

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS
SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL: PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

Estudio comparado

**Kai Ambos
Ezequiel Malarino
Marie-Christine Fuchs
(editores)**



**CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL:
PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN**

Estudio comparado

**Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional**

CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL: PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

Estudio comparado

**Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs
(editores)**



© 2021 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B No. 18- 12, piso 7

Bogotá, República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

Fax: (+57 1) 743 09 47-7

<https://kas.de/es/web/rspla>

iusla@kas.de

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Andrés Villegas

Asistente editorial

Daniel Pinilla

Corrección de español

David Díaz

Corrección de portugués

Paulo Baptista

Diagramación

Marta Rojas

Fotografías de cubierta:

Billetes, Daria Obymaha-Pexeles

Fondo, Artur Luczka-Pixabay

Diseño de cubierta

Gloria Diazgranados

Impreso en Colombia

ISBN: 978-84-1397-877-2

Esta publicación se distribuye en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
PRESENTACIÓN	15
SIGLAS	19

I. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

CORRUPCIÓN COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS NORMATIVOS PARA SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	25
---	----

Claudio Nash

CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	57
--	----

Salvador Herencia Carrasco

II. DELITOS DE CORRUPCIÓN: PARTE GENERAL Y ESPECIAL

CORRUPCIÓN PUNIBLE Y ACUERDO ILÍCITO: UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE <i>UNRECHTSVEREINBARUNG</i>	87
--	----

Kai Ambos y Gustavo Urquiza

EL DELITO DE COHECHO EN IBEROAMÉRICA: SINOPSIS COMPARATIVA	123
---	-----

José Luis Guzmán Dalbora

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS DISTINTOS MODELOS LEGISLATIVOS.....	167
---	-----

Carla Salvatori

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y CORRUPCIÓN: LA LEY 30424 ENTENDIDA DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS.....	201
---	-----

Andy Carrión Zenteno

O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NO DIREITO BRASILEIRO: EXPOSIÇÃO E CRÍTICA DO PANORAMA JURISPRUDENCIAL.....	219
---	-----

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

FUNDAMENTOS Y DOGMÁTICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA.....	245
--	-----

Dino Carlos Caro Coria

III. MECANISMOS PROCESAL-PENALES E INSTITUCIONALES PARA LA PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

COLABORAÇÃO PREMIADA E PERSECUÇÃO DA CORRUPÇÃO ORGANIZADA. OS CONFLITOS ENTRE EFICIÊNCIA E GARANTISMO. LEITURAS A PARTIR DO CASO LAVA-JATO.....	275
---	-----

Marcos Zilli

CORRUPCIÓN Y PERSECUCIÓN ESTATAL DE BIENES OBTENIDOS ILÍCITAMENTE: SOBRE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL CASO COLOMBIANO.....	319
---	-----

Alejandro Aponte Cardona

LA PARTICIPACIÓN DE LEGOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	355
---	-----

Bruno Rusca

BASES PARA UNA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN (CASO MÉXICO).....	385
---	-----

Eréndira Contreras Félix

IV. POLÍTICA CRIMINAL E HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN

DERECHO PENAL Y LUCHA ANTICORRUPCIÓN EN LA AGENDA LEGISLATIVA COLOMBIANA RECIENTE: INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL, REPRESIÓN Y ESCASA REFLEXIÓN POLÍTICO-CRIMINAL.....	407
---	-----

Gustavo Emilio Cote Barco

ANTIGÜEDAD Y PERSISTENCIA DE LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN LAS CAPAS DIRIGENTES CHILENAS.....	447
---	-----

José Luis Guzmán Dalbora

AUTORES.....	497
--------------	-----

PRÓLOGO

Terminados los sangrientos conflictos armados y las dictaduras militares que padecieron muchos países de Latinoamérica, y con el retorno a la democracia que tuvo lugar en el curso de los treinta años que lleva el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, o desde un poco antes, no es atrevido decir que la corrupción es el obstáculo más grande y difícil de superar para que en los países de la región se fortalezca y consolide efectivamente el Estado de derecho y un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos. Esto se mostró de manera aguda con la explosión del escándalo de corrupción de Odebrecht y Lava Jato hace un poco más de cuatro años, extendido desde Brasil a la mayor parte de América Latina.

A pesar de los notorios esfuerzos en Latinoamérica no solo en materia penal y procesal penal, la región aún tiene un pobre desempeño en la erradicación del fenómeno de la corrupción. De hecho, según la décima edición del Global Corruption Barometer – Latin America and the Caribbean de 2019, 53% de los ciudadanos latinoamericanos piensan que sus gobiernos no hacen bastante para contrarrestar la corrupción y que el nivel de corrupción ha aumentado en los últimos 12 meses.¹

¹ Véase Global Corruption Barometer Latin America & The Caribbean: Citizen's views and experiences of corruption. Transparency International. <https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LAC_Report_EN1.pdf>.

En casos de megacorrupción, la desviación de los fondos estatales destinados a obras públicas o al mantenimiento de los servicios municipales, por ejemplo, es aprovechada por los corruptos y es una de las razones de la baja calidad de la enseñanza y la salud pública en muchos países. Más grave aún, la corrupción tiene un impacto nefasto en las democracias emergentes del continente, pues conduce a la desconfianza del ciudadano hacia el Estado, su institucionalidad y sus sistemas judiciales y, por ende, subvierte todo tipo de Estado social de derecho. La corrupción da lugar a una inadecuada distribución del talento, mina el capital social y la confianza básica y legítima mecanismos informales. Por tanto, priva a los ciudadanos del pleno goce de los derechos humanos.

Pero no solo se trata de casos de megacorrupción o de lo que algunos han llamado la “gran corrupción”. También se trata de casos de microcorrupción como el de la señora Juana, madre de seis hijos, que paga una coima a una entidad pública para acelerar el tratamiento médico de uno de sus hijos. De hecho, según el más reciente índice de Transparency International,² un 29% de la población latinoamericana dijo haber pagado un soborno para gestionar un servicio público, siendo la atención médica pública y la educación pública los servicios más afectados.

* * *

Como lo hizo en publicaciones pasadas, en las que se abordaron temas urgentes y de actualidad del derecho penal y derecho penal internacional, por ejemplo, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal I, II y III* (2010, 2011 y 2013), *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga* (2014), o *Drogas Ilícitas y Narcotráfico. Nuevos Desarrollos en América Latina* (2017), el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi) se dio a la tarea, en este libro, de profundizar en una temática compleja y relevante como lo es la corrupción y el derecho penal, y los mecanismos de prevención, investigación y sanción.

² Global Corruption Barometer: *Citizen's views*.

En 2021 el Gledpi celebra sus 19 años de existencia y en él se mantienen como miembros –o por él han pasado en calidad de expertas y expertos invitados– un gran número de reconocidos juristas especializados en derecho penal y derecho penal internacional, así como en otras áreas de las ciencias penales, de casi todos los países de Latinoamérica, de Alemania, España e Italia.

La idea de este proyecto de investigación surgió en 2018 y –como se cuenta con detalle en la presentación que hace de esta obra el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen (Alemania), (Cedpal)– transcurrió conforme a la dinámica rigurosa establecida de este tradicional grupo de investigación. Hubo tres reuniones presenciales (Valparaíso, Lima y Bogotá), discusiones cerradas, eventos públicos, revisión de pares, intercambio y sugerencias de bibliografía, así como recomendaciones constantes para mejorar la calidad y pertinencia de los textos.

Es de resaltar que, además de la vocación interdisciplinaria y comparada que también ha caracterizado los proyectos anteriores, en este hay un marcado diálogo intergeneracional, pues de él hicieron parte tanto renombrados expertos y expertas de la región y de Europa, como jóvenes y talentosos juristas de una generación más reciente. Además, aumentó la presencia de mujeres académicas, asunto de especial importancia para la dirección del Programa.

Consideramos que a través de los cuatro ejes que componen esta obra, a saber, corrupción y derechos humanos; delitos de corrupción: parte general y especial; mecanismos procesal-penales e institucionales para la persecución de la corrupción; y política criminal e historia de la corrupción, las autoras y los autores dan cuenta, de manera comprensiva y profunda, del complejo fenómeno que abordan.

Tradicionalmente, la lucha anticorrupción se ha planteado como una responsabilidad del derecho penal interno, específicamente en la determinación y tipificación de delitos relacionados con los diferentes aspectos de este flagelo y las sanciones correspondientes. La necesidad de asistencia judicial en el combate a la corrupción, visto que, en un mundo cada vez más globalizado, los delitos de corrupción no paran en

las fronteras, ha conducido a la cooperación internacional en materia penal y procesal al respecto. La perspectiva comparada que utiliza la obra parte justamente de la premisa de que las actuaciones y consecuencias del fenómeno sociopolítico, cultural y económico de la corrupción pública y privada no se limitan a países o regiones particulares del mundo. Por tanto, deben ser analizadas y encaradas de forma regional y global, mediante estrategias transnacionales, integrales y estructurales, de prevención, sanción y reparación a las víctimas.

Saber de la dogmática y conocer reflexiones sustentadas en la historia y la política criminal, así como sobre las herramientas jurídicas, instituciones y otras buenas prácticas que han funcionado en otros países en la lucha contra la corrupción, constituye un paso importante para profundizar en esta problemática. Más todavía cuando se presenta desde las perspectivas del derecho penal, procesal penal y del derecho penal internacional.

Por otro lado, para imaginar la prevención del fenómeno, las acciones han estado elaboradas dentro de marcos estatales de transparencia y acceso a la información. Y, finalmente, como es abordada en este libro, la idea de combatir la corrupción desde el enfoque de derechos humanos con los mecanismos de protección y prevención que existen al nivel internacional, regional y nacional, es un proceso relativamente nuevo. Esto implica esfuerzos relevantes e importantes para aterrizarlos en políticas públicas efectivas y en la concreción del litigio al respecto. El informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Corrupción y Derechos Humanos”, publicado el 31 de diciembre de 2019, es un primer hito y un paso trascendental para profundizar en la corrupción como perversión de cada forma de Estado de derecho y de los derechos humanos. Constituye una hoja de ruta para seguir encaminando, con argumentos y experiencias probadas, los esfuerzos desde la academia, el poder público y la sociedad civil para seguir enfrentando este fenómeno.

* * *

Queremos agradecer a las expertas y a los expertos que contribuyeron a la materialización de este estudio comparado, cuyos mayores desarrollos y avances tuvieron lugar en 2020, un año que, por causa de la pandemia de

la covid-19, trajo consigo muchos retos adicionales en todos los ámbitos, pero especialmente en el laboral y el personal. Un agradecimiento especial por su compromiso y disciplina en este proyecto pese a las circunstancias difíciles que está atravesando la humanidad.

Agradecemos finalmente a los coordinadores académicos del Gledpi, profesores Kai Ambos y Ezequiel Malarino, y al asistente académico y coautor de esta publicación, Gustavo Urquiza. Sus aportes valiosos redundaron en la concepción y concreción de una obra de la más alta calidad académica y rigor científico. Esperamos que este libro que presentamos sirva para nutrir el diálogo informado, no solo entre la comunidad académica, sino también entre los operadores jurídicos, la sociedad civil y los tomadores de decisiones sobre el lastre de la corrupción y las herramientas nacionales, regionales e internacionales tanto del derecho penal como en materia de derechos humanos para combatirlo.

DRA. MARIE-CHRISTINE FUCHS y ANDRÉS FELIPE VILLEGAS GUTIÉRREZ
Directora y coordinador de proyectos
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en esas áreas. El Centro está integrado por una dirección, una secretaría ejecutiva y un consejo científico, así como por investigadores adscriptos y miembros externos.¹

La Asociación de Göttingen para el Fomento de las Ciencias Criminales y la Criminología, así como su aplicación práctica (*Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e.V. / Associação de Göttingen para o Fomento das Ciências Criminais e da Criminologia, assim como a sua aplicação prática / Göttingen Association for Criminal Law, Criminal Justice and Criminology and their Application*) fue creada en 2014 por iniciativa del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos. Entre los miembros de la Asociación se cuenta con numerosos académicos

¹ Para más información, véase <http://cedpal.uni-goettingen.de>.

y profesionales nacionales y extranjeros de renombre. La Asociación tiene como objetivo promover la investigación y la docencia en el campo del derecho penal extranjero e internacional así como de la criminología internacional. La asociación apoya en particular el trabajo del Cedpal, haciendo un énfasis especial en el fomento del debate internacional e interdisciplinario y del intercambio de opiniones entre ciencia y praxis.²

En este libro presentamos los resultados del proyecto desarrollado conjuntamente con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad Adenauer Stiftung, titulado “Corrupción y derecho penal: prevención, investigación y sanción”. El proyecto se inició el año 2018 y los participantes se reunieron en dos rondas para discutir los textos preliminares. La primera ronda de encuentros tuvo lugar en Valparaíso, Chile, los días 8 y 9 de diciembre de 2018 y fue organizada conjuntamente con la Universidad de Valparaíso (para los participantes de Argentina, Brasil y Chile), y en Lima, Perú, los días 10 y 11 de diciembre de 2018 (para los participantes de Colombia, México y Perú). La segunda ronda fue realizada en Bogotá, los días 2 y 3 de diciembre de 2019, con la presencia de los investigadores de todos los países. Conscientes de la relevancia de la problemática de la corrupción, en el transcurso del proyecto fueron realizados dos eventos abiertos al público: el 10 de diciembre de 2018 en Lima (“Corrupción y Estado de derecho”) y el 2 de diciembre de 2019 en Bogotá (“Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Experiencias internacionales en la materia y buenas prácticas”), en los cuales los investigadores tuvieron la oportunidad de presentar algunos avances de sus investigaciones.

Posteriormente, los autores presentaron la versión definitiva de sus trabajos procurando tener en cuenta las observaciones hechas a los participantes en el contexto de las discusiones llevadas a cabo en los seminarios. Los trabajos fueron revisados y aprobados por el Cedpal. El libro aborda múltiples y diversos aspectos de la corrupción, como su repercusión en los derechos humanos, la definición de su concepto, su regulación en distintos países de la región, sus problemas en el contexto de la responsabilidad de las personas

² Para más información, Véase Cedpal, “Asociación de Göttingen para el Fomento de las Ciencias Criminales y la Criminología, así como de su aplicación práctica”, en <https://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/institucional/asociacion-de-goettingen>.

jurídicas o de tipos específicos, su persecución mediante el recurso a la colaboración premiada, la extinción de dominio, la intervención de legos o una fiscalía anticorrupción, así como su presencia histórica y el diseño de la política criminal anticorrupción en determinados países.

