de nuevos instrumentos normativos actualizados y la revisión de los existentes, requiere también de la existencia de un organismo supranacional encargado del monitoreo de su implementación, con la facultad de emitir y publicar

⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM/2023/234 final).

informes de evaluación periódicos sobre el grado de cumplimiento por parte de cada Estado, dentro de los márgenes de autonomía atribuidos a estos últimos.

15. Finalmente, para lograr todo lo propuesto en las líneas precedentes, es indispensable profundizar en el conocimiento de esta realidad criminal, porque solo de este modo se podrán desarrollar instrumentos jurídico-penales más efectivos, y capaces de adaptarse a la mutabilidad de este fenómeno delictivo. Ciertamente, la elaboración de las leyes, al demandar un proceso de reflexión profunda, no siempre se alinea con la urgencia necesaria para afrontar ciertas actividades delictivas. Esto, sin embargo, no debe entenderse como una debilidad del sistema sino como lo contrario, como una oportunidad para crear marcos legales innovadores que sirvan para afrontar el COT en todas sus manifestaciones actuales y futuras. De esta manera, en lugar de optar por reformas legislativas apresuradas que, en muchas ocasiones, no dejan de ser superficiales o simbólicas, se debería contar con una normativa flexible para hacer frente a una realidad criminal en constante evolución.

Capítulo 10

***Recomendaciones para los ámbitos
latinoamericano y colombiano***

HÉCTOR OLASOLO*
DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*
DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL*
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Este volumen tiene por objeto analizar las respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) desde la parte especial del derecho penal, y se verá completado con el volu-

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora de derecho penal en la Universidad de Deusto, acreditada

men posterior de la presente colección que también está a cargo de la Red de investigación sobre respuestas asociadas al COT. Ambos volúmenes estudian las respuestas a la corrupción vinculada al COT desde la parte especial del derecho penal, poniendo el foco en dife-

en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el derecho penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de derecho penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Criminólogo y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la misma universidad. Maestría en Seguridad por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente, secretario académico de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Secretario Académico del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (OCOT) de la Universidad de Salamanca (España) y profesor de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO sede Ecuador).

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

rentes delitos¹. En este volumen se han examinado los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos, tráfico de influencias, prevaricato y abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, corrupción en el sector privado y malversación o peculado en el sector privado.

Como se ha podido ver en el capítulo anterior, dedicado a las conclusiones, aunque, en general, los países de referencia estudiados en esta obra cumplen con los estándares internacionales, que suelen recoger obligaciones de mínimos —no de máximos—, existen diferencias significativas en las regulaciones de algunos delitos analizados, lo que dificulta la cooperación jurídica internacional para afrontar un fenómeno como este, entre cuyas características esenciales está la transnacionalidad. Este hecho facilita la impunidad de los responsables y el disfrute de las ganancias ilícitas. Además, otra de las conclusiones a las que se ha arribado en este volumen es la obsolescencia de algunos tipos penales, lo que tiene como consecuencia una ineficiente persecución de los delitos en el propio ámbito nacional. También se observa que, de manera general, no se prevén especificidades en la regulación de los delitos cuando se perpetran a través de organizaciones o grupos criminales, pese a que la criminología ha constatado los vínculos entre las prácticas corruptas y el crimen organizado².

¹ Los delitos que se analizan en el siguiente volumen de esta colección son los de financiación ilícita de partidos políticos y campañas electorales, los tributarios (defraudación fiscal, fraude contable tributario y otros delitos contra la Hacienda Pública que afectan al sistema tributario), el lavado de activos, los delitos de favorecimiento real (encubrimiento, receptación y testaferrato) y los delitos relacionados con la obstrucción a la justicia. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que hace parte del Programa de Investigación 70593 de MinCiencias (Colombia) sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

² *Vid.*: Saad-Diniz, E., Escobar Bravo, M.E., Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (en prensa). “El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en américa latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición”. Colección Perspectivas Ibero-

Pese a lo dicho, no se puede afirmar una ausencia de regulación penal en los países analizados en el ámbito de la corrupción. De hecho, los Estados han ido incorporando a sus ordenamientos jurídicos nuevas figuras delictivas en los últimos años, como la corrupción privada o la corrupción de funcionarios extranjeros, y han modificado algunos tipos penales clásicos como, por ejemplo, el cohecho, para adaptarlos a las nuevas exigencias supranacionales, siempre con el objetivo de lograr una persecución más eficaz de la corrupción. Sin embargo, este alto grado de cumplimiento no ha tenido como efecto una aplicación eficaz de los instrumentos existentes, como suelen apuntar los informes de seguimiento de diversos organismos internacionales (Naciones Unidas, OCDE y Transparencia Internacional, entre otros). Es decir, la tendencia en los países analizados parece reflejar cierto éxito en la criminalización primaria en el ámbito de la corrupción, pero un fracaso en la criminalización secundaria, es decir, la aplicación de las normas, lo que, como se ha dicho, favorece la impunidad de los responsables a la vez que les permite disfrutar de los rendimientos ilícitos, lo que genera en la ciudadanía una sensación de desafección hacia las instituciones y los representantes públicos —incluso hacia ciertas empresas—, que se consideran impregnadas de corrupción.

La pregunta que nos debemos hacer en este punto es, por tanto, por qué sigue fallando la política anticorrupción a nivel universal, regional y nacional. La respuesta, ciertamente, no se halla en exclusiva en las carencias que se observan en la tipificación de algunos delitos por parte de los Estados pues se ha avanzado mucho en este ámbito. Este hecho puede ser un factor más a tener en cuenta, pero tal como se apunta desde la criminología hay factores extramuros del derecho que contribuyen a la deriva de la corrupción. Sin poder entrar aquí en detalle en ellos³, lo cierto es que la corrupción parece campar a

Americanas sobre la Justicia. Vol. 27. Valencia (España): Tirant lo Blanch (España), Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) & Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil).