Queremos agradecer aquí a todos aquellos que de alguna u otra forma han contribuido a la realización de los seminarios de discusión y la publicación de este libro. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho de la KAS y, especialmente, a su directora Marie Christine Fuchs y a Andrés Villegas. Además, un agradecimiento especial también merecen Dino Carlos Caro Coria y José Luis Guzmán Dalbora por la estupenda organización de los seminarios de discusión y la recepción en Lima y Valparaíso, respectivamente. En segundo lugar, a la editorial Tirant lo Blanch por la acogida de esta obra en su sello editorial. En tercer lugar, a Gustavo Urquiza por su colaboración en la coordinación académica del proyecto. En cuarto lugar, a Carmen Ruiz, Julio Córdón y Miguel Ontiveros por sus valiosas intervenciones en los seminarios de discusión. Finalmente, y, de manera especial, a los autores de los artículos que componen el libro: Claudio Nash Rojas (Universidad de Chile), Salvador Herencia Carrasco (Universidad de Toronto), Kai Ambos (Universidad de Göttingen), Gustavo Urquiza (Universidad de Göttingen), José Luis Guzmán Dalbora (Universidad de Valparaíso), Carla Salvatori (Universidad de Buenos Aires), Andy Carrión Zenteno (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), María Theresa Rocha de Assis Moura, Dino Carlos Caro Coria (Universidad del Pacífico/Universidad de Lima), Marcos Alexandre Coelho Zilli (Universidad de São Paulo), Alejandro Aponte (Universidad de la Sabana), Bruno Rusca (Universidad de Córdoba), Eréndira Contreras, Gustavo Emilio Cote Barco (Pontificia Universidad Javeriana).

PROF. DR. DR. H.C. KAI AMBOS
Director General
Cedpal Georg-August-Universität
Göttingen
Juez del Tribunal Especial para Kosovo –
La Haya (Países Bajos)
Amicus curiae del Tribunal para la Paz
de la JEP – Bogotá (Colombia)

PROF. DR. EZEQUIEL MALARINO
Director Académico – Cedpal
Universidad de San Andrés
Conicet

*Göttingen-Buenos Aires,
mayo de 2021*

ACIJ	Asociación Civil por la Justicia y la Igualdad
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Aenor	Asociación Española de Normalización y Certificación
AnwKStGB	AnwaltKommentar StGB
AP	Ação Penal
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung (Ministerio Federal de Educación e Investigación)
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BR-Drs	Bundesrat Drucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
BT-Drs	Bundestagsdrucksache (Boletín del Bundestag)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCSPETCI	Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
Cedpal	Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen
CGR	Contraloría General de la República (Colombia)
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción

CIDE	Centro de Investigación y Docencia Económicas (México)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIIDPE	Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos (México)
CNE	Consejo Nacional de Estupefacientes (Colombia)
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
Cofece	Comisión Federal de Competencia Económica (México)
Coparmex	Confederación Patronal de la República Mexicana
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código Penitenciario y Carcelario (Colombia)
CPC	Convenio Penal sobre la Corrupción (Consejo de Europa)
CPP	Código de Procedimiento Penal (Argentina, Colombia)
CSJ	Consejo Superior de la Judicatura
CYIL	The Canadian Yearbook of International Law
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJT	Deutscher Juristentag (Jornadas de los juristas alemanes)
DL	Decreto Legislativo
DMRL	Drittmittelrichtlinien (Directivas sobre fondos de terceros)
DStR	Deutsches Steuerrecht
EAC	Estatuto Anticorrupción (Colombia)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero)
FECC	Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción (México)
FGR	Fiscalía General de la República (México)
Frisco	Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Colombia)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
Gledpi	Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional
HRG	Hochschulrahmengesetz
HRREC	Human Rights Research and Education Centre (Universidad de Ottawa)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung

Inegi	Instituto Nacional de Estadística y Geografía (México)
ICHRP	International Council on Human Rights Policy
IMCO	Instituto Mexicano para la Competitividad
ISO	International Organization for Standardization
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LG	Landgericht (Tribunal del Land [Estado])
LGRA	Ley General de Responsabilidades Administrativas (México)
LHG Ba-Wü	Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg
LK	Leipziger Kommentar
MedR	Medizinrecht
MeTrOP	Métrica de Transparencia de la Obra Pública (México)
MPF	Ministério Público Federal (Brasil)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OHCR	The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSI	Open Society Institute
PharmaR	Pharmarecht
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Polit. Crim.	Política Criminal
PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RS	Rio Grande do Sul
SAE	Sociedad de Activos Especiales (Colombia)
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción (México)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)

StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StV	Strafverteidiger
Sudene	Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste
UNE	Una Norma Española
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
VwfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley alemana de procedimiento administrativo)
WissR	Wissenschaftsrecht
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

**CORRUPCIÓN
Y DERECHOS HUMANOS**

CORRUPCIÓN COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS NORMATIVOS PARA SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Claudio Nash

RESUMEN. Este trabajo analiza la posibilidad de que la corrupción sea considerada una violación de los derechos humanos, a la luz de los parámetros internacionales sobre dichos derechos. Se busca establecer la relación entre el fenómeno de corrupción y los distintos elementos que configuran la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos. Se defiende que, en el ámbito de los derechos humanos, cobra especial relevancia un análisis normativo sobre corrupción como base del ilícito internacional atribuible al Estado por el impacto diferenciado que la corrupción tiene en el goce y ejercicio de estos derechos, y por sus consecuencias en materia de reparaciones.

Palabras clave: corrupción; derechos humanos; responsabilidad internacional; reparación.

ABSTRACT. This work analyzes the possibility of considering corruption as a violation of human rights, in light of international human rights parameters. It aims to establish the relationship between the phenomenon of corruption and the different elements of the State's international responsibility for illegal acts. It argues that, in the field of human rights, a normative analysis of corruption is particularly relevant as the basis of the international crime attributable to the State due the differentiated impact that corruption has on the enjoyment and exercise of these rights, and its consequences with regard to reparations.

Keywords: Corruption; human rights; international responsibility; reparation.

Introducción

En las últimas dos décadas se ha hecho frecuente la idea de que la corrupción no se agota con los problemas económicos que genera o con las implicancias que tiene para desarrollar negocios a nivel global con base en ciertas certezas mínimas de confiabilidad y *fair trade*.¹ Casos de corrupción a nivel mundial han escandalizado a la ciudadanía y se ha hecho común la idea de que la “corrupción mata” o “corrompe las democracias”. Empero, el debate jurídico en torno a estos eslóganes no ha tenido la suficiente profundidad.

Uno de los ámbitos donde es patente la falta de profundidad del debate ha sido en el impacto de la corrupción en los derechos humanos. Si bien se ha avanzado al reconocer que la lucha contra la corrupción y la defensa de los derechos humanos son procesos convergentes, no se ha analizado dogmáticamente si existen elementos normativos para considerar la corrupción como una violación de los derechos humanos.

En la primera parte de este trabajo se hace una reseña general de los aspectos conceptuales para caracterizar el fenómeno de la corrupción y su impacto en los derechos humanos. En la segunda se analizan algunas cuestiones sobre la configuración de la corrupción como una violación de derechos humanos bajo los estándares internacionales. En la tercera se entiende la corrupción estructural como un elemento relevante para configurar violaciones de derechos humanos. En la cuarta se aborda el debate sobre prácticas criminales de corrupción que agravan las violaciones de derechos humanos. En la quinta se estudian las consecuencias de la corrupción como violación de derechos humanos en el ámbito de la reparación integral de las víctimas. Por último, se dan algunas conclusiones.

¹ Este ha sido el enfoque de los organismos económicos internacionales desde la década de los noventa. Desde él se han construido políticas públicas en materia de corrupción con importantes reformas a los sistemas de justicia, transparencia y rendición de cuentas. Véase Morris y Blake: *Corruption and Democracy*.

El fenómeno de la corrupción y su impacto en los derechos humanos

Los múltiples ejemplos de corrupción a nivel mundial dan cuenta de que es un fenómeno con distintas formas (soborno, malversación de fondos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros), pero no todas ellas constituyen violaciones de derechos humanos.² En todas ellas sí hay afectación del sistema democrático y el Estado de derecho, pero en algunas esto adquiere dimensiones agravadas que requieren una respuesta diferenciada.³

La corrupción puede ser entendida como un fenómeno que involucra abuso de poder delegado para la obtención ilegítima de un beneficio privado, económico o de otro carácter.⁴ Es, por lo tanto, un fenómeno complejo vinculado al ejercicio abusivo de una situación de poder (esta concepción amplia permite considerar la corrupción privada, sin limitarse a la de funcionarios estatales). Hay un aprovechamiento o abuso de una posición de poder que conlleva el incumplimiento de un mandato normativo y, de esta forma, se produce un quiebre en el sistema normativo, con efectos institucionales⁵ y con la capacidad de afectar a terceros.⁶ Precisamente, el impacto institucional (afectación normativa de poder estatal delegado) y su capacidad para afectar a terceros son fundamentales para comprender los alcances de la corrupción entre agentes estatales y el impacto sobre los derechos humanos.⁷

Las formas de corrupción relevantes en materia de derechos humanos son las cotidianas, ampliamente extendidas, y que impactan desproporcionadamente a los sectores más vulnerables debido a su contacto

² Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA (1996) como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) hacen largos listados de actos de corrupción.

³ Zalaquett: *Transparencia*, 36-44.

⁴ *Transparencia Internacional: Guía*, 14.

⁵ Si bien la corrupción puede involucrar a privados o agentes estatales, el impacto agravado de orden normativo que se produce en los casos de corrupción de funcionarios estatales es el foco de este estudio. Véase Warren: *American Journal of Political Science* 48(2), 2004, 328-343; Malem: *La corrupción*.

⁶ Kjellberg: *International Political Science*.

⁷ Un estudio especialmente influyente es el de Peters: *Corruption and Human Rights*. En el ámbito interamericano ver Vásquez: *Corrupción y derechos humanos*.

permanente y su dependencia de los servicios públicos. Empero, tienen también un gran impacto los casos de gran corrupción que involucran altos sectores políticos y que tienen consecuencias económicas relevantes.⁸ En particular, son graves los casos de captura del Estado⁹ y macrocorrupción¹⁰ por su impacto no solo en los individuos sino también en el Estado de derecho y en la democracia.¹¹

En este sentido, la corrupción es objeto de preocupación a nivel nacional e internacional. Particularmente preocupantes son aquellas prácticas que pueden configurar un crimen internacional y que serían perseguidas internacionalmente al ser tipificadas en instrumentos internacionales de carácter penal con la capacidad de afectar principios e instituciones altamente valorados por la comunidad internacional y cuya vulneración ofende valores ampliamente compartidos.¹² Estas consecuencias penales individuales no son parte de esta investigación. El objetivo es determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, determinación que, a diferencia del proceso penal, no busca sancionar penalmente conductas ilícitas bajo procedimientos y estándares probatorios particulares, sino contrastar la actuación estatal con sus obligaciones internacionales.¹³

⁸ Transparencia Internacional: *Guía*.

⁹ Hellman y Kaufmann: *Finanzas y Desarrollo*, 2001.

¹⁰ Garay et al: *Macrocorrupción*.

¹¹ Véase Zalaquett: *Transparencia*, 17-36; Lutz: *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas* n.º 263, 2004, 263-265; Dawood: *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* n.º 9, 2014, 108-109; ONU: Resolución 35/25, A/HRC/RES/35/25, 2017, 2.

¹² Véase Bantekas: *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 466-484; Bassiouni: *1 International Criminal Law*, 1999, 3-126; Barkhouse: *Can the ICC Prosecute*, 7-39.

¹³ La Corte ha establecido, en un caso reciente, “de manera constante, desde su primer caso contencioso, que para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos rígidos que en los sistemas legales internos y ha sostenido que puede evaluar libremente las pruebas. Por tanto, la jurisdicción internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la jurisdicción penal, ya que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal, por lo que para efectos de establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no es requisito que se pruebe, como sucede en el derecho penal interno, la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a quienes se atribuyen los hechos violatorios, sino que incumplida por éste es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido”. Corte IDH: Caso Alvarado Espinoza, párr. 168.

No obstante, constatar esta valoración negativa de la corrupción desde una perspectiva internacional no significa, necesariamente, que se haya resuelto la pregunta sobre la configuración de ilícitos internacionales por violación de derechos humanos a partir del fenómeno de corrupción.¹⁴ Este es un concepto amplio que debe ser analizado integralmente.

Una violación de derechos humanos internacionalmente reconocidos se configura como un acto antijurídico complejo, que debe cesar, y consiste en el incumplimiento de una obligación internacional atribuible al Estado. Si ha provocado daños, deben ser reparados integralmente. En consecuencia, no debe confundirse la violación de derechos humanos solo con los elementos del hecho internacionalmente ilícito (un acto atribuible al Estado que constituya una violación de una obligación internacional¹⁵), sino que debe asociarse a todos los elementos que son propios de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos.¹⁶

Por tanto, a efectos de configurar la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos se deben determinar las causas de dicho ilícito, el contexto en que se produce, las formas en que se materializa la ejecución y las consecuencias para las posibles víctimas, el entorno inmediato, la sociedad y la comunidad internacional.

Los elementos que configuran la responsabilidad internacional del Estado son los que permiten a los órganos de control internacional disponer las medidas para el cese de la violación de derechos humanos, la reparación integral de las víctimas y las medidas de garantía de no repetición.¹⁷ Para determinar que las medidas de reparación integral sean eficaces es necesario establecer el vínculo causal entre el ilícito internacional provocado por el acto de corrupción y el daño producido. Este vínculo causal debe consistir, en lo fundamental, en una relación previsible y necesaria entre

¹⁴ Véase ICHRP: *Corruption*; ICHRP: *La integración*; Nash y González: *Transparencia*; Boersma: *Corruption*; Nash et al.: *Corrupción y derechos humanos*; Figueiredo: *Corruption and Human Rights*; Peters: *Corruption and Human Rights*.

¹⁵ CDI: *Proyecto*, artículo 2.

¹⁶ Sobre los alcances de la discusión sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, véase ONU: *Tercer informe*.

¹⁷ CDI: *Proyecto*, artículos 30 y 34.

el acto ilícito y el resultado lesivo.¹⁸ Sobre este tema volvemos con mayor detalle *infra*.

De esta forma, configurar la corrupción como una violación de derechos humanos requiere resolver más elementos, además de simplemente señalar la relación contextual entre los actos corruptos y un resultado dañino para el goce y ejercicio de derechos garantizados internacionalmente, como suele abordarse el tema en el ámbito internacional de protección de derechos humanos.¹⁹

El fenómeno de corrupción como violación de derechos humanos

La literatura tradicional ha puesto el énfasis en los temas relativos a la relación de causalidad entre corrupción y violación de derechos y en las materias relativas a la atribución de responsabilidad.²⁰ Si bien este enfoque es correcto, no es suficiente. Para que surja la responsabilidad internacional basta con que un hecho ilícito internacional sea atribuido al Estado, y para configurar un hecho internacionalmente ilícito es suficiente establecer la infracción de una obligación internacional y no es necesario el elemento subjetivo (dolo o culpa) ni determinar el motivo del acto que conduce a la infracción internacional, siempre y cuando el ilícito pueda ser atribuido al Estado.²¹

En el contexto de una profunda interacción entre corrupción y derechos humanos, es importante ahondar en el análisis de los posibles vínculos entre el acto de corrupción y el ilícito atribuible al Estado.

¹⁸ Véase Peters: *Corruption and Human Rights*, quien ha trabajado con detalle estos elementos a la luz de los principios internacionales (CDI: *Proyecto*).

¹⁹ Véase Nash y Fuchs: *Corrupción*.

²⁰ Véase Fuchs: *Derechos Fundamentales*; Figueiredo: *Corruption and Human Rights*; Peters: *Corruption and Human Rights*; Boersma: *Corruption*.

²¹ Sobre los cambios en el proceso de discusión en la Comisión de Derecho Internacional, véase Crawford: *Artículos sobre responsabilidad del Estado*, 2009.

La corrupción y el ilícito internacional atribuible al Estado

Con un enfoque analítico, es relevante si la corrupción puede considerarse como una violación de derechos humanos. Para que un acto de corrupción pueda ser así considerado es necesario que se establezca que dicho acto (acción u omisión) tiene la capacidad de infringir una obligación internacional del Estado en materia de derechos humanos (ilícito)²² y ser atribuido al Estado (atribución).

Se pueden distinguir dos hipótesis relevantes sobre el vínculo causal entre corrupción e *ilícito internacional*.²³ Por una parte, un acto de corrupción puede ser el motivo o detonante inmediato del incumplimiento de una obligación internacional, es decir, se hace algo prohibido o se deja de hacer algo a lo que se está obligado como consecuencia de la corrupción, estableciéndose un vínculo lógico entre la corrupción y dicha actuación. Por otra, un acto de corrupción puede ser la base del hecho ilícito (acción u omisión que constituye una infracción del mandato normativo) y, en dicha hipótesis, la corrupción es el ilícito internacional (acto que constituye el incumplimiento de una obligación del Estado). En ambas hipótesis existe un vínculo necesario y suficiente entre la corrupción y el ilícito internacional, sea indirecto –si el acto corrupto motiva o detona el incumplimiento de una obligación consagrada internacionalmente en materia de derechos humanos– o directo –si el acto corrupto constituye el incumplimiento normativo–.

Establecido que se está ante un ilícito que tiene un vínculo causal con un acto de corrupción (indirecto o directo), es necesario determinar el incumplimiento *atribuible al Estado*. Como los casos de corrupción tienen una trama secreta, muchas veces es difícil establecer toda la cadena de acontecimientos y, en consecuencia, es complejo comprobar la causalidad,

²² “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. CDI: *Proyecto*, artículo 12.

²³ Sigo en esto a Peters: *Corruption and Human Rights*, 49-52, quien usa la expresión *causal link* de acuerdo con las reglas internacionales sobre responsabilidad internacional de los Estados, aunque los principios de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por actos ilícitos solo usa esta expresión para materias reparatorias.

es preciso establecer los factores de atribución para vincular la actividad estatal en una determinada trama de corrupción. Estos factores de atribución en materia de derecho internacional de los derechos humanos son los propios del derecho internacional, esto es, debe ser un acto ilícito (acción u omisión) de cualquier órgano estatal, de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, si estos actúan en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.²⁴ Por tanto, lo relevante para establecer dicho vínculo será determinar la obligación de los agentes estatales y si se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado a través de actos o situaciones de corrupción.

La mejor forma de configurar esta atribución de responsabilidad es clarificar las obligaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos.²⁵ Para ello la clave está en las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación que concretizan la obligación de cumplir de buena fe los compromisos internacionales del Estado. Habrá que establecer, en consecuencia, cómo estas obligaciones se relacionan con la corrupción.²⁶

La *obligación de respeto* consiste en cumplir con el mandato normativo asociado a cada uno de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Por tanto, habrá incumplimiento a la obligación de respeto, vinculada con la corrupción, cuando un órgano o autoridad estatal realiza algo prohibido u omite una actuación a la que están obligados con base en, o motivados por, un acto de corrupción. La obligación estatal puede ser de medio o de resultado, dependiendo del mandato normativo contenido en la positivización del respectivo derecho o libertad. La determinación del incumplimiento, como consecuencia de un acto o situación de corrupción, dependerá de si se establece un vínculo causal entre el acto de corrupción y el incumplimiento de dicho mandato normativo en el caso concreto (acción

²⁴ Para ver con profundidad el tema, Peters: *Corruption and Human Rights*, 57-62.

²⁵ Un completo estudio sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en Ferrer Mac-Gregor y Pelayo: *Estudios Constitucionales*, 10(2), Chile, 2012, 141-192.

²⁶ El primer órgano internacional de derechos humanos que ha desarrollado esta materia en forma completa ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe temático de 2019 sobre "Corrupción y Derechos Humanos".

u omisión). Como dicho incumplimiento se da en el marco de las obligaciones del Estado, es posible establecer fácilmente la atribución de responsabilidad estatal.

La *obligación de garantía* consiste en un conjunto de medidas que debe adoptar el aparato de poder público para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. La garantía tiene diversas expresiones vinculables directamente con la corrupción (prevención, protección, investigación y sanción).

En primer lugar, la obligación de garantía supone el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para prevenir los hechos de corrupción que pueden configurar violaciones de derechos humanos.²⁷ En este sentido, la autoridad debe tomar las medidas necesarias para adecuar su institucionalidad (leyes, órganos y organismos, procedimientos, entre otros) y erradicar la corrupción del aparato estatal. Asimismo, se deben adoptar las medidas necesarias para los cambios culturales necesarios y superar los factores de este tipo que fomentan y permiten la corrupción. Además, se deben tomar las medidas necesarias para capacitar a los funcionarios públicos sobre sus obligaciones en materia de probidad administrativa. Si los órganos y agentes estatales no adoptan estas medidas, están incumpliendo su deber de prevenir y, por tanto, incurrir en responsabilidad internacional por no garantizar el ejercicio y goce pleno de los derechos. Para que dicha actuación sea atribuible al Estado, aunque concurren otros elementos de análisis, basta con establecer que el incumplimiento ha sido suficiente para constituir el hecho ilícito.²⁸

En segundo lugar, el Estado debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para proteger a los afectados por la corrupción. En este sentido, debe adoptar medidas institucionales (legislación, recursos eficaces,

²⁷ Este ha sido un aspecto destacado en el informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: "Examinando la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, resulta más evidente que son necesarias medidas preventivas. Al integrar una perspectiva de derechos humanos en las estrategias de lucha contra la corrupción, también se vuelve imprescindible aplicar políticas de prevención en aspectos como la transparencia, las declaraciones juradas, las leyes de acceso a la información pública y los controles externos". ONU: A/HRC/28/73, 2015, párr. 28.

²⁸ CDI: *Proyecto*, artículo 15.1.

procedimientos rápidos y accesibles) y organizativas (sistemas de alerta rápida, evaluación de riesgos) para garantizar una adecuada protección a los afectados por la corrupción, por los resultados que genera, y a quienes la denuncian y la combaten. Estas medidas comprenden actuaciones específicas de protección de un individuo amenazado en el goce y ejercicio de sus derechos, hasta políticas públicas para crear ambientes propicios para la protección de los derechos humanos (como ocurre en el caso de los defensores de derechos humanos).²⁹ Es atribuirle al Estado que los órganos o autoridades encargadas de disponer e implementar eficazmente estas medidas no lo hagan.

En tercer lugar, los Estados tienen el deber de adoptar medidas eficaces destinadas a investigar y sancionar los actos de corrupción de agentes estatales y no estatales. Por ello, deben tomar las medidas legislativas o de otro carácter para prohibir los actos de corrupción, establecer sanciones proporcionales y, sobre todo, adecuar los sistemas de control y sanción para que dichos órganos estatales puedan investigar eficazmente los casos de corrupción, particularmente los más graves, y así establecer la verdad, sancionar y ejecutar las sanciones y recuperar los frutos ilícitos obtenidos mediante corrupción. Cuando los Estados no toman estas medidas se configuran contextos de impunidad que fomentan la repetición de los ilícitos.³⁰ Frente a actos de corrupción entre privados, la evaluación sobre las medidas preventivas y la eficacia de la respuesta de los Estados para investigar y sancionar dichas situaciones serán los elementos relevantes para establecer si existe responsabilidad estatal. La actuación y deber de justicia

²⁹ El análisis más completo sobre la protección de personas afectadas o en riesgo por la corrupción, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está en el Informe Temático sobre “Corrupción y Derechos Humanos” de la CIDH de 2019.

³⁰ La Corte Interamericana ha estado desarrollando y profundizando sistemáticamente, desde su primera sentencia contenciosa (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988), los parámetros sobre la responsabilidad internacional de los Estados por actos de privados. Sobre la responsabilidad del Estado por situaciones creadas por él mismo, pero donde los ilícitos son cometidos por privados, véase el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia de la Corte IDH, párrs. 101-125. Para un buen análisis en la jurisprudencia reciente de la Corte sobre un acto privado con impacto estatal por la ineficaz respuesta, véase el caso López Soto y otros vs. Venezuela de la Corte IDH, párrs. 138-139.

permiten configurar un acto atribuible al Estado relativo a corrupción entre privados.

Sin duda, la impunidad relacionada con las violaciones de derechos humanos ha sido un incentivo para generar contextos estructurales de corrupción en América Latina³¹ y de ahí emana la obligación del Estado de reaccionar eficazmente para evitar una cultura de impunidad.³² Esta omisión de los órganos y autoridades estatales es atribuible al Estado al configurar formas de responsabilidad internacional agravada.

Algunos ejemplos interesantes en este sentido son los casos “Campo Algodonero”³³ (1999) y “Hacienda Verde vs. Brasil”³⁴ (2017) sobre violencia contra mujeres y esclavitud, respectivamente, resueltos por la Corte Interamericana. En ambos es claro que la impunidad, pues la falta de voluntad de investigar casos vinculados con grupos tradicionalmente sometidos a discriminación estructural posibilita las condiciones para las violaciones de los derechos humanos.³⁵ En estos casos, las fallas institucionales (normativas, funcionarias y de control) y, particularmente, la impunidad, podrían haberse vinculado directamente con corrupción estructural en las instituciones encargadas de investigarlos. Desafortunadamente, la Corte no entró en este análisis en las sentencias respectivas. Por tanto, no se

³¹ Un buen ejemplo es el caso de Chile y los casos de financiamiento ilegal de la política y prácticas de cohecho en el Parlamento. véase Nash: *REDIAJ* 8, 2017, 353-408.

³² CIDH: Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017.

³³ Corte IDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N. 205.

³⁴ Corte IDH: Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N. 318.

³⁵ En este caso la Corte IDH señaló, en relación con la falta de investigación efectiva de los hechos denunciados por la discriminación hacia parte de la población brasileña que trabaja en condiciones de esclavitud: “Es así que es razonable concluir que la falta de debida diligencia y de sanción por los hechos de sometimiento a condición análoga a la de esclavo estaba relacionada a una preconcepción de las condiciones a las que podía ser normal que fueran sometidos los trabajadores de las haciendas del norte y noreste de Brasil. Esta preconcepción resultó discriminatoria en relación con las víctimas del caso e impactó la actuación de las autoridades obstaculizando la posibilidad de conducir procesos que sancionaran a los responsables”. (Corte IDH: Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N. 318, párr. 419).

dispusieron medidas para erradicar la corrupción de base de las situaciones de impunidad.

Ahora bien, la corrupción afecta otra obligación general: la *no discriminación*. Es posible sostener que si se es objeto de trato diferenciado por parte de la autoridad, basado en una condición social (no incurrir en actos de corrupción por decisión o por imposibilidad), y el resultado es la anulación o menoscabo de derechos humanos, se es víctima de discriminación basada en corrupción.³⁶ Los sectores tradicionalmente desaventajados como causa de prácticas históricas de exclusión y marginación son afectados desproporcionadamente por la corrupción y son víctimas de discriminación.

Hay que tener en cuenta que en algunas situaciones hay una afectación a algunos derechos humanos pero no una violación de derechos porque se está ante un límite legítimo. Una de esas situaciones es la restricción de derechos. Hay que considerar que, respecto a la posibilidad de restricción a los derechos humanos en relación con la corrupción, esta nunca puede ser un elemento que justifique la restricción de derechos. Distinto es el hecho de considerar la lucha contra la corrupción como un objetivo legítimo para la *restricción de derechos* conforme a los estándares internacionales. Para que un Estado pueda restringir legítimamente el goce y ejercicio de derechos humanos es necesario que concurren cuatro elementos: i) legalidad; ii) objetivo y fin legítimo; iii) necesidad en una sociedad democrática; y iv) proporcionalidad en sentido escrito.³⁷ Así, las medidas anticorrupción podrán considerar restricciones de derechos cuando sean idóneas (conducentes a obtener el fin legítimo, a saber, el combate a la corrupción), necesarias (hay un interés público comprometido como lo es la lucha contra la corrupción y no hay otra vía menos invasiva para alcanzarlo además de una restricción de derechos) y proporcionales (al ponderar la medida estatal anticorrupción con el derecho humano en juego, la medida afecta en la menor medida posible el derecho para obtener el resultado perseguido).

³⁶ CIDH: *Informe Temático*, 109.