³ *Vid.*: & Galain Palermo, P., Olasolo, H., Saad-Diniz, E. & Rakovsky, R. (en prensa). “El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrup-

sus anchas por el planeta y, en concreto, por los países de América Latina cuyas legislaciones se han analizado en esta obra.

Ello nos lleva a aseverar que la actual política anticorrupción adeuda una transformación importante para hacer frente a esta lacra de la sociedad actual. Precisamente, lo que pretende este capítulo es orientar esa transformación a través de una serie de recomendaciones para América Latina, en general, y para Colombia en particular.

Las recomendaciones que se presentan a continuación se han formulado teniendo en cuenta el análisis de cada delito desde una perspectiva de derecho comparado que toma en consideración no solo la regulación en los diferentes Estados, sino también los estándares internacionales. En concreto, los países de América Latina analizados son Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y muy especialmente Colombia, mientras que los países no latinoamericanos objeto de estudio son España y EE.UU, primordialmente, aunque también se ha recurrido en ocasiones a Alemania, Italia y Reino Unido. La normativa internacional de referencia es la adoptada en el marco de Naciones Unidas, la OCDE, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Estas recomendaciones buscan dar respuesta a los retos planteados en el capítulo anterior, que tienen como objetivo contribuir a una lucha más eficaz de la corrupción asociada al COT, y que se pueden resumir en los siguientes:

1. Profundizar en el conocimiento especializado del COT y sus actividades, especialmente, las dinámicas de corrupción que promueve.
2. Adoptar un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional en el ámbito universal (si bien en América Latina sería conveniente comenzar por el nivel regional) sobre el COT y la corrupción (más ambiciosa que la contenida en las actuales convenciones vigentes), que: (a) sea construida sobre el consenso en relación con los

ción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional". Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia. Vol. 28. Valencia (España): Tirant lo Blanch (España), Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) & Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil).

bienes jurídicos protegidos y las conductas que han de ser objeto de sanción penal; y (b) recoja medidas específicas para abordar los casos de intervención del COT en la comisión de los tipos penales objeto de estudio, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

3. Avanzar en las siguientes dos estrategias de acción con el fin de permitir el desarrollo de un nivel suficiente de armonización entre los sistemas jurídicos nacionales que permita utilizar de manera efectiva los mecanismos de cooperación jurídica internacional: (a) dejar a un lado las estrategias homogeneizadoras, para centrarse en la promoción de reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización sin por ello abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales; y (b) evitar poner la atención en conductas que poco o nada tienen que ver con el fenómeno que se busca abordar (evitando así los problemas identificados en relación con la regulación del delito de LA en países como España o Italia).

4. Fortalecer la voluntad política de los Estados (lo que, de por sí, supone debilitar las dinámicas de corrupción que los atenazan) para que se decidan a adoptar las reformas legislativas, institucionales y presupuestarias necesarias para incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

En todo caso, debe advertirse que las recomendaciones se han planteado con carácter meramente indicativo, por lo que para su implementación se tendrán que realizar los ajustes necesarios en función del país en cuestión.

2. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA

2.1. Recomendaciones generales

1. Profundizar en el conocimiento especializado del COT y sus actividades, especialmente, las dinámicas de corrupción que promueve.

2. Adoptar un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional en el ámbito universal (si bien en América Latina sería conve-

niente comenzar por nivel regional) sobre el COT y la corrupción (más ambiciosa que la contenida en las actuales convenciones vigentes), que: (a) sea construida sobre el consenso en relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas que han de ser objeto de sanción penal; y (b) recoja medidas específicas para abordar los casos de intervención del COT en la comisión de los tipos penales objeto de estudio, que podrían consistir en una agravación específica de la pena, la exclusión expresa de beneficios punitivos o incluso la consideración de estos delitos como previos al LA.

3. Avanzar en las siguientes dos estrategias de acción con el fin de permitir el desarrollo de un nivel suficiente de armonización entre los sistemas jurídicos nacionales que permita utilizar de manera efectiva los mecanismos de cooperación jurídica internacional: (a) dejar a un lado las estrategias homogeneizadoras, para centrarse en la promoción de reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización sin por ello abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales; y (b) evitar poner la atención en la criminalización de conductas cuya lesividad no está clara y que resultan especialmente polémicas, como el enriquecimiento ilícito o el tráfico de influencias, teniendo en cuenta, además, que los fines que persiguen pueden lograrse con la aplicación efectiva de otros tipos penales relacionados con la corrupción.

4. Fortalecer la voluntad política de los Estados (lo que, de por sí, supone debilitar las dinámicas de corrupción que los atenazan) para que se decidan a adoptar las reformas legislativas, institucionales y presupuestarias necesarias para incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

5. Reforzar la criminalización secundaria, puesto que se aprecia, en general, un alto grado de cumplimiento relativo a la criminalización primaria por parte de los Estados, pero lo que está fallando en el momento actual en la lucha contra la corrupción es la aplicación de todo ese acervo normativo del que disponen los Estados.

6. Adoptar ciertas medidas preventivas (referidas por los autores a pesar de no ser específicamente el objeto del presente volumen por no ser propias del derecho penal), como, por ejemplo: (a) establecer programas eficaces de protección de denunciantes, recompensando

los mecanismos de cooperación de las personas físicas y jurídicas que denuncien episodios de corrupción internacional (programas que sirvan, por tanto, para mejorar la detección del delito y, por tanto, su persecución y sanción); y (b) establecer sistemas de comunicación e intercambio de información entre las oficinas y organismos estatales encargados de regular y controlar los sectores financiero, económico y fiscal.