³⁷ Para un completo análisis de los alcances de la restricción de derechos humanos, ver el caso *Kimel vs. Argentina*, párrs. 59 ss.

En definitiva, la atribución de responsabilidad en casos de ilícitos internacionales, con base en actos o situaciones de corrupción, está determinada por el incumplimiento de las obligaciones generales del Estado y las autoridades correspondientes en el ámbito de sus competencias. Qué autoridad y de qué forma cumple con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos es una decisión interna del Estado, pero este diseño institucional nunca podrá ser invocado para eximirse de responder internacionalmente, pues la obligación es del Estado en su conjunto, y así será evaluado internacionalmente.³⁸

Corrupción y su nexa causal con el daño

Si estamos ante un ilícito, atribuible al Estado como fuente de un acto de corrupción (directa o indirecta), es necesario abordar la discusión sobre el *nexa causal con el daño*. El daño, en tanto consecuencia gravosa directa y previsible del hecho ilícito, no es un elemento de la responsabilidad internacional, pero sí de la violación de derechos humanos porque es el antecedente de una de las consecuencias de la responsabilidad, esto es, la obligación de reparación.³⁹

Un acto corrupto provoca un daño cuando este es una consecuencia previsible y necesaria de la actuación ilícita.⁴⁰ De esta forma, para que el daño sea reparable, debe estar causalmente relacionado con el ilícito, y las medidas de reparación deben estar, a su vez, causalmente conectadas con dicho ilícito y el daño provocado. Este es el elemento que determina la legitimidad de las medidas de reparación integral en materia de derechos humanos.⁴¹

Tomemos como ejemplo el caso de la corrupción judicial. Cuando el juez acepta un soborno para favorecer/perjudicar a una parte, el ilícito se produce al violar su obligación de respetar el derecho de los intervinientes

³⁸ CDI: *Proyecto*, artículo 32.

³⁹ CDI: *Proyecto*, artículos 28 ss.

⁴⁰ La necesidad y la previsibilidad son la base de la relación causal en materia jurídica. Véase Peters: *Corruption and Human Rights*, 51-52, quien se sustenta en los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estado por hecho ilícitos (CDI: *Proyecto*).

⁴¹ Nash: *Responsabilidad Internacional*, 119-120.

a ser juzgados por un tribunal imparcial y, con ello, se viola el derecho de las partes a un debido proceso.⁴² Por tanto, el ilícito internacional que tiene su fuente en un acto de corrupción (el soborno genera el trato parcial) provoca un daño previsible y necesario (juzgamiento parcial) y, en consecuencia, la víctima debe ser reparada integralmente a través de una medida restitutoria (anulación del juicio), compensatoria (indemnización pecuniaria) y de satisfacción (petición de perdón).⁴³

Además, en el marco de la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana (siguiendo los principios de Naciones Unidas sobre reparación integral de las violaciones de derechos humanos),⁴⁴ se deben adoptar medidas para evitar que vuelva a ocurrir. Aquí es relevante la fuente del ilícito, pues, en efecto, si es la corrupción, entonces deben adoptarse medidas para sancionar al juez por el acto de corrupción y no solo por la sentencia parcial. También debe sancionarse a quien pagó el soborno.⁴⁵ Deben adoptarse medidas para establecer si es una práctica común y las razones por las que se ha permitido. Se deben analizar otros casos similares donde se sospeche corrupción para establecer si se es un patrón sistemático, y adoptar las medidas pertinentes. Si se está ante una red de corrupción judicial, se deben adoptar las medidas para desarticularla. (Hay otras medidas en las que entraré en detalle).⁴⁶ Así, establecer la corrupción como fuente del ilícito tiene consecuencias jurídicas relevantes para la resolución adecuada del caso. Es posible afirmar, en consecuencia, que la violación de derechos humanos tiene su origen en un acto o sistema de corrupción.

⁴² Artículo 14 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁴³ Sobre los alcances de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Correa: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1019-1099.

⁴⁴ Véase ONU: *Principios y directrices*.

⁴⁵ Quien paga un soborno (ilícito) también puede ser víctima de una violación de derechos humanos.

⁴⁶ Sobre la posibilidad de establecer medidas de reparación integral que impliquen cuestiones estructurales, véase Corte IDH: Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N. 318.

Algunos casos recientes en la región (Honduras, Argentina, Brasil o Guatemala)⁴⁷ permiten diferenciar entre formas individuales de abuso de posiciones de poder (actos de corrupción aislada) y situaciones institucionales, donde la corrupción se presenta a través de la captura de órganos, organismos o reparticiones del Estado, lo que tiene un impacto generalizado en el goce y ejercicio de derechos humanos, como, por ejemplo, el los de la vida, la salud, la integridad personal o la libertad de expresión. Si bien en estos casos el Estado incurre en responsabilidad internacional, se producen de forma diferenciada y agravada en los casos institucionales, lo que debe ser considerado cuando los organismos de control internacional dispongan medidas de reparación.

Sobre esta situación se puede analizar el caso de la entrega de remedios adulterados o en mal estado por parte de instituciones relacionadas con corrupción en Honduras.⁴⁸ La situación institucional de corrupción, en este caso, impidió el cumplimiento de la obligación del Estado de proveer medicamentos de calidad y apropiados (la corrupción fue la fuente del ilícito). Este reparto de medicamentos provocó daño en la salud de los individuos a quienes se les hicieron las entregas. Entre el ilícito y el daño hay un nexo causal donde el deterioro de la salud, e incluso la muerte, son consecuencias previsibles de la entrega de medicamentos adulterados o en mal estado.⁴⁹ Este caso permite pensar sobre el nexo causal en aquellas situaciones, donde hay una cadena de acontecimientos entre el acto de corrupción y el daño. En estos casos la clave será establecer si hay un vínculo de suficiencia entre causales concurrentes,⁵⁰ esto es, allí donde no es necesario acreditar que todas las acciones ocasionan el daño y basta con probar que el daño es una consecuencia previsible del actuar ilícito.⁵¹ En el caso menciona-

⁴⁷ Ver casos en Nash y Fuchs: *Corrupción*.

⁴⁸ Reporte MACCIH n.º 6.

⁴⁹ Sobre el nexo causal en caso de no acceder a un adecuado tratamiento de salud, y las consecuencias físicas en las víctimas, véase Corte IDH: Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C N. 359, párrs. 119, 126 y 163 (particularmente este último sobre el nexo causal).

⁵⁰ Véase Peters: *Corruption and Human Rights*, 53-54; Fuchs y Ávila: *Corrupção*, 319-348.

⁵¹ En la discusión de los principios sobre la reparación internacional del Estado por hechos ilícitos, el Relator Crawford estableció: "Es cierto que puede haber casos en que proceda imputar un elemento identificable del daño a una sola de varias causas concurrentes. Sin

do, el daño de la salud fue una consecuencia previsible –esto es, se pudo haber anticipado–, pues la no entrega de los medicamentos de calidad fue consecuencia de la corrupción que desvió los fondos asignados para su compra.

En consecuencia, las medidas de reparación (compensación, rehabilitación y satisfacción) deben sumarse a otras relacionadas con la situación de corrupción, como la intervención de la institución de seguridad social, la reforma de su gestión o el establecimiento de controles (no repetición). Asimismo, se debe investigar y sancionar penalmente a los responsables de los actos de malversación de fondos y por los ilícitos asociados a los derechos violados (salud y vida).

Contextos de discriminación estructural y corrupción

Un aspecto destacado en la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos es la necesidad de considerar los contexto –para el análisis de la responsabilidad internacional de los Estados–, en que están inmersos los titulares de derechos.⁵² Si bien no se está ante una situación de corrupción originaria (directa o indirecta) del ilícito atribuible al Estado, sí cobra relevancia en materia de derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado, ya que es una afectación desproporcionada y diferenciada de la corrupción en grupos históricamente discriminados, lo que los hace especialmente vulnerables a sus consecuencias nocivas.⁵³

embargo, a menos que pueda demostrarse que parte del daño obedecía a una causa distinta de la del daño imputado al Estado responsable, debe imputarse a este la responsabilidad de todas las consecuencias (que no sean indirectas o remotas) de su comportamiento ilícito". ONU: *Tercer informe*, párr. 35.

⁵² Para un buen análisis sobre el contexto en materia de derechos humanos, véase Hines-troza: *Violaciones, derechos humanos y contexto*.

⁵³ CIDH: Resolución 1/18, Corrupción y Derechos Humanos de 02 de marzo de 2018, 6: "La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI". Esto fue

En este sentido, es pertinente analizar en qué medida la corrupción es un elemento del *contexto*, relevante en casos de discriminación estructural, y su efecto en mujeres, personas en situación de migración, pueblos indígenas, afrodescendientes, personas privadas de libertad, entre otros grupos⁵⁴ que, por su situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos, están expuestos a formas sistémicas e individuales de corrupción. Es decir, su condición es un antecedente fáctico que facilita la violación de derechos mediante actos de corrupción.

La situación de vulnerabilidad agravada en que están los grupos en situación de discriminación sistémica⁵⁵ genera espacios de discrecionalidad y falta de control, donde las autoridades ejercen arbitrariamente su poder, lo que en la práctica promueve diversas formas de corrupción. Por ejemplo, un trabajador inmigrante o una trabajadora que no cuenta con permiso de residencia podrá ser extorsionado por algún funcionario corrupto, a sabiendas de que muchas veces no tienen donde presentar sus quejas o tienen miedo de hacerlo. Otro ejemplo es el de afectación diferenciada de mujeres que sufren de manera agravada situaciones de violencia sexual o clientelismo político.⁵⁶

En estos casos, los actos individuales e institucionalizados de corrupción afectan el deber de garantizar, sin discriminación, el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Así, es posible establecer un vínculo causal entre el ilícito (omisión del deber de garantía) y la afectación de los derechos humanos de dichos grupos sociales. A partir de estos actos, imputables al Estado, es posible configurar casos de responsabilidad internacional por hechos de corrupción que deben ser reparados no solo individualmente (restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción), sino también colectivamente (obligación de no repetición).

desarrollado con amplitud por la CIDH en el Informe Temático Corrupción y Derechos Humanos de 2019, 157-185.

⁵⁴ Sobre la aplicación del principio de igualdad y la discriminación estructural, véase Saba: *Más allá de la igualdad*.

⁵⁵ Saba: *Más allá de la igualdad*; CIDH: Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017; CIDH: Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos de 02 de marzo de 2018.

⁵⁶ Schimmel y Pech: *Corruption and Gender*; Nawaz: *Transparency International*; Gruemberg: *Género y Corrupción*; Ferreira et al.: *Género y corrupción*.

En este sentido, cabe destacar el análisis realizado recientemente por la Corte IDH en un caso sobre adopciones ilegales en Guatemala.⁵⁷ El tribunal internacional estableció explícitamente un vínculo entre un “marco de corrupción” y el impacto negativo en los derechos humanos de los niños y niñas adoptados ilegalmente y de sus padres biológicos.⁵⁸ Si bien la Corte señaló que existía un “impacto negativo”, no dio el paso necesario para considerar que el contexto de corrupción constituía parte de una violación estructural de derechos humanos, cuestión perfectamente posible de establecer a la luz de los hechos acreditados en el caso. En efecto, la omisión de sus obligaciones de control y protección con base en el “marco de corrupción” (situación de corrupción), impidió que los órganos del Estado cumplieran con el deber de tomar las medidas adecuadas para la protección de los derechos de niños y niñas adoptados ilegalmente (artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH), tampoco garantizó la unidad familiar (artículo 17 CADH), ni el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 CADH). Asimismo, dicho “marco de corrupción” impidió que se investigara y sancionara proporcionalmente a los responsables (artículos 1.1, 25.1 y 8.1 CADH). Haber hecho este análisis, y no solo una declaración genérica, le habría permitido a la Corte dar por establecido un ilícito internacional cuya fuente era la corrupción, lo que le habría permitido configurar un nexo de causalidad entre el daño a los derechos humanos de las víctimas y la corrupción estatal (el daño era

⁵⁷ Corte IDH: Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C N. 351.

⁵⁸ Corte IDH: Caso Ramírez Escobar; párr. 242: “La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos”.

previsible y suficiente a partir del marco de corrupción) y, en consecuencia, habría podido disponer medidas de reparación integral destinadas a erradicar la corrupción en materia de adopciones internacionales.

Realizar un análisis de este tipo es fundamental. Las situaciones de corrupción generalizada (“marco de corrupción”, en palabras de la Corte IDH) son constantemente establecidas por los organismos de derechos humanos, pero sin llegar a las consecuencias de sus razonamientos. No establecen si dicho marco de corrupción es un antecedente que vincule el actuar ilícito de la autoridad con los actos de corrupción asociados. La cuestión es que, si es posible establecer el vínculo entre el incumplimiento de la obligación general y la situación de corrupción, el órgano internacional debería considerar esta constatación como un aspecto relevante al configurar el contexto general en que se produce el ilícito atribuible al Estado y disponer las medidas de reparación adecuadas.⁵⁹

Formas criminales de corrupción (macrocorrupción) que agravan las consecuencias de las violaciones de derechos humanos

Hay impacto de actos de corrupción en los derechos humanos, también, allí donde aquellos están basados en múltiples, coordinados y reiterados ilícitos penales.⁶⁰ Si bien en toda forma de corrupción que genere ilícitos internacionales hay responsabilidad, los impactos pueden ser agravados dependiendo de la forma en que la responsabilidad se produce y de las

⁵⁹ Establecer las fuentes del incumplimiento es una práctica común en el razonamiento internacional. Así, el racismo, la xenofobia, la homofobia, la intolerancia religiosa o política configuran el ilícito internacional como un acto complejo y relevante para establecer medidas de prevención y reparación. No considerar las motivaciones impide dimensionar el ilícito en toda su magnitud. Esto no debe ser confundido con el elemento subjetivo de la responsabilidad internacional (dolo o culpa) –cuestión irrelevante para establecer el ilícito internacional–.

⁶⁰ Me centraré en las consecuencias para la responsabilidad internacional del Estado, teniendo presente que estos actos podrían dar origen a una discusión sobre la aplicación de sanciones personales a través del derecho penal interno e internacional. Sobre esta discusión véase Boersma: *Corruption*, 339-350.

respuestas del Estado.⁶¹ Esto tiene relevancia en el análisis de contexto, en las obligaciones de prevención y protección, en la exigencia de una mayor respuesta sancionatoria y en materia de reparaciones.