Junto a las anteriores recomendaciones, se ofrecen otras generales de derecho penal sustantivo que se pueden aplicar a la práctica totalidad de los delitos analizados. La primera tiene que ver con la noción de funcionario público. La segunda se relaciona con la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción. La tercera se refiere a la agravación de la responsabilidad penal por realizar el delito en el marco de una organización o grupo criminal. La cuarta tiene que ver con otras consecuencias jurídicas derivadas del delito más allá de la pena que se orientan a privar al delincuente de los rendimientos ilícitos procedentes de la corrupción.

1. Adoptar un concepto de funcionario público que siga el modelo de la normativa internacional (CNUCOT, CNUCC, Directiva (UE) 2017/1371). Esto implica no limitarlo al cargo formalmente ostentado y definirlo con base en el criterio del ejercicio de la función pública o de la prestación de un servicio público, especificando que tal ejercicio puede tener lugar en el contexto de administraciones públicas de toda clase (de distintas entidades territoriales e incluyendo organismos o empresas públicas), con carácter temporal y que puede accederse al ejercicio de dicha función por distintas vías (también por elección). El concepto debe incluir, además, a los funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales públicas.

2. Tipificar como modalidad cualificada de los delitos relacionados con la corrupción la realización de los hechos por quien pertenezca o colabore con una organización o grupo criminal, en particular de naturaleza transnacional, y facilitar en estos casos la aplicación de las modalidades específicas de decomiso, blanqueo, recuperación de activos y medidas procesales específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada, así como de figuras premiales de apli-

cación factible y de medidas eficaces para proteger a quienes que colaboren con la justicia.

3. Valorar la conveniencia de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) por los delitos que se analizan en esta obra, conforme a los principios generales de cada ordenamiento jurídico, y prever para estos entes penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que deberían estar la pena de multa y las penas interdictivas tales como la disolución, la suspensión de la actividad, la clausura de sus locales, la prohibición de realizar las actividades en el marco de las cuales se cometió el delito, la prohibición de contratar con el sector público o la prohibición de obtener beneficios o ventajas fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial.

4. Prever expresamente que el decomiso y otras formas de recuperación de activos procedentes del delito se puedan aplicar a todas las figuras delictivas que se analizan en esta obra. Además, se debe reforzar la aplicación del decomiso y de otras formas de recuperación de activos y fomentar la restitución de los activos recuperados por esta vía.

2.2. Recomendaciones específicas

2.2.1. Recomendaciones respecto de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales

2.2.1.1. Cohecho activo

1. Incorporar una agravación de la pena para los casos en los que el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido (siguiendo el ejemplo del ordenamiento jurídico brasileño).

2. Tipificar de manera expresa el delito de cohecho activo subsiguiente, es decir, ese caso en el que el particular entrega el beneficio indebido con posterioridad a que el empleado público haya realizado la conducta por la que se le retribuye.

3. Tipificar de manera expresa el cohecho activo de facilitación, es decir, aquel en el que el sujeto activo entrega el beneficio indebido en consideración al cargo o función del empleado público.

4. Incluir expresamente en el tipo penal del cohecho activo los actos de cohecho realizados tanto de forma directa como indirecta, y en beneficio del empleado público en cuestión o de un tercero, ya sea persona física o jurídica (por ejemplo, un partido político).

5. Revisar el sistema de penas que se prevé en los diferentes sistemas jurídicos con el objetivo de aproximar el límite máximo de la pena de prisión, por un lado, del cohecho activo propio y, por otro, del cohecho activo impropio. Las nuevas penas deben ser, en todo caso, respetuosas con el principio de proporcionalidad que ha de regir en el derecho penal. Por ello, no debe entenderse esta recomendación como una propuesta de elevación de las penas ya existentes. Más bien al contrario, las penas se deben aproximar sin necesidad de hacer uso de penas cuestionables en cuanto a su duración que puedan impedir o dificultar el fin resocializador.

2.2.1.2. *Cohecho pasivo*

1. Sancionar de manera expresa el delito de cohecho pasivo subsiguiente, es decir, el supuesto en el que el empleado público solicita o recibe el beneficio indebido una vez que ya ha realizado la conducta por la que se le atribuye.

2. Incorporar el castigo del cohecho pasivo de facilitación (en línea con el modelo de España y de Argentina), esto es, el caso en el que el funcionario público admite, por sí o por persona interpuesta, el beneficio indebido en consideración a su cargo o función, pero sin el compromiso de realizar o abstenerse de realizar una determinada conducta.

3. Redactar el tipo penal de cohecho pasivo de modo que incluya las tres conductas que más se repiten en otras legislaciones y en la normativa internacional: solicitar, aceptar y recibir. Téngase en cuenta que algunos Estados analizados no tipifican expresamente los tres supuestos.

4. Incluir de manera expresa el castigo de los actos de cohecho realizados tanto de forma directa como indirecta, y en beneficio del empleado público en cuestión o de un tercero, ya sea persona física o jurídica (por ejemplo, un partido político).

5. Revisar el sistema de penas que se prevé en los diferentes sistemas jurídicos con el objetivo de aproximar el límite máximo de la pena de prisión, por un lado, del cohecho pasivo propio y, por otro, del cohecho pasivo impropio. Las nuevas penas deben ser, en todo caso, respetuosas con el principio de proporcionalidad que ha de regir en el derecho penal. Por ello, no debe entenderse esta recomendación como una propuesta de elevación de las penas ya existentes. Más bien al contrario, las penas se deben aproximar sin necesidad de hacer uso de penas cuestionables en cuanto a su duración que puedan impedir o dificultar el fin resocializador.

6. Prever la pena de inhabilitación para el empleado público que comete el delito de cohecho pasivo, que deberá agregarse a las penas de prisión y a la de multa, que suelen estar ya previstas en todos los sistemas.

2.2.2. Recomendaciones respecto de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios extranjero y de organizaciones internacionales públicas

2.2.2.1. Cohecho activo

1. Reubicar los tipos penales que exigen como elemento subjetivo específico la finalidad de obtener una ventaja en el marco de las relaciones comerciales o económicas internacionales (no todos los ordenamientos exigen este elemento), dentro de los delitos contra el orden socioeconómico (en concreto, dentro de los delitos contra el mercado), y sacarlos fuera de los delitos contra la administración pública, en atención al bien jurídico que mayoritariamente se entiende afectado: la competencia en el mercado.

2. Consensuar una interpretación de la expresión “pago permisible” que excluya del ámbito de punición de este tipo penal los llamados “pagos de facilitación”, que apenas tienen incidencia en el bien jurídico protegido. Esto no obsta para que este tipo de pagos se castigue conforme a las figuras delictivas del cohecho impropio de funcionarios nacionales en cada Estado si se entiende que el correcto funcionamiento de la administración pública —como bien jurídico tutelado— se ve afectado.

3. Incluir expresamente en la redacción de estos tipos penales los actos de cohecho realizados tanto de forma directa como indirecta, y en beneficio del empleado público en cuestión o de un tercero, ya sea persona física o jurídica (por ejemplo, un partido político).

4. Diseñar un marco uniforme de sanciones penales para estas figuras delictivas que incluya, no solo la aproximación de las penas privativas de libertad, actualmente muy dispares, sino la previsión de penas pecuniarias y de penas privativas de otros derechos, como la prohibición de contratar con el sector público o la prohibición de obtener beneficios o ventajas fiscales o de la Seguridad Social. Esta recomendación no debe observarse como una propuesta de elevación de las penas ya existentes. Más bien al contrario, las penas se deben aproximar sin necesidad de hacer uso de penas cuestionables en cuanto a su duración que puedan impedir o dificultar el fin resocializador

5. Permitir una rebaja de la pena para los supuestos en los que se ofrece el soborno y el funcionario público extranjero o internacional lo rechaza, en tanto que el bien jurídico tutelado no se ve comprometido de la misma manera que si el funcionario público realiza la actuación por la cual se le retribuye.

6. Iniciar un proceso de valoración de las ventajas e inconvenientes de la posibilidad de la eliminación del elemento subjetivo específico vinculado con las relaciones comerciales internacionales simplificando el tipo penal, que coincidiría así con una prohibición general de ofrecer, entregar o prometer beneficios o ventajas indebidas a un funcionario público extranjero o internacional, en línea con lo que demandan los instrumentos normativos del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Esta postura entendería que el bien jurídico afectado es el correcto funcionamiento de la administración pública correspondiente, pero no la competencia en el mercado, por lo que, si los Estados decidieran incorporar esta recomendación, el tipo penal se debería ubicar, en el CP, entre los delitos contra la administración pública, en este caso, extranjera. Es decir, no aplicarían las recomendaciones primera y quinta de esta subsección.

2.2.2.2. *Cohecho pasivo*

1. Valorar la tipificación del cohecho pasivo de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, aunque la normativa internacional no obligue a ello. En este caso, téngase en cuenta que cuando el art. 16.2 de la CNUCC (disposición sin la misma fuerza vinculante que el art. 16.1 del mismo cuerpo normativo, que exige el castigo del cohecho activo de funcionarios extranjeros e internacionales), que se refiere a este delito, no lo limita al ámbito de las relaciones comerciales internacionales, por lo que no habría que incluir aquí el elemento subjetivo específico vinculado a las transacciones comerciales internacionales.

2. Prever expresamente, en los ordenamientos en los que se incorpore este tipo penal, la figura del intermediario (“por sí o por persona interpuesta”) para evitar problemas de atribución de responsabilidad penal al *extraneus* que interviene en este delito, que se configura como un delito especial, a diferencia del soborno activo transnacional, que se configura como un delito común y en el que el intermediario puede responder a través de diferentes figuras de autoría o de participación.

2.2.3. **Recomendaciones respecto de los delitos de malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos**

Se recomienda aproximar, a la luz del art. 17 de la CNUCC, las exigencias típicas de estos delitos en los sistemas de la región para evitar la creación de “paraísos jurisdiccionales” donde no sea posible la cooperación jurídica internacional en materia penal por faltar el requisito de la doble incriminación. En concreto, se propone lo siguiente:

1. Ampliar las conductas a toda forma de desviación de bienes, tipificándose especialmente la malversación o peculado de uso.

2. Concebir el objeto material como cualquier clase de bienes, incorporando los inmuebles y los incorporales, es decir, no limitándolo al dinero u otros bienes muebles.

3. Aclarar que el delito se puede cometer por la apropiación o desviación para el beneficio propio o de un tercero.

4. Estimar por relación suficiente no solo las relaciones jurídicas de administración o custodia, sino también toda posición fáctica que permita acceder a los bienes de que se trate y apropiárselos o distraerlos.

2.2.4. Recomendaciones respecto del delito de tráfico de influencias

Las recomendaciones que se realizan respecto de este delito parten del hecho de considerarlo como un tipo penal *no indispensable* para lucha contra la corrupción pues su lesividad no parece que se materialice en perjuicios patrimoniales significativos, aunque sí pueden mermar la confianza de los ciudadanos en la administración pública. Con base en lo anterior, sería recomendable adoptar las siguientes medidas:

1. Revisar los tipos penales relativos al tráfico de influencias en tanto que representan cierta forma de anticipación en la barrera de intervención penal y, como tal, deben ser observados con cautela debido a que reducen el ámbito de libertad de la ciudadanía de un modo notable. Por ello, el legislador debe ponderar adecuadamente esta merma de libertad con las ventajas que brindan estos delitos para proteger, aunque sea de manera simbólica, un bien jurídico colectivo. Por esta razón, los Estados deben evaluar si con los delitos clásicos de corrupción, como el cohecho o la malversación, puede lograrse una lucha óptima contra la corrupción, sin la necesidad de incluir tipos penales que adelanten la punibilidad.