Ya he mencionado formas de macrocorrupción como un tipo agravado de gran corrupción. Una de sus variables es la *cooptación institucional*. En ella, a través de actos lícitos e ilícitos, se captura una institución del Estado que se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias. En la región se han dado casos como la captura del sistema de aduanas, de seguridad social o de obra pública, que han significado no solo la malversación de cuantiosos fondos públicos, sino también la imposibilidad de que dichos fondos cumplan con los fines que le son propios.⁶²

También están los casos de captura del aparato de poder público por *bandas criminales*. En estos casos la cooptación no es de alguna institución o sector estatal, sino que es el aparato de poder público completo el capturado con fines ilícitos. Hay ejemplos variados en la región. La dictadura de Pinochet en Chile generó formas de corrupción a gran escala no solo para beneficio del dictador y su entorno inmediato, sino para la apropiación de una gran parte del poder económico del Estado por sectores afines a su gobierno.⁶³ Otro ejemplo es el caso de Fujimori en Perú. La cooptación del Estado se organizó por la dupla Montesinos/Fujimori con ramificaciones en todos los poderes del Estado, y pusieron el aparato público al servicio de un entramado de corrupción a gran escala.⁶⁴ En la actual situación de Venezuela,⁶⁵ por mencionar un último ejemplo, la concentración de poder ha sido fértil para organizar un aparato criminal al más alto nivel de los poderes del Estado.⁶⁶

Mención aparte en estas formas criminales de corrupción merece el *crimen organizado*, que es una de las amenazas más graves para la democracia,

⁶¹ Artículos 40 y 41 del CDH (2001). Para una buena explicación sobre los alcances de las infracciones "graves" por parte del Estado, véase ONU: *Tercer informe*, 113-115.

⁶² Newman y Ángel: *Corrupción*, 163-194.

⁶³ Nash: *REDIAJ* 8, 2017.

⁶⁴ Ugaz: *Transparencia y Probidad Pública*, 99-112.

⁶⁵ Véase *Transparencia Venezuela: "Crimen organizado y corrupción en Venezuela"*.

⁶⁶ Véase Arriaza y Martínez: *Journal of International Criminal Justice* 17(5), 2019.

el Estado de derecho y los derechos humanos en la región.⁶⁷ En el crimen organizado se incurre en prácticas de corrupción de agentes estatales para facilitar o permitir actuaciones ilícitas. Estas prácticas del crimen organizado agregan, por lo general, un elemento particular a las formas privadas de corrupción, a saber, el uso frecuente de la violencia.⁶⁸ Muchas veces no solo actúa individualmente sobre funcionarios del Estado, sino que captura instituciones y las pone al servicio de sus intereses ilícitos. Es una forma particularmente dañina de corrupción, ya que involucra al aparato del Estado institucionalmente, desviándolo completamente del cumplimiento de su objetivo natural —la búsqueda del bien común y la primacía de la ley—.⁶⁹

Existe otra forma de vínculo con el aparato estatal y es cuando el propio Estado, a través de funcionarios corruptos, establece formas de *asociación criminal con bandas delincuenciales*.⁷⁰ Al configurarse estas formas complejas de relación entre aparato estatal y crimen organizado, la corrupción pasa a ser parte del actuar cotidiano de los órganos estatales, distorsionando completamente el rol del Estado y sus instituciones. Casos como la

⁶⁷ Cuando se habla de crimen organizado en el Informe del Relator de Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados, se hace referencia a que: a) las actividades se realizan durante un período sostenido en contraposición a aquellos individuos que se juntan esporádicamente para llevar a cabo una acción concreta; b) las organizaciones poseen una estructura y una jerarquía identificables que pueden ser de diferentes tipos: piramidal, empresarial, pública o privada, entre otras; c) las organizaciones cometen graves delitos con fines de lucro; y d) las organizaciones criminales utilizan la corrupción o la violencia para llevar a cabo sus actividades y protegerse de las consecuencias de las mismas. Cfr. ONU: Resolución A/72/140 de 2017.

⁶⁸ ONU: Resolución A/72/140 de 2017, párr. 57: “Las interferencias indebidas en el poder político pueden ser también de naturaleza violenta, especialmente cuando se llevan a cabo directamente por miembros del crimen organizado. Estas interferencias están destinadas a asegurar determinados propósitos como el cierre de un determinado caso o la absolución de un individuo concreto. Frecuentemente, están acompañadas por amenazas, intimidación y/o extorsión”.

⁶⁹ ONU: Resolución A/72/140 de 2017, párr. 39: “Las redes criminales tratan de extenderse en la institucionalidad del sistema democrático de derecho imponiendo su poder y su influencia a partir de sus propias reglas, creando esferas de inmunidad e impunidad dentro del propio Estado. Una parte importante de su organización consiste en la penetración institucional en el sector de la justicia, cobrando especial relevancia la utilización de la corrupción como medio para permear la administración judicial. Todo esto plantea un reto enorme para los sistemas judiciales, tanto por la corrupción o las amenazas que los puede afectar como por la responsabilidad fundamental que tienen para enfrentar el delito”.

⁷⁰ Véase Open Society Institute: *Innegables atrocidades*.

matanza de San Fernando⁷¹ o el de Ayotzinapa en México dan cuenta de los extremos a los que se ha llegado.⁷²

Ahora bien, otro ejemplo relevante del impacto agravado en materia de derechos humanos causado por el crimen organizado, es la *trata de personas*.⁷³ Para que ocurra es necesaria la colaboración de autoridades estatales. Esto hace que la corrupción esté íntimamente ligada a todo el fenómeno ilegal tras la trata de personas. Aquí se dan varias situaciones de contexto que son relevantes desde la perspectiva de derechos humanos. Las autoridades estatales “colaboran” facilitando documentación, absteniéndose de controlar los pasos fronterizos o no investigando situaciones sospechosas de trata (hay actos que por sí mismos no violan derechos humanos, pero unidos a otros elementos sí lo hacen). También puede haber lavado de dinero. El dinero producto de la trata de personas se introduce a los mercados lícitos a través de diversos actos que pueden fomentar la corrupción. En este sentido, cuando el Estado no investiga diversas formas de lavado de activos o el flujo del dinero a través de transacciones internacionales, entre otros, puede estar facilitando la violencia contra las víctimas de tráfico de personas (no garantiza los derechos, genera impunidad y permite que el negocio siga funcionando a través de la obtención de beneficios económicos ilícitos).

Cuando se producen estas situaciones, el Estado tiene una *responsabilidad agravada* de desarticular los sistemas criminales, perseguir y sancionar a los responsables y, además, tomar las medidas institucionales para que estos hechos no se repitan. Para ello es necesario enfrentar el fenómeno de la trata de personas y los actos de corrupción que son coadyuvantes y permiten el ilícito. La corrupción, cuando el Estado no cumple con su

⁷¹ Véase CNDH: “Comisión Nacional de Derechos Humanos”.

⁷² CIDH: *Informe Grupo Interdisciplinario*.

⁷³ La Corte ha señalado que los elementos que configuran el ilícito de trata de personas son: “i) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación”. Corte IDH: Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C. N. 318, párr. 290.

responsabilidad, facilita y promueve, en consecuencia, formas especialmente dañinas de violación de derechos humanos que afectan preferentemente a mujeres, niños y niñas en todo el mundo.

La reparación de violaciones de derechos humanos basadas en corrupción

Hemos sostenido *supra* que cuando se produce responsabilidad internacional del Estado, surge la obligación de reparar integralmente a las víctimas de corrupción.⁷⁴ La reparación consiste en hacerse cargo de las consecuencias del acto (u omisión) ilícito, adoptando medidas de restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición respecto de la víctima directa e indirecta y la sociedad en su conjunto.⁷⁵ Para la reparación es necesario determinar adecuadamente el origen del actuar ilícito de los agentes estatales. Es la única forma en que los Estados pueden reparar integralmente el daño y prevenir que vuelva a producirse. Por ello, independiente de si el acto o situación de corrupción motiva o genera la producción del ilícito, o si coadyuva a ella (contexto), es relevante establecer dicho vínculo (causal) para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones interamericanas e internacionales en materia de derechos humanos.

El principio de *centralidad de la víctima* en las políticas anticorrupción con perspectiva de derechos humanos⁷⁶ tiene como una de sus concreciones, precisamente, la reparación integral frente al daño económico, político y social ocasionado por la corrupción. Cuando la corrupción genera o coadyuva a que se produzca una violación de derechos humanos, es importante que los Estados se hagan cargo de dichas consecuencias. Así, en casos de gran corrupción y macrocorrupción, cuando el Estado no ha podido garantizar plenamente y hasta el “máximo de sus recursos” los

⁷⁴ Sobre reparación integral por violaciones de derechos humanos, véase Correa: *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, 1019-1090.

⁷⁵ CDI: *Proyecto*, artículos 34 ss.

⁷⁶ CIDH: Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos de 02 de marzo de 2018; CIDH: *Informe Temático*.

derechos sociales, como lo establece la normativa internacional,⁷⁷ es necesario que adopte las medidas para revertir la situación.⁷⁸ Asimismo, debe establecer si hay víctimas concretas (las que deben ser reparadas). Cuando la corrupción adquiere connotaciones sistémicas o cuando un servicio público es cooptado por intereses privados que le impiden cumplir con sus obligaciones, el Estado debe adoptar medidas inmediatas para cesar la situación ilícita, dotar al servicio de los recursos para cumplir sus fines e identificar a las víctimas para su reparación integral.

En consecuencia, la relevancia de la corrupción en la configuración del ilícito internacional obliga a una lectura de las medidas de reparación eficaces para erradicar las causas de la corrupción.⁷⁹ Así lo ha señalado la CIDH: “La magnitud del fenómeno de corrupción estructural que vive la región y que tiene consecuencias negativas para el sistema democrático, el Estado

⁷⁷ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

⁷⁸ Comité PIDESC, 1990, párr. 9: “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto, no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

⁷⁹ Nash et al.: *Corrupción y derechos humanos*, 83-110.

de derecho y los derechos humanos, requiere esfuerzos proporcionales al problema”.⁸⁰

A modo de ejemplo podemos indicar algunas medidas. Las de *compensación* corresponden a las víctimas directas o a los colectivos perjudicados económicamente por actos de corrupción y aplican en la especie los criterios de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Si bien siempre es compleja la determinación final de las compensaciones, debieran seguir un criterio mixto, donde concurren elementos cuantificables y criterios de equidad, como viene haciendo la Corte en su jurisprudencia contenciosa.⁸¹ Las medidas de *rehabilitación* corresponden a las víctimas directas por las consecuencias dañosas de los actos de corrupción, así como a los colectivos que pueden haberse visto afectados por la corrupción que impidió que recibieran los servicios que el Estado está obligado a prestar.⁸² Las medidas de *restitución* están asociadas a las víctimas directas y los colectivos, y tienen relación, principalmente, con las medidas que permitan a las víctimas volver a la situación anterior a la afectación de derechos. Si dicha situación es de corrupción estructural, corresponde su transformación.⁸³ Las medidas de *satisfacción* comprenden a la víctima, su entorno y la sociedad en su conjunto, y están vinculadas con el conocimiento de la verdad de la corrupción y los daños provocados, con la petición de perdón por parte de quienes intervinieron y con la memoria de los hechos, no de las víctimas.⁸⁴ Las medidas de *no repetición* están vinculadas principalmente con la sociedad en su conjunto y las medidas que adoptará la autoridad para que los hechos de corrupción no vuelvan a suceder.⁸⁵

⁸⁰ CIDH: *Informe Temático*, párr. 512.

⁸¹ Nash: *Responsabilidad Internacional*, 47-75.

⁸² Para un enfoque interesante sobre la rehabilitación en casos de violaciones colectivas, véase Correa: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1053-1054.

⁸³ Sobre la relación entre medida de restitución y de transformación conforme al contexto, véase Corte IDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N. 205, párr. 450; Corte IDH: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N. 239, párr. 267.

⁸⁴ Sobre la jurisprudencia sobre “satisfacción” en la Corte Interamericana, véase Correa: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1058-1060.

⁸⁵ Sobre las reparaciones y las garantías de no repetición ante la Corte Interamericana, Correa: *Convención Americana*, 1060-1067.

En definitiva, la reparación es el momento en el que Estado puede adoptar medidas para paliar los efectos de la corrupción en las personas afectadas, y tomar medidas para su efectiva erradicación a través de las correcciones y las transformaciones pertinentes.

Conclusión

En este artículo se ha establecido que los vínculos entre corrupción y derechos humanos son múltiples. Así, se estableció un primer vínculo conceptual en el espacio común de la teoría democrática (Estado de derecho, democracia y derechos humanos). Un segundo vínculo fue de carácter sustantivo; se analizó el impacto de la corrupción en materia de responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de derechos humanos (corrupción como fuente del ilícito, criterios de atribución, causalidad con el daño, contextos de discriminación estructural, formas criminales de corrupción y su impacto agravado en derechos humanos y la obligación de reparación integral de los daños generados). Se analizaron situaciones de corrupción estructural y formas criminales de corrupción, estableciendo su impacto diferenciado en materia de derechos humanos.

Existen, pues, varios vínculos entre la corrupción institucionalizada y los derechos humanos (no solo se tuvieron en cuenta actos individuales de abuso de poder, sino también actos instituciones, legislaciones y prácticas estatales). Estos vínculos se dan de varias formas y grados, y no corresponden a categorías excluyentes.

El próximo paso del sistema interamericano de protección de derechos humanos será aquel en que el debate se centre en la posibilidad de establecer que la corrupción configura un ilícito internacional atribuible al Estado. Será interesante ver si los órganos de protección de derechos humanos sacan las conclusiones adecuadas en materia de reparaciones.

Seguramente será en el marco de gran corrupción, y particularmente de macrocorrupción, donde se encuentren los mejores casos para usar el andamiaje teórico de derechos humanos y corrupción en una situación concreta justiciable internacionalmente. Este sería un paso crucial para configurar una convergencia definitiva entre la lucha contra la corrupción

y la protección de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado.