2. Revisar las penas actualmente previstas, teniendo en cuenta que la lesividad de estos delitos no puede equipararse a la de otros como el cohecho o la malversación. El principio de proporcionalidad, que en muchos sistemas tiene rango constitucional, obliga a que los ataques menos lesivos a bienes jurídicos se castiguen con menos pena que los ataques más lesivos a esos mismos bienes jurídicos. Esta revisión debe llevar a una aproximación de las penas previstas para

este delito en los diferentes sistemas de la región que lo han incorporado a sus códigos penales. Dada su menor lesividad, en el ámbito penológico se debe valorar prever penas de multa o penas privativas de otros derechos, en lugar de penas de prisión.

3. Clarificar las reglas sobre los concursos de delitos para los casos en los que el tráfico de influencias concurre con delitos como el de cohecho. En este sentido, y para evitar una desproporción de la respuesta penal, ha de considerarse que el tráfico de influencias en ocasiones no es más que un acto preparatorio del delito de cohecho y, por lo tanto, si se comienza a ejecutar este último, al acto preparatorio quedaría absorbido por el delito consumado o intentado.

4. Incorporar este tipo penal y hacer factible su aplicación en aquellos sistemas jurídicos que no castigan los actos preparatorios. Este tipo penal puede cubrir ciertas lagunas de punibilidad en la etapa anterior al comienzo de la tentativa de otros delitos como el cohecho o la malversación.

2.2.5. Recomendaciones respecto de los delitos de prevaricato y abuso de funciones

1. Valorar, en tanto que no es un delito de tipificación obligatoria según el art. 19 de la CNUCC, la necesidad de su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales en la medida que resulte útil para colmar algunas lagunas de punibilidad por la especificidad de tipos penales más restringidos empleados tradicionalmente para luchar contra la corrupción.

2. Aproximar las legislaciones de los Estados que han optado por incorporar este delito a sus ordenamientos jurídicos, ya que algunos Estados han optado por criminalizar las conductas previstas en el art. 19 de la CNUCC mediante el delito de prevaricato, y otros han optado por su adopción mediante una cláusula general y la tipificación de delitos particulares. La aproximación de los elementos típicos facilita una eventual cooperación jurídica internacional en materia penal.

2.2.6. Recomendaciones respecto del delito de enriquecimiento ilícito

Las recomendaciones que se realizan respecto de este delito parten del hecho de considerarlo como un tipo penal *no indispensable* para lucha contra la corrupción pues la finalidad que persigue puede lograrse a través de otros tipos penales y de otras consecuencias jurídicas derivadas del delito como el decomiso. Con base en los anterior, sería recomendable que se adoptaran las siguientes medidas:

1. Valorar la necesidad de mantener o de incorporar este tipo penal a la luz de los principios constitucionales que deben presidir el derecho penal. La polémica que rodea a esta figura delictiva debe hacer reflexionar a los legisladores sobre la posibilidad de eliminarlo de los códigos penales. Las conductas que tienen cabida en este tipo penal se pueden castigar a través de otros delitos clásicos que generen menos polémica, como el delito de peculado. Además, a través de figuras como el decomiso se pueden alcanzar también los fines que se persiguen con la tipificación de este delito.

2. Revisar la redacción de esta figura delictiva para evitar que los elementos típicos pongan en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, el derecho a no confesarse culpable y el derecho a no declarar contra sí mismo.

3. Eliminar el tipo penal del enriquecimiento ilícito cometido por particular y, en su lugar, aplicar otros delitos clásicos que no son tan cuestionados, como el delito de apropiación indebida, teniendo en cuenta sus propios elementos típicos.

4. Fomentar el uso del decomiso y la extinción de dominio en los delitos clásicos de corrupción, como el cohecho y la malversación, como mecanismo para evitar el enriquecimiento ilícito del servidor público, en tanto que son figuras que cumplen fines similares a los que se persiguen con el delito de enriquecimiento ilícito.

5. Aproximar las penas en los diferentes ordenamientos de la región teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, lo que debe llevar a una rebaja de la pena en aquellos sistemas en los que

este delito tiene penas similares a las de otros delitos de corrupción, pese a que la lesividad no es la misma⁴.

2.2.7. Recomendaciones respecto del delito de corrupción en el sector privado

1. Eliminar, tanto en el delito de corrupción activa como pasiva, el requisito típico relativo al perjuicio a la sociedad, asumiendo la tesis que considera que el bien jurídico tutelado es la competencia leal y el correcto funcionamiento del mercado. La expresión “en perjuicio de”, que se mantiene en algunos ordenamientos jurídicos, genera problemas interpretativos y no se considera conveniente desde la perspectiva del modelo público (o mixto) que el tipo penal requiera dicho perjuicio, ni como finalidad perseguida (elemento subjetivo de lo injusto) ni como resultado.

2. Tipificar las conductas constitutivas de corrupción activa y pasiva subsiguientes en el ámbito privado, en línea con el modelo de Chile, el único de los sistemas analizados que criminaliza el soborno en el sector privado tanto cuando se realice “para que favorezca” como “por haber favorecido” la contratación con una persona frente a otras.

⁴ Junto a la anteriores, se recomienda adoptar también ciertas medidas de naturaleza preventiva no penal (que como hemos señalado no son estrictamente el objeto de la presente obra colectiva), tales como: (a) obligar a los servidores públicos a realizar una declaración de su patrimonio antes y tras finalizar el ejercicio de su cargo y de forma anual mientras se mantenga este, y medidas para comprobar la identidad real de los destinatarios finales de ese patrimonio que actúen en nombre de los anteriores, especialmente, ciertos familiares; (b) establecer medidas de vigilancia y control en la contratación público a través de, por ejemplo, un sistema electrónico que permita conocer todas las adjudicaciones o un sistema de alerta temprana —al que puede contribuir la inteligencia artificial; y (c) potenciar el uso de sanciones de derecho administrativo como la pérdida de la función pública para servidores públicos que se hayan enriquecido ilícitamente en el ejercicio de su cargo. Entiendo que las medidas preventivas se analizan en otros volúmenes y que no van en este.