Bibliografía

- Bantekas, Ilias: “Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, en *Journal of International Criminal Justice* 4(3), 2006, en https://www.researchgate.net/publication/228223933_Corruption_as_an_International_Crime_and_Crime_Against_Humanity_An_Outline_of_Supplementary_Criminal_Justice_Policies.
- Barkhouse, Angela: “Can the ICC Prosecute Grand Corruption as a Crime Against Humanity Under Article 7 of the Rome Statute”, 2014, en https://www.academia.edu/29676635/Can_the_ICC_Prosecute_Grand_Corruption_as_A_Crime_Against_Humanity_Under_Article_7_of_the_Rome_Statute.
- Bassiouni, Cherif: “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, en *Journal of International Criminal Law*, 1999, 3-126.
- Boersma, Martine: *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?* Antwerp: Intersentia, 2012.
- Comisión de Derecho Internacional (CDI): *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su quincuagésimo tercer período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): *Informe Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI)*, Resumen Ejecutivo, s.f., en <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/resumenejecutivo-giei.pdf>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH): “Comisión Nacional de Derechos Humanos México”, en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/REC_2013_080.pdf.
- Correa, Cristián: “Artículo 63 (Reparaciones)”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, 1019-1099.
- Crawford, James: “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf.

- Dawood, Yasmin: “Classifying corruption”, en *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 9, 2014, 103-133.
- Ferreira, Delia, Gerardo Berthin, Neus Bernabeu, Sandra Liborio, Mario Andrés Velasco Rodríguez y Verónica Cid: “Género y corrupción en América Latina: ¿Hay alguna conexión?”. Documento de trabajo Centro Regional para América Latina y el Caribe, Panamá, Dirección Regional para América Latina y el Caribe (DRALC), 2014, en https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/democratic_governance/generocorrupcion.html.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Carlos M. Pelayo: “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, 10(2), Chile, 2012, 141-192.
- Figueiredo, André: *Corruption and Human Rights. Beyond the Link*, The Netherlands: Wolf Legal Publisher, 2017.
- Fuchs, Marie-Christine: “Los derechos humanos como herramientas en la lucha contra la corrupción”, en *Derechos Fundamentales, Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima: Editorial Palestra, 2018, 49-76.
- Fuchs, Marie-Christine y Lorena Ávila: “Hacia una agenda interamericana de combate a la corrupción con perspectiva de derechos humanos”, en *Corrupção: aspectos sociológicos, Criminológicos e jurídicos*, Brasil: Editora Jus Podivm, 2020, 319-348.
- Garay, Luis *et al.*: *Macrocorrupción y cooptación institucional*, Colombia: Fundación Vortex, 2018.
- Gruemberg, C. *et al.*: “Análisis preliminar sobre la relación entre el clientelismo, la pobreza y el género”, en M. Thiteux-Altschul (ed.), *Género y Corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*, Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010.
- Hellman, Joel y Daniel Kaufmann: “La captura del Estado en economías en transición”, en *Finanzas y Desarrollo*, 2001, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>.
- Hinestroza, Verónica (coord.): “Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar”, en *Manual de análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos*, México: Flacso, 2017, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5766/1.pdf>.
- International Council on Human Rights Policy (ICHRP): “Corruption and Human Rights: Making the Connection”, Ginebra: SSRN, 2009, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551222.

- International Council on Human Rights Policy (ICHRP): *La integración de los derechos humanos en la agenda de combate a la corrupción: retos, posibilidades y oportunidades*, Ginebra, 2011, en http://www.ichrp.org/files/reports/63/131b_report_es.pdf.
- Kjellberg, Francesco: “Corruption as an Analytical Problem: Some Notes on Research in Public Corruption”, en *International Political Science Association XVIII World Congress*, Quebec, agosto de 2000, 1-5.
- Lutz, Robert: “On combating the culture of corruption”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas*, 2004, 263-268.
- Malem, Jorge F.: *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, España: Gedisa, 2014.
- Morris, Charles y Stephen Blake: *Corruption and Democracy in Latin America*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2009.
- Nash, Claudio: *Responsabilidad Internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Chile: Editorial Legal Publishing, 2013.
- Nash, Claudio: “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, en *REDIAJ* 8, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas, febrero de 2017, 353-408.
- Nash, Claudio y Marianne González: “Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Informe de la tercera reunión regional de especialistas 7 y 8 de noviembre de 2011*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.
- Nash, Claudio *et al.*: *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.
- Nash, Claudio y Marie-Christine Fuchs: *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Estudio de Casos*, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- Nawaz, Farzana: “State of Research on Gender and Corruption”, U4 Helpdesk, Transparency International, 2009, <https://www.u4.no/publications/state-of-research-on-gender-and-corruption/pdf>.
- Newman, Vivian y María Paula Ángel: “El programa de alimentación escolar (PAE) en Colombia: de la corrupción a la vulneración de derechos humanos”, en C. Nash – M.-Chr. Fuchs, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Estudio de Casos*, Fundación Konrad Adenauer, 2019, 163-194.

- Open Society Institute (OSI): *Innegables atrocidades: confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, México: s.e., 2016.
- Peters, Anne: *Corruption and Human Rights, Working Series Papers* n.º 20, Suiza: Basel Institute on Governance, 2015.
- Reporte MACCIH n.º 6: “Análisis y recomendaciones al Proyecto de Ley del Seguro Social: ‘Para que los hechos no se repitan’”, MACCIH-OEA, <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Reporte-MACCIH6-26-09-FINAL.pdf>.
- Roth-Arriaza, Naomi y Santiago Martínez: “Grand Corruption and the International Criminal Court in the ‘Venezuela Situation’”, en *Journal of International Criminal Justice* 17(5), diciembre 2019, 1057–1082, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqz038>.
- Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016.
- Schimmel, Bianca y Birgit Pech: *Corruption and Gender, Approaches and Recommendations for TA*, Eschborn: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2004.
- Transparencia Internacional: “Guía de Lenguaje claro”, 2009, en <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contr-la-corrupci3n.pdf>.
- Transparencia Venezuela: “Crimen organizado y corrupción en Venezuela: un problema de Estado”, julio 2020, en <https://transparencia.org.ve/project/crimen-organizado-y-corrupcion-en-venezuela-un-problema-de-estado/>.
- Ugaz, José: “Caso Fujimori-Montesinos”, en José Zalaquett – Alex Muñoz (ed.), *Transparencia y Probidad Pública, Estudios de Caso en América Latina*, Universidad de Chile, 2008, 99-112.
- Vásquez, Luis Daniel: *Corrupción y derechos humanos: ¿Por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?* New York: Peter Lang Publishing Inc., 2018.
- Warren, Mark E.: “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, en *American Journal of Political Science* 48(2), 2004, 328-343.
- Zalaquett, José Fernando: *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Resoluciones internacionales

- CIDH: “Resolución Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción. Resolución 1/17”, 12 de septiembre de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>.

- CIDH: “Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos”, 02 de marzo de 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>.
- CIDH: “Informe Temático Corrupción y Derechos Humanos”, 2019, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General n.º 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte, Quinto período de sesiones, 1990, párr. 1 del artículo 2 del Pacto, U.N. Doc. E/1991/23.
- OEA: “Convención Interamericana contra la Corrupción”, adoptada el 29 de marzo de 1996, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.
- ONU: “Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados”, preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial, 15 de junio, 10 y 18 de julio, y 4 de agosto de 2000. A/CN.4/507 y Add.1 a 4, disponible en https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_507.pdf.
- ONU: “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada 31 de octubre de 2003, disponible en https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf.
- ONU: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147”, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>.
- ONU: “Informe Relator Especial sobre la Independencia Magistrados y Abogados, Resolución A/72/140”, 25 de julio de 2017, párr. 35, disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/72/140>.
- ONU Asamblea General: “Resolución 35/25 del Consejo de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/35/25”, 14 de julio de 2017, disponible en <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/25>.
- ONU Asamblea General: “Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73”, 5 de enero de 2015, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/000/58/PDF/G1500058.pdf?OpenElement>.

Jurisprudencia internacional

- Corte IDH: Caso de la “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N. 134.
- Corte IDH: Caso Kimel *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N. 177.
- Corte IDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N. 205.
- Corte IDH: Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N. 239.
- Corte IDH: Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N. 318.
- Corte IDH: Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C N. 351.
- Corte IDH: Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C N. 359.
- Corte IDH: Caso López Soto y otros *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C N. 362.
- Corte IDH: Caso Omeara Carrascal y otros *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C N. 368.
- Corte IDH: Caso Alvarado Espinoza y otros *vs.* México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C N. 370.

CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Salvador Herencia Carrasco

RESUMEN. En diciembre de 2019 la Comisión Interamericana publicó su informe “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, en el que se establecen los lineamientos principales para que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrollen políticas anticorrupción con un enfoque en derechos humanos. El propósito de este ensayo es identificar los principales lineamientos y estándares que el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) ha desarrollado con respecto al vínculo entre derechos humanos y corrupción. Para esto se utilizará la clasificación utilizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución 1/18 de marzo de 2018 sobre la materia, y se incluirá la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En la última parte de este ensayo se verá cómo las políticas públicas adoptadas por los países de América Latina para hacer frente a la pandemia del covid-19 –incluyendo la transferencia de recursos a gobiernos locales y la flexibilización de estándares de control– suponen un reto para países con una institucionalidad en desarrollo.

Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos; corrupción; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; covid-19.

ABSTRACT. In December 2019, the Inter-American Commission published its report “Corruption and Human Rights: Inter-American Standards,” which establishes the principal guidelines for the development by the States Parties to the American Convention on Human Rights of anti-corruption policies with a focus on human rights. The

purpose of this essay is to identify the principal guidelines and standards that the Inter-American Human Rights System has developed with respect to the link between human rights and corruption. In doing so, it will use the classification used by the Inter-American Commission on Human Rights in Resolution 1/18 of March 2018, and it will include the jurisprudence of the Inter-American Court. The last part of this essay will show how the public policies adopted by Latin American countries to deal with the Covid-19 pandemic – including the transfer of resources to local governments and the flexibilization of control standards – pose a challenge for countries with developing institutions.

Keywords: International Human Rights System; corruption; Inter-American Commission on Human Rights; Covid-19.

Introducción

El tratamiento de la corrupción por parte del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) es relativamente reciente. Siguiendo el primer informe publicado el 2003 por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el SIDH empezó a incluir el estudio de la corrupción¹ y su impacto en los derechos humanos en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2005. Recién en el 2017 la CIDH adoptó su primera resolución sobre “Corrupción y Derechos Humanos”, siendo la más reciente la adoptada en marzo de 2018, la cual sirvió de base para el informe “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, publicado en diciembre de 2019.

En el 2003, la entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Navi Pillay, presentó un breve informe titulado *The Human Rights case against Corruption*.² En él, susceptible de ser interpretado más como la presentación de un objetivo estratégico de la organización, la Alta Comisionada hizo referencia al impacto que las prácticas de corrupción tienen sobre los derechos humanos, haciendo un especial énfasis en

¹ Cf. CIDH, OAS/Ser.L/V/II., 2019, Doc. 236.

² OHCR: *The Human Rights case*.

los derechos económicos, sociales y culturales,³ el Estado de derecho y el papel de las autoridades policiales y de administración de justicia.⁴

Por este motivo, hizo un llamado a adoptar políticas anticorrupción con un enfoque basado en derechos, el cual priorice los principios de transparencia, rendición de cuentas, igualdad y no discriminación y participación, para luego resaltar la importancia de la cooperación internacional.⁵ En este contexto:

Un enfoque de derechos humanos aplicado a la lucha contra la corrupción significa colocar las normas internacionales de derechos humanos, las aspiraciones de las personas (los “titulares de derechos”) y las correspondientes obligaciones del Estado (el “ente responsable”) en el centro del debate en torno a la lucha contra la corrupción en todos los niveles. Esto implica integrar los principios internacionales de derechos humanos, incluidos los de igualdad y no discriminación, la participación e inclusión social, la rendición de cuentas, la transparencia y el Estado de derecho.⁶

Esta propuesta de la ONU ha generado una serie de investigaciones⁷ y estudios⁸ en los que se vincula las políticas anticorrupción con el ejercicio, protección y goce de los derechos humanos.⁹ Lo anterior complementa el enfoque de tratados internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹⁰ o la Convención de la ONU contra la Corrupción,¹¹ pues estos instrumentos internacionales priorizan la adop-

³ OHCR: The Human Rights case, 4.

⁴ OHCR: The Human Rights case, 8.

⁵ OHCR: The Human Rights case, 7.

⁶ OHCR: The Human Rights case, 5. Traducción libre. Texto original: “A human rights-based approach to anti-corruption means putting the international human rights entitlements and claims of the people (the ‘right-holders’) and the corresponding obligations of the State (the ‘duty-bearer’) in the centre of the anti-corruption debate and efforts at all levels, and integrating international human rights principles including non-discrimination and equality, participation and inclusion, accountability, transparency, and the rule of law”.

⁷ Cf. Figueiredo: *Corruption and Human Rights*.

⁸ Cf. Rothe: *Crime, Law and Social Change* 53(5), 2010, 457-476.

⁹ Cf. Cardona, Ortiz y Vásquez: *Human Rights Quarterly* 40(2), 2018, 317-341.

¹⁰ CICC: OAS Treaty Series B-58 (entrada en vigor el 6 de marzo de 1997).

¹¹ Cf. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: A/RES/58/4 (31 de octubre de 2003).

ción de normas penales y estrategias centradas en la prevención del delito, así como mecanismos de cooperación internacional.

El sistema interamericano de derechos humanos y la corrupción: una aproximación preliminar

Como se estableció en la introducción, sobre la base del primer informe publicado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 2003, el SIDH empezó a incluir el tema de la corrupción en la agenda regional¹² y su impacto en los derechos humanos en el Informe Anual de la CIDH el 2005. En el 2017, la CIDH adoptó su primera resolución sobre “Corrupción y Derechos Humanos”, y una resolución complementaria en marzo de 2018,¹³ la cual sirvió de base para la adopción del informe “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, publicado en diciembre de 2019.¹⁴ Lo que no debe ser ninguna sorpresa es que prácticamente son los mismos ejes identificados por la ONU quince años atrás.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las referencias a la práctica de la corrupción han sido esporádicas,¹⁵ sin necesariamente contar con un análisis de fondo sobre las implicancias de la corrupción en los derechos humanos.¹⁶ En los casos que incluyen o hacen referencia a actos de corrupción, sea en los hechos probados o en sus consideraciones de fondo, estos han sido utilizados como un elemento contextual para determinar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Los ejemplos más significativos¹⁷ son los casos que se refieren al retraso en la administración de justicia por el asesinato de defensores ambientales o de derechos humanos,¹⁸ los casos de licencias de explotación de recursos

¹² Cf. Nash Rojas: *Corrupción, Estado de Derecho*, 279-316.