3. Prever, conforme a los principios jurídicos de cada Estado, la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de corrupción en el sector privado, especialmente, para la modalidad activa, en tanto que en la modalidad pasiva, la persona jurídica normalmente será la perjudicada, pero no la beneficiada, con lo que en estos casos no se cumpliría la exigencia de que la conducta reporte un beneficio a la persona jurídica, exigencia que suelen estar presente en los sistemas que han admitido la RPPJ.

2.2.8. Recomendaciones respecto del delito de malversación o peculado en el sector privado

1. Eliminar del tipo penal del delito de administración desleal el elemento subjetivo específico del ánimo de lucro como requisito de naturaleza subjetiva pues el perjuicio al patrimonio ajeno administrado y, por ende, al bien jurídico protegido, puede producirse igualmente sin que exista ese ánimo.

2. Unificar, en los pocos sistemas en los que aún no se ha hecho, las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, en línea con la opción predominante en el derecho comparado.

3. Reformar los ordenamientos jurídicos que restringen el ámbito de punición del delito de administración desleal al ámbito societario (como Brasil y Perú), ampliando el objeto material a todo patrimonio ajeno, con independencia de si su titular es una sociedad o no. Aunque pueda haber una estrecha conexión entre esta figura delictiva y la corrupción pública y privada, fundamentalmente cuando se trata de la gestión de corporaciones, no existe razón para dejar fuera de la protección penal el patrimonio de cualquier persona física frente a los abusos y excesos en la administración encomendada a un tercero.

4. Prever diferentes niveles de penalidad para los delitos de apropiación indebida y de administración desleal en función del monto del perjuicio causado, incluyendo previsiones agravatorias y atenuantes.

5. Valorar el castigo de los actos preparatorios en los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, en línea con el art. 27.3 de la CNUCC (con menor fuerza vinculante que otras disposiciones), y siempre que los principios generales del derecho en cada sistema lo permitan. Si se deciden castigar, se recomienda optar por un sistema de previsión expresa en el que se incluyan las figuras delictivas objeto de análisis en este capítulo.

3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA

Asegurarse de implementar las recomendaciones generales y específicas formuladas para América Latina que le son aplicables. Especialmente, entre las recomendaciones generales para los delitos que implican la intervención de un funcionario público, Colombia debería:

1. Adoptar un concepto de funcionario público que siga el modelo de la normativa internacional (CNUCOT, CNUCC, Directiva (UE) 2017/1371). Esto implica no limitarlo al cargo formalmente ostentado y definirlo con base en el criterio del ejercicio de la función pública o de la prestación de un servicio público, especificando que tal ejercicio puede tener lugar en el contexto de administraciones públicas de toda clase (de distintas entidades territoriales e incluyendo organismos o empresas públicas), con carácter temporal y que puede accederse al ejercicio de dicha función por distintas vías (también por elección). El concepto debe incluir, además, a los funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales públicas.

Así mismo, para todos los delitos analizados, Colombia debería:

1. Valorar la conveniencia de incorporar la RPPJ por los delitos que se analizan en esta obra, conforme a los principios generales de su derecho, y prever para estos entes penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que deberían estar la pena de multa y las penas interdictivas tales como la disolución, la suspensión de la actividad, la clausura de sus locales, la prohibición de realizar las actividades en el marco de las cuales se cometió el delito, la prohibición de contratar con el sector público o la prohibición de obtener beneficios o venta-

jas fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial. Todo esto debe operar de manera más contundente, para lo cual se debe revisar tanto la consagración del art. 91 de la Ley 906 (2004), como su aplicación.

2. Tipificar como modalidad cualificada de los delitos relacionados con la corrupción la realización de los hechos por quien pertenezca o colabore con una organización o grupo criminal, en particular de naturaleza transnacional, y facilitar en estos casos la aplicación de las modalidades específicas de decomiso, blanqueo, recuperación de activos y medidas procesales específicas referidas a la lucha contra la criminalidad organizada, así como de figuras premiales de aplicación factible y de medidas eficaces para proteger a quienes colaboren con la justicia.

3. Prever expresamente que el decomiso y otras formas de recuperación de activos procedentes del delito se puedan aplicar a todas las figuras delictivas que se analizan en esta obra. Además, se debería reforzar la aplicación del decomiso y de otras formas de recuperación de activos y fomentar la restitución de los activos recuperados por esta vía.

3.1. Recomendaciones respecto de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales

3.1.1. Cohecho pasivo

1. Castigar expresamente la conducta del funcionario que solicita un beneficio indebido, junto a la conducta de recibir o aceptar promesa, en consonancia con el derecho comparado y con los estándares internacionales. La normativa colombiana es la única de los sistemas de referencia que no castiga expresamente la solicitud del soborno.

2. Tipificar de manera expresa el delito de cohecho pasivo subsecuente, es decir, el caso en el que es el propio empleado público quien solicita o recibe el beneficio indebido tras haber realizado (u omitido) la conducta por la que, precisamente, se le retribuye.

3. Incorporar el castigo expreso del cohecho pasivo de facilitación, es decir, la conducta del empleado público que solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, un beneficio indebido, no para realizar o abstenerse de realizar una conducta determinada, sino en consideración a su cargo o función.

4. Reducir el máximo previsto en la pena de prisión del delito de cohecho pasivo de facilitación, si se considera que el párrafo segundo del art. 406 del CP de Colombia contiene esta modalidad. El límite actual (90 meses: 7 años y medio) está muy por encima del previsto en los otros sistemas jurídicos de referencia, que sitúan la pena máxima entre 1 y 3 años, sin que ello parezca justificado en atención al principio de lesividad y al principio de proporcionalidad.

3.1.2. Cohecho activo

1. Incorporar una agravación de la pena para los casos en los que el sujeto activo logra efectivamente el objetivo perseguido.

2. Tipificar de manera explícita el delito de cohecho activo subsiguiente, es decir, el caso en el que el particular entrega el beneficio indebido con posterioridad a que el empleado público haya realizado la conducta por la que se le retribuye.

3. Castigar expresamente el cohecho activo de facilitación, es decir, aquel en el que el sujeto activo entrega el beneficio indebido en consideración al cargo o función del empleado público.

4. Reducir el límite máximo de la pena de prisión prevista para los delitos de cohecho activo impropio y de facilitación, a la vista de que el ordenamiento colombiano parece prever el mismo marco penal para las conductas de cohecho activo propio, impropio y de facilitación, con una pena máxima de prisión de 108 meses (9 años), muy alejada del máximo previsto en los demás sistemas jurídicos de referencia, que oscila entre 4 y 6 años en el caso del cohecho activo impropio y entre 1 y 3 años en el de cohecho activo de facilitación.

3.2. Recomendaciones respecto de los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales públicas

3.2.1. Cohecho activo

1. Excluir del ámbito de punición de este tipo penal los pagos de facilitación pues apenas tienen incidencia en el bien jurídico protegido. Esto no obsta para que este tipo de pagos se castigue conforme a las figuras delictivas del cohecho impropio de funcionarios nacionales del Estado en cuestión si se entiende que el correcto funcionamiento de la administración pública —como bien jurídico tutelado— se ve afectado.

2. Reducir el marco penal de la pena privativa de libertad para este delito (15 años), ya que se aleja excesivamente del previsto en otros sistemas jurídicos, y aproximarlos al de los países de referencia. El límite máximo de 6 años que se prevé en algunos sistemas, como el argentino o el español se estimada adecuada para lograr los fines de la pena, y es respetuoso con principios como el de proporcionalidad y el de resocialización.

3. Prever un tipo atenuado para los supuestos en los que se ofrece el soborno y el funcionario público extranjero o internacional lo rechaza, en tanto que el bien jurídico tutelado no se ve comprometido de la misma manera que si el funcionario público realiza la actuación por la cual se le retribuye

4. Añadir a las penas actualmente previstas penas privativas de otros derechos, entre las que debe hallarse la prohibición de contratar con el sector público.

3.2.2. Cohecho pasivo

1. Valorar la tipificación del cohecho pasivo de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, aunque la normativa internacional no obligue a ello. En este caso, téngase en cuenta que cuando el art. 16.2 de la CNUCC (disposición sin la misma fuerza vinculante que el art. 16.1 del mismo cuerpo normativo,

que exige el castigo del cohecho activo de funcionarios extranjeros e internacionales) se refiere a este delito, no lo limita al ámbito de las relaciones económicas o comerciales internacionales, por lo que no habría que incluir aquí el elemento subjetivo específico vinculado con las relaciones comerciales internacionales.

3.3. Recomendaciones respecto de los delitos de malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos

Dado que la legislación colombiana ya está en línea con las recomendaciones que se han realizado de manera específica a la región latinoamericana en relación con este delito, únicamente se recalcan aquí las recomendaciones de:

1. Adoptar un concepto de funcionario público acorde con los estándares internacionales.

2. Valorar la conveniencia de incorporar la responsabilidad de las personas jurídicas para estos delitos, respetando que el Estado y otras administraciones públicas queden fuera del círculo de personas jurídicas imputables. En todo caso, este delito podría cometerse en el seno y en beneficio de sociedades mercantiles públicas, que sí deberían poder ser consideradas penalmente imputables.

3. Incorporar un tipo agravado para los casos en los que estos delitos se vinculen al crimen organizado, especialmente, al de carácter transnacional.

4. Garantizar la aplicación del decomiso y la extinción de dominio a estos delitos.

3.4. Recomendaciones respecto del delito de tráfico de influencias

Las recomendaciones que se realizan respecto de este delito parten del hecho de considerarlo como un tipo penal *no indispensable* para la lucha contra la corrupción, porque su lesividad no parece que se materialice en perjuicios patrimoniales significativos, aunque sí pueden mermar la confianza de los ciudadanos en la administración

pública. Con base en lo anterior, sería recomendable adoptar las siguientes medidas:

1. Revisar las penas actualmente previstas, teniendo en cuenta que la lesividad de estos delitos no puede equipararse a la de otros como el cohecho o la malversación. El principio de proporcionalidad, con rango constitucional, obliga a que los ataques menos lesivos a bienes jurídicos se castiguen con menos pena que los ataques más lesivos a esos mismos bienes jurídicos. Es por ello que se recomienda a Colombia rebajar la pena privativa de libertad, que llega hasta los 12 años en el tráfico de influencias cometido por funcionario público, que es el mismo límite recogido en el cohecho propio, pese a que este último delito afecta en mucha mayor medida al bien jurídico tutelado. También se debería rebajar la pena del tráfico de influencias cometido por particular, hoy ubicada en los 8 años. Ninguno de estos límites está en sintonía con los sistemas de referencia.

2. Clarificar las reglas sobre los concursos de delitos para los casos en los que el tráfico de influencias concurre con delitos como el de cohecho. En este sentido, y para evitar una desproporción de la respuesta penal, debería considerarse que el tráfico de influencias en ocasiones no es más que un acto preparatorio de un delito de cohecho y, por lo tanto, si se comienza a ejecutar este último, al acto preparatorio quedaría absorbido por el delito consumado o intentado.