¹³ Cf. CIDH: Resolución n.º 01/17 (12 de septiembre de 2017); CIDH: Resolución n.º 01/18 (2 de marzo de 2018).

¹⁴ Cf. CIDH: OAS/Ser.L/V/II., 2019, Doc. 236.

¹⁵ Cf. Corte IDH: *Cuadernillo de Jurisprudencia de Derechos Humanos* n.º 23, 2019.

¹⁶ Cf. Hansbury y Duhaime: *Canadian Yearbook of International Law* 52, 2015, 77-128.

¹⁷ Cf. Nash Rojas, Aguiló Bascuñán y Bascur Campos: *Corrupción y Derechos Humanos*.

¹⁸ Cf. Corte IDH: Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.

naturales no renovables en territorios indígenas¹⁹ o los casos de limitación o afectación de participación política.²⁰

Posiblemente el caso en el que la Corte IDH ha analizado con mayor profundidad el impacto de la corrupción en los derechos humanos fue en *Ramírez Escobar vs. Guatemala*,²¹ decidido en marzo de 2018. Este es un caso que se centra en el análisis de irregularidades en procesos de adopciones internacionales, en el que se muestra cómo los funcionarios de dicho país cometieron actos de corrupción contra adoptantes extranjeros, priorizando el soborno de parejas adoptantes sobre el interés superior de la niña o del niño.²² Sobre este punto, la Corte IDH estableció:

[...] este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho.²³

Para efectos de este artículo, se hará referencia a la Resolución 1/18 de la CIDH, refrendada por el informe temático de la CIDH, la cual caracteriza la corrupción “por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de derecho y los derechos humanos”.²⁴ Un elemento importante que no está presente en esta caracterización es la falta

¹⁹ Cf. Corte IDH: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

²⁰ Cf. Corte IDH: Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.

²¹ Cf. Corte IDH: Caso Ramírez Escobar *et al.* vs. Guatemala.

²² Corte IDH: Caso Ramírez Escobar *et al.* vs. Guatemala, 242.

²³ Corte IDH: Caso Ramírez Escobar *et al.* vs. Guatemala, 241.

²⁴ CIDH: Resolución n.º 01/18, 2019, 88.

de rendición de cuentas.²⁵ Sin embargo, la Resolución 1/18 la incluye en sus considerandos²⁶ así como en el informe temático.²⁷

La combinación de estos elementos es importante, pues, en primer lugar, permite salir del ámbito estrictamente penal y evaluar todo tipo de conductas del agente estatal, centrándose en el estudio de si la acción u omisión implicó la violación de un mandato legal. En segundo lugar, se centra en analizar el contexto en el cual la acción del agente estatal contribuye a menoscabar el interés público. Finalmente, la ausencia de rendición de cuentas genera un ámbito propicio para afectar los derechos humanos y contribuye a la impunidad.

Esta fórmula haría posible identificar las circunstancias que resultarían violatorias de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos, pues permitiría “observar directamente algunos de los elementos que determinan los grados de incidencia de la corrupción en un campo organizacional determinado, de manera tal que hace más transparente los factores a los que debe apuntar una política de lucha contra la corrupción”.²⁸

El propósito de este artículo es identificar los principales lineamientos y estándares que el SIDH ha desarrollado con respecto al vínculo entre derechos humanos y corrupción. Para este propósito, se utilizará la división utilizada por la CIDH en la resolución de marzo de 2018 sobre la materia, incluyendo referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH. La última parte del artículo hará una referencia al reto que la lucha contra la pandemia del covid-19 representa para asegurar la adopción de políticas públicas con enfoque de derechos humanos y los mecanismos anticorrupción.

²⁵ Nash Rojas, Aguiló Bascuñán y Bascur Campos: *Corrupción y Derechos Humanos*, 18.

²⁶ CIDH: Resolución n.º 01/18, 2019, 14 y 15.

²⁷ CIDH: Resolución n.º 01/18, 2019, 120-124.

²⁸ Nash Rojas, Aguiló Bascuñán y Bascur Campos: *Corrupción y Derechos Humanos*, 18.

El tratamiento de la corrupción en el sistema interamericano de derechos humanos: estándares interamericanos

Como se ha establecido anteriormente, la Resolución sobre Corrupción y Derechos Humanos²⁹ de la CIDH, adoptada en marzo de 2018, es la segunda resolución adoptada por este organismo sobre la materia. Dicho texto establece los principales lineamientos del informe temático de la CIDH, los cuales son: i) independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; ii) libertad de expresión y acceso a la información; iii) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; y (iv) cooperación internacional.

El elemento que puede orientar esta relación entre corrupción y derechos humanos es la exclusión. En este caso, la corrupción se manifiesta “como una forma de excluir de las decisiones o acciones colectivas a las personas que de acuerdo con las reglas democráticas tienen derecho a ser incluidas, con el propósito de obtener ganancias o ventajas individuales o grupales en perjuicio de la colectividad”.³⁰

El primer comentario que se puede hacer a los estándares interamericanos sobre corrupción y derechos humanos es la generalidad de las recomendaciones o lineamientos que desarrolla cada eje de trabajo. Más que una inclusión o creación de un vínculo entre corrupción y derechos humanos, o el desarrollo de un enfoque de derechos humanos que oriente políticas o normas anticorrupción, estos estándares se entienden más como un recordatorio a los Estados de que sus obligaciones internacionales en derechos humanos se aplican a la corrupción.

Por este motivo, recomendaciones como “proteger a las y los operadores de justicia cuando se encuentre en riesgo su vida e integridad personal”³¹ o fortalecer las capacidades del Estado “para garantizar de manera proactiva el acceso a la información pública”³² son deberes del Estado,

²⁹ CIDH: Resolución n.º 01/18.

³⁰ Nash Rojas, Aguiló Bascuñán y Bascur Campos: *Corrupción y Derechos Humanos*, 19.

³¹ CIDH: Resolución n.º 01/18, 1.d.i.

³² Resolución n.º 01/18, 2.c.i.

independientes del contexto. De cierta forma esto es entendible, pues lo que se pretende es establecer un marco de acción que eventualmente sea desarrollado por el SIDH. Pero para lograr una articulación entre corrupción y derechos humanos, se deberá ser más específico, pues no bastará con agregar “que contribuya a la lucha contra la corrupción” al final de cada lineamiento.

Esta tendencia se mantiene en el informe temático de la CIDH al presentar los principios sobre corrupción y derechos humanos: i) igualdad y no discriminación; ii) participación e inclusión social; iii) mecanismos para el acceso a la justicia; iv) producción y el acceso a la información como garantía de transparencia y rendición de cuentas; v) protección prioritaria a grupos de especial protección; y vi) inclusión de perspectiva de género y diversidad.³³

Un segundo comentario que se puede hacer a los estándares interamericanos sobre corrupción y derechos humanos es que se establecen lineamientos generales que no diferencian entre las diversas formas en las que la corrupción se puede manifestar. Por ejemplo, si bien la obligación de prevenir y proteger a los órganos del sistema de administración de justicia es un deber ineludible de los Estados, es importante reconocer, por ejemplo, el impacto diferenciado que el crimen organizado puede tener sobre las personas encargadas de administrar justicia.

Finalmente, resulta llamativo cómo, a pesar de la existencia de una gran cantidad de iniciativas dirigidas a prevenir y combatir el crimen organizado y la corrupción,³⁴ pocas son las que analizan el vínculo existente entre estos dos fenómenos. Es importante tener en cuenta que la Octava Cumbre de las Américas, realizada en abril de 2018, tuvo como tema la “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”. Si bien la Declaración de Lima hace referencia a la corrupción como una amenaza transnacional, no se establecen mecanismos que fomenten acciones concretas sobre la materia.³⁵

³³ CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 485-505.

³⁴ ONU, Asamblea General: *Informe de la Relatora Especial*, 6.

³⁵ Summit Implementation Review Group: *Democratic governance*.

Este es el punto de preocupación, pues, aunque existe un sistema internacional que trata el fenómeno del crimen organizado y de la corrupción, la capacidad de respuesta del Estado es tardía e ineficiente, lo que da una ventaja a organizaciones criminales, particularmente transnacionales. De ahí la necesidad de buscar espacios y herramientas más dinámicas que permitan una colaboración efectiva entre Estados.

A pesar de lo anterior, un aporte significativo de estos estándares interamericanos es que se salen de la mera respuesta punitiva como mecanismo para afrontar la corrupción. Esto es de suma importancia, y si bien el informe temático acopla los principios generales y obligaciones en materia de derechos humanos a las políticas y medidas anticorrupción, se establecen lineamientos que pueden ser de suma utilidad para los organismos de control, así como para la formulación de políticas públicas.³⁶ Pero tal cual se estableció en la parte final del informe temático, únicamente el desarrollo de casos ante la Corte IDH permitirá una mayor precisión de las obligaciones de los Estados.

Independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia, con especial preocupación por el impacto de la criminalidad organizada

La corrupción, además de tener un impacto directo sobre el concepto de democracia y observancia de los derechos humanos,³⁷ tiene consecuencias directas sobre aquellos órganos encargados de asegurar el Estado de derecho. En este sentido, los órganos del sistema de administración de justicia son actores especialmente vulnerables debido a la importancia de las labores que desarrollan como salvaguarda del Estado de derecho. Se puede afirmar que la corrupción judicial está en muchos casos vinculada a la presión realizada por grupos delictivos organizados en aras de mermar la necesaria independencia que debe regir las actuaciones de este colectivo, con el fin de favorecer la impunidad de sus crímenes.

³⁶ CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 485-511.

³⁷ Koch Andersen: *Journal of Human Rights Practice* 10(1), 2018, 179-190.

Un sector judicial éticamente vulnerable lleva a que los mecanismos legales e institucionales diseñados para hacer frente a la corrupción, a pesar de que en la teoría cumplan con todas las garantías necesarias, sean ineficaces al estar viciados por influencias externas.³⁸ En esta misma línea, la Resolución de la CIDH sobre Corrupción y Derechos Humanos estableció lo siguiente:

La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos.³⁹

En el informe temático de la CIDH se recomienda a los Estados asegurar la independencia y autonomía del Poder Judicial y garantizar el debido proceso.⁴⁰ A diferencia de la Resolución 1/18, el informe temático explica los retos que representa el problema de la criminalidad organizada y cómo esta no solo afecta la integridad personal de los operadores del sistema de justicia sino que genera corrupción judicial. Esta corrupción judicial tiene una influencia directa en la percepción social de la justicia, el Estado de derecho y su capacidad para garantizar la protección de los derechos humanos.⁴¹

Únicamente un sistema democrático basado en los principios de separación de poderes que fomente una judicatura libre e independiente podrá hacer frente a los retos que plantea la delincuencia organizada. En este sentido, la ex-Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados destacó en su informe presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2012 que “una judicatura de integridad

³⁸ Véase ONU: Integrity in the Criminal Justice System.

³⁹ CIDH: Resolución n.º 01/18, 2.

⁴⁰ CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 284-365.

⁴¹ Cf. Corte IDH: Caso Villaseñor Velarde *et al.* vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Este caso trata sobre la imputación de que una jueza había sido sobornada para favorecer la liberación del general Ríos Montt en Guatemala. Si bien esto fue alegado por los representantes de las víctimas, la Corte IDH no encontró pruebas suficientes para desarrollar este tema.

indiscutible es una institución esencial para garantizar el respeto de la democracia y el Estado de derecho”.⁴²

Dado que el Poder Judicial tiene entre sus funciones garantizar que las actuaciones y comportamientos realizados en una sociedad basada en el Estado de derecho se ajusten a la legalidad, este trabajo únicamente podrá llevarse a cabo si se asegura la independencia e imparcialidad del personal que integra el sistema al momento de tomar las decisiones. La corrupción del personal de justicia conlleva que se desvirtúe no solamente el principio de independencia judicial sino también el de igualdad ante la ley al favorecerse a una de las partes. En consecuencia, se produce un ataque contra el derecho a la tutela judicial efectiva y a los principios básicos que deben informar la actividad de la administración de justicia en toda sociedad democrática.

El sistema de administración de justicia debe ser capaz de tomar sus decisiones libres de interferencias. La imparcialidad y la independencia de jueces y magistrados se convierten de este modo no solamente en imposiciones legales que rigen el correcto funcionamiento del sistema judicial, sino en las garantías fundamentales del Estado de derecho que permiten asegurar el respeto de los derechos humanos. Por su parte, la Relatoría sobre la Independencia de Jueces y Magistrados identificó que la corrupción judicial tenía varias facetas que iban desde la influencia sobre la administración interna del Poder Judicial hasta la intervención tendenciosa en los procesos y resoluciones.⁴³

Los grupos delictivos organizados buscarán por cualquier medio influir sobre el estamento judicial y lograr la cobertura que necesitan para llevar a buen puerto sus actividades ilícitas. La influencia en el Poder Judicial a través de su corrupción constituye la forma más efectiva de dirigir a jueces y magistrados al decidir o tomar en consideración los diferentes asuntos que son de su interés. Resulta, por lo tanto, esencial que los Estados reconozcan el papel particular y la vulnerabilidad de las instituciones del sector de la justicia en lo que respecta a la corrupción causada por el

⁴² ONU, Asamblea General: *Informe de la Relatora Especial*, 6.

⁴³ ONU, Consejo Económico y Social: *Informe del Relator Especial*, 15.

crimen organizado transnacional y que colaboren en la creación de instituciones judiciales verdaderamente independientes, éticas y responsables.

Sobre la base de estas recomendaciones generales, prácticamente toda la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la protección y aplicación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁴ podría entrar en esta categoría, puesto que se mide no solo la violación de un derecho humano, sino también la respuesta de las instituciones del Estado y del sistema de justicia a dicha violación.