3. Valorar la despenalización de estas conductas, siguiendo el modelo alemán, por ser conductas que pueden ser abarcadas, al menos, parcialmente, por tipos penales menos cuestionados. Si esto sucediera, Colombia debería prever expresamente el castigo de los actos preparatorios pues esto serviría para dar respuesta a situaciones previas a la ejecución de otros delitos como los de cohecho.

3.5. Recomendaciones respecto de los delitos de *prevaricato* y *abuso de funciones*

Dado que la legislación colombiana ya está en línea con las recomendaciones que se han realizado de manera específica a la región latinoamericana en relación con este delito, únicamente se recalcan aquí las recomendaciones de:

1. Adoptar un concepto de funcionario público acorde con los estándares internacionales.

2. Valorar la conveniencia de incorporar la responsabilidad de las personas jurídicas para estos delitos, respetando que el Estado y otras administraciones públicas queden fuera del círculo de personas jurídicas imputables. En todo caso, este delito puede cometerse en el seno y en beneficio de sociedades mercantiles públicas, que sí deberían poder ser consideradas penalmente imputables.

3. Incorporar un tipo agravado para los casos en los que estos delitos se vinculen al crimen organizado, especialmente, al de carácter transnacional.

4. Garantizar la aplicación del decomiso y la extinción de dominio a estos delitos.

3.6. Recomendaciones respecto del delito de enriquecimiento ilícito

Las recomendaciones que se realizan respecto de este delito parten del hecho de considerarlo como un tipo penal *no indispensable* para lucha contra la corrupción pues la finalidad que persigue puede lograrse a través de otros tipos penales y de otras consecuencias jurídicas derivadas del delito como el decomiso. A la luz de lo anterior, sería recomendable la adopción de las siguientes medidas:

1. Eliminar el delito de enriquecimiento ilícito cometido por particulares en línea con los sistemas de referencia, en tanto que estas conductas pueden ser abarcadas por otros tipos penales que tutelan el patrimonio, como el abuso de confianza.

2. Extender el ámbito de aplicación del EI de funcionarios públicos a quienes, sin haber formalmente asumido sus funciones públicas, su nombramiento sea certero. Esto permitiría abarcar supuestos en los que la obtención del incremento es anterior a la asunción del cargo, aunque haya tenido origen o se haya motivado en el posterior desempeño en él.

3. Revisar las penas actualmente previstas, teniendo en cuenta que la lesividad de estos delitos no puede equipararse a la de otros como el cohecho o la malversación. El principio de proporcionali-

dad, con rango constitucional, obliga a que los ataques menos lesivos a bienes jurídicos se castiguen con menos pena que los ataques más lesivos a esos mismos bienes jurídicos. Es por ello que se recomienda a Colombia rebajar el límite máximo de la pena privativa de libertad, que llega hasta los 15 años, límite superior incluso al del cohecho propio, pese a que este último delito afecta en mucha mayor medida al bien jurídico tutelado

3.7. Recomendaciones respecto del delito de corrupción en el sector privado

1. Eliminar, tanto en el delito de corrupción activa como pasiva, el requisito típico relativo al perjuicio a la sociedad, asumiendo la tesis que considera que el bien jurídico tutelado es la competencia leal y el correcto funcionamiento del mercado. La expresión “en perjuicio de”, que se mantiene en el ordenamiento colombiano genera problemas interpretativos y no se considera conveniente desde la perspectiva del modelo público (o mixto) que el tipo penal requiera dicho perjuicio, ni como finalidad perseguida (elemento subjetivo de lo injusto) ni como resultado.

2. Tipificar las conductas constitutivas de corrupción activa y pasiva subsiguientes en el ámbito privado, en línea con el modelo de Chile, el único entre los sistemas analizados que criminaliza esta conducta, tanto cuando se realice “para que favorezca”, como “por haber favorecido” la contratación con una persona frente a otras.

3. Revisar el marco penal para que se acerque a los límites previstos en los sistemas jurídicos de referencia. El límite máximo de la pena privativa de libertad para este delito (8 años) es muy superior al resto de sistemas analizados (3 y 4 años), por lo que Colombia debe plantearse una rebaja de la pena.

4. Valorar la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, recogido en la Ley 2195, para incluir los delitos de abuso de confianza (apropiación indebida) y de administración desleal, en tanto no se reconozca la responsabilidad penal para estos entes. Para ello debería tenerse en cuenta que la responsabilidad de la persona jurídica es

necesaria especialmente en el caso de la corrupción activa, pero no tanto en la corrupción pasiva, pues en esta modalidad la persona jurídica no suele aparecer como beneficiada sino como perjudicada.

3.8. Recomendaciones respecto del delito de malversación o peculado en el sector privado

1. Suprimir, en el delito de administración desleal, el elemento subjetivo específico de ánimo de lucro, dado que la necesidad de acreditar dicho requisito podría favorecer la impunidad del hecho cuando no consta o no es posible su acreditación, a pesar de que se produce un claro perjuicio al patrimonio ajeno administrado y al bien jurídico.

2. Unificar las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, como se hace en el derecho comparado, para lo que igualmente debe valorarse que el delito de administración desleal amplíe su ámbito de punición a todo supuesto de administración desleal de patrimonio ajeno, y no exclusivamente en el ámbito societario.

3. Modificar el tipo penal de administración desleal para que se incluya dentro del objeto material cualquier patrimonio ajeno, tanto si su titular es una sociedad o una persona jurídica como si lo es una persona física.

4. Valorar la conveniencia ampliar el ámbito de aplicación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, recogido en la Ley 2195, para incluir los delitos de abuso de confianza (apropiación indebida) y de administración desleal, en tanto no se reconozca la responsabilidad penal para estos entes.-



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

978-84-1071-456-4



9 788410 714564



**tirant
lo blanch**

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