Un asunto de especial atención de la Corte IDH ha sido con respecto a la situación de los establecimientos penitenciarios y la corrupción en su manejo. Posiblemente en el caso *Tibi vs. Ecuador* es la sentencia de la Corte IDH la que incluye en su decisión una descripción sobre cómo se manifiesta la corrupción en los establecimientos penitenciarios:

La zona de “cuarentena” forma parte de un negocio. Ésta se encuentra al ingreso de la Penitenciaría del Litoral y todos los internos que entran a esa penitenciaría son llevados a ésta y amenazados que ahí van a permanecer. La amenaza hace que los internos de la red penal ecuatoriana definitivamente estén dispuestos a pagar casi cualquier precio para ser asignados a una de las celdas de privilegio. El personal carcelario, en complicidad con algunos internos, participa y valida un sistema de alquiler y compra de espacios y organiza tráfico de drogas, alcohol y armas, lo que aumenta los privilegios, las discriminaciones y agudiza la violencia.⁴⁵

Es importante resaltar las obligaciones positivas por parte del Estado de prevenir este tipo de violaciones a la CADH, así como la responsabilidad de asegurar que las personas privadas del ejercicio de sus derechos por actos de corrupción tengan acceso a medidas de reparación.⁴⁶ Los mecanismos de reparación son mencionados en el cuarto eje de la Resolución sobre Corrupción y Derechos Humanos, la cual se centra en la cooperación,⁴⁷ así como en el informe temático.⁴⁸

⁴⁴ CIDH, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 9.

⁴⁵ Corte IDH: Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁶ Cf. Hansbury y Duhaime: *Canadian Yearbook of International Law* 52, 2015, 77-128.

⁴⁷ CIDH: Resolución n.º 01/18, 4.g.2.

⁴⁸ CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 273-274.

En este caso, la CIDH reitera los estándares de reparación establecidos a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta medida aun amerita mayor estudio, pero también debería representar un reto para la CIDH y los peticionarios del SIDH sobre cómo medir el impacto de la corrupción en el ejercicio y goce de sus derechos.

Libertad de expresión y acceso a la información

Un segundo elemento en los estándares interamericanos se refiere a la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información reconocidos en el artículo 13 de la CADH, centrandó el análisis en la búsqueda y difusión de información relativa a actos de corrupción.⁴⁹ La difusión de los videos en los que el régimen de Alberto Fujimori sobornaba a congresistas luego de su tercera elección o el impacto de la operación “Lava Jato” en varios países del continente son dos ejemplos recientes.

El SIDH ha tenido una especial relevancia en el desarrollo del artículo 13 de la CADH,⁵⁰ empezando por la nulidad de la censura previa en el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*,⁵¹ la protección de los medios de comunicación frente a la injerencia gubernamental⁵² y la creación de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión en 1997 son solo algunos ejemplos concretos.

En la Resolución sobre “Corrupción y Derechos Humanos”, se recomienda a los Estados: i) fortalecer el acceso a información pública, así como los mecanismos de transparencia activa y rendición de cuentas respecto a los gastos e inversiones; ii) adoptar leyes que permitan el acceso a la información a grupos en situación de vulnerabilidad; iii) establecer mecanismos de rendición de cuentas en el proceso de contratación pública y financiamiento de campañas electorales; iv) presentar data estadística sobre actos de corrupción; v) proteger el periodismo investigativo y los mecanismos de denuncia de actos de corrupción, así como las personas

⁴⁹ CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 183-245.

⁵⁰ Cf. Corte IDH: *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁵¹ Corte IDH: *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos et al.) vs. Chile*.

⁵² Corte IDH: *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*.

que denuncian actos de corrupción; y vi) garantizar la independencia de los medios de comunicación social.⁵³

Todo esto se encuentra identificado en el informe temático de la CIDH, y se hace énfasis en la protección del derecho a difundir información que tenga especial relevancia para afrontar la corrupción.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre acceso a la información es amplia,⁵⁴ por lo que los ejemplos que se presentarán a continuación se centrarán en cómo la falta de protección a defensoras y defensores de derechos humanos y del ambiente conduce a la violación de los derechos humanos. En estos casos, la falta de rendición de cuentas vuelve a ser un factor importante, cuyos criterios podrían ser igualmente aplicables para las personas o entidades que investigan o denuncian actos de corrupción.

La Corte IDH ha hecho innumerables referencias a la relación entre libertad de expresión y democracia representativa, la cual “es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.⁵⁵ Si bien el análisis de la Corte IDH se ha centrado en la libertad de los medios de comunicación, este criterio podría ser igualmente aplicado en la investigación y difusión de presuntos actos de corrupción, tal como quedó establecido en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*:

La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. [...] Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.⁵⁶

⁵³ CIDH: Resolución n.º 01/18, 2.c.

⁵⁴ Corte IDH (2015), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 16, 2018, Libertad de Pensamiento y de Expresión, San José: Corte IDH.

⁵⁵ Cf. Corte IDH: *Caso Yatama vs. Nicaragua*; Corte IDH, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁶ Corte IDH: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Con respecto al contenido del artículo 13 de la CADH, la Corte IDH ha notado cómo los medios indirectos de restricción a la libertad de expresión pueden afectar la presentación de denuncias de interés público. En el caso *Canese vs. Paraguay*, se notó cómo se usaba arbitrariamente el derecho penal para restringir la libertad de expresión mediante la autocensura:

El artículo 13 de la Convención prohíbe la restricción a la libertad de expresión por vías o medios indirectos. Las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones podrían ser consideradas en algunos casos como métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión. El efecto inhibitorio de la sanción penal puede generar autocensura en quien quiere manifestarse, lo cual produce prácticamente el mismo efecto que la censura directa: “la expresión no circula”. Tales casos se limitan a expresiones que se relacionen con el interés público.⁵⁷

Este vínculo entre libertad de expresión y democracia es igualmente aplicable al derecho de acceso a la información. Por ejemplo, en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte IDH hizo un resumen de los diversos instrumentos interamericanos que reconocen esta relación y su importancia para un régimen democrático:

La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.⁵⁸

Precisamente en el caso *Claude Reyes vs. Chile* la Corte IDH establece que esta solicitud y distribución de información pública no requiere de la acreditación de un interés directo o personal. Si bien se reconoce que este no es un derecho absoluto, las excepciones deben obedecer a criterios establecidos por ley, siempre y cuando se respete el núcleo esencial de este derecho:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a

⁵⁷ Corte IDH: Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁵⁸ Corte IDH: Caso Claude Reyes *et al.* vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 84.

“recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.⁵⁹

Así como se ha señalado en la sección anterior sobre administración de justicia, estas recomendaciones al Estado tienen relevancia y obligatoriedad por sí mismas, independientemente de que estén enmarcadas en acciones para hacer frente a la corrupción. Dada la jurisprudencia interamericana existente sobre la materia, así como la información recibida por la CIDH en audiencias temáticas, estos lineamientos podrían haber sido más específicos.

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Un punto de especial relevancia en los estándares interamericanos sobre “Corrupción y Derechos Humanos” se refiere al impacto que la corrupción tiene sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esto obedece al criterio establecido por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, quien identificó cómo la corrupción en el diseño y ejecución de políticas públicas puede tener un impacto diferenciado hacia

⁵⁹ Corte IDH: Caso Claude Reyes *et al.*, 77.

los grupos en situación de vulnerabilidad, haciendo énfasis en el derecho a la igualdad y no-discriminación.⁶⁰

Los lineamientos que se encuentran en este eje son: i) la incorporación de medidas para identificar y erradicar la corrupción en los programas sociales; ii) fortalecer la transparencia en la gestión de programas sociales; iii) generar información que permita identificar el impacto que la corrupción tiene sobre los programas sociales; iv) fortalecer mecanismos de monitoreo de programas sociales y evitar la vulneración de derechos de las personas que se encuentran en el área de influencia del proyecto; y v) adoptar mecanismos para proteger a dirigentes involucrados en la protección de sus comunidades o pueblos indígenas.⁶¹ El informe temático desarrolla estos contenidos, haciendo énfasis en algunos derechos como la salud o la educación, así como el especial impacto en las personas en situación de calle.⁶²

De la forma como está presentado este lineamiento, este eje podría centrarse en casos en los que exista un conflicto de intereses superpuestos,⁶³ como desarrollo económico vs. derechos indígenas o protección del ambiente.⁶⁴ Lo que sugiere este lineamiento es que en este tipo de contextos, en los que el reconocimiento de ciertos derechos a pueblos indígenas o poblaciones afrodescendientes es jurídicamente exigible, el problema no sería la aplicación de la ley, sino las prácticas corruptas que afectan el ejercicio del mismo.

Por ejemplo, en el caso *Luna López vs. Honduras*, la Corte IDH determinó que el Estado no actuó con la debida diligencia para proteger a la víctima de las amenazas recibidas por su defensa del medio ambiente. Esta falta de debida diligencia continuó, pues, luego del atentado contra la vida de la víctima, el Estado no llevó a cabo una investigación efectiva:

Se verificó la existencia de una situación de especial riesgo para los defensores del medio ambiente en la época de los hechos. Asimismo, en relación al señor

60 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General* n.º 20.

61 CIDH: Resolución n.º 01/18, 3.e.

62 CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 147-182.

63 Cf. Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples: *Extractive industries*.

64 Cf. Rodríguez Garavito: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18, 2011, 263.

Luna López, el Estado tuvo conocimiento del riesgo real e inmediato contra su vida a través de una denuncia de amenaza de muerte realizada ante el Ministerio Público en función de su labor de defensa del medio ambiente como Regidor y Jefe de la Unidad Ambiental del Municipio de Catacamas. Frente a ello, el Estado no demostró haber adoptado medidas efectivas de protección tendientes a garantizar su derecho a la vida; amenazas que poco tiempo después se materializaron con su muerte. Finalmente, el Estado no demostró haber realizado una investigación seria y exhaustiva del hecho de amenaza de muerte denunciado, el cual antecedió a la privación de su vida.⁶⁵

En el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam, la Corte IDH reitera el impacto que una política que desconoce los derechos humanos puede tener sobre grupos vulnerables. Si bien en esta decisión no se hace referencia a actos de corrupción, la Corte IDH establece en las medidas de rehabilitación la responsabilidad que debe asumir la empresa por los daños ambientales ocasionados. Por este motivo, al determinar que se violó el artículo 21 de la CADH, la Corte IDH ordenó:

Es preciso elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva de la zona, de manera conjunta con la empresa que ha estado a cargo de dicha rehabilitación, y con la participación de una representación de los Pueblos Kaliña y Lokono. Dicho plan deberá incluir: i) una evaluación integral actualizada de la zona afectada, mediante un estudio a cargo de expertos independientes en la materia; ii) un cronograma de trabajo; iii) las medidas necesarias para remover cualquier afectación derivada de las actividades mineras, y iv) las medidas para reforestar las áreas que aún están afectadas por tales actividades, todo ello tomando en cuenta el parecer de los Pueblos afectados.⁶⁶

La idea de este lineamiento puede tener un impacto significativo en el diseño de mecanismos para afrontar la corrupción en las políticas públicas o en el ejercicio de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. No se puede desconocer el reciente desarrollo de la Corte IDH con respecto a la responsabilidad del Estado por violaciones de los derechos

⁶⁵ Corte IDH: Caso Luna López *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶⁶ Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.

económicos, sociales y culturales⁶⁷ establecidos en el artículo 26 de la CADH.⁶⁸

Esto ha significado un cambio sustancial en la responsabilidad del Estado frente a la CADH, pero también deberá representar una aproximación distinta de los órganos del SIDH al manejo de estos temas.⁶⁹ Esto además representa un cambio en el análisis de las políticas públicas en salud y educación.⁷⁰ Los casos sobre empresas y derechos humanos son interesantes, pues muestran visiones antagónicas dentro del Estado, pero este no es el único contexto en los que este tipo de dilemas se presentan.

Cooperación internacional con énfasis en la Convención Interamericana contra la Corrupción

El último eje de la Resolución sobre Corrupción y Derechos Humanos se refiere a la cooperación internacional. En este caso, los lineamientos de la Resolución se centran en: i) la elaboración de medidas para hacer efectiva la cooperación internacional, incluyendo unidades de investigación multilaterales; ii) promover medidas regionales de reparación a las víctimas de la corrupción; y iii) promover una respuesta general a la corrupción con un enfoque de derechos humanos.⁷¹ A diferencia de la Resolución, este tema es brevemente desarrollado por la CIDH en su informe temático.⁷²

Esta es la única sección en la que se alude a la CICC y, aun así, su referencia no es utilizada en el marco de la aplicación de un enfoque de derechos humanos en la materia. La CICC fue adoptada en 1996 y tiene dos elementos principales. En primer lugar, establece una serie de tipos penales que deben ser implementados por los Estados, centrándose en los delitos de soborno y el enriquecimiento ilícito. La segunda parte de la Convención se centra en mecanismos de cooperación internacional, pudiendo ser utilizada como tratado de extradición.

⁶⁷ Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Flores: *Inclusión, 'Ius Commune' y Justicia*.

⁶⁸ Corte IDH: Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶⁹ Melish: *New York University Journal of International Law and Politics* 39(2), 2006, 171.

⁷⁰ CIDH: OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 2017.

⁷¹ CIDH: Resolución n.º 01/18, 4.g.

⁷² Cf. CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos*, 506-511.

Una crítica que se puede formular a la CICC es su enfoque limitado a la adopción de normas penales, sin establecer los lineamientos necesarios para prevenir actos de corrupción. Esto podría ser uno de los complementos que los derechos humanos podrían tener en la adopción de políticas contra la corrupción, particularmente para situaciones en las que la corrupción afecta o impide el ejercicio de derechos.⁷³

Las consideraciones de la CICC hacen referencia a la importancia de fortalecer la democracia representativa y la legitimidad de las instituciones del Estado. Reconoce, de forma incipiente, la eventual “trascendencia internacional” de la corrupción. Del contenido del texto se da a entender que la legislación interna en prevención de actos de corrupción es limitada, puesto que gran parte de sus disposiciones se centran en la importancia de crear mecanismos internos y la adopción de la legislación penal correspondiente. En el texto de la CICC no se hace referencia a los derechos humanos y hay apenas referencias escuetas a mecanismos de participación ciudadana o rendición de cuentas.

Corrupción, derechos humanos y covid-19: desafíos para el sistema interamericano de derechos humanos

Antes de pasar a las conclusiones sobre los estándares interamericanos, es necesario hacer una referencia a la pandemia global del covid-19 y el reto que presenta para los países de América Latina y el propio SIDH. La primera reflexión confirma que la posición adoptada por la Corte IDH con respecto a la exigibilidad y protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales ante la CADH en diciembre de 2017 fue la decisión correcta. Gran parte de los problemas que los sistemas de salud afrontan actualmente pueden ser explicados al tratar la salud como un servicio y no como un derecho fundamental. La crisis económica y social que América Latina está atravesando debería llevar a revisar el debate sobre la progresividad de estos derechos.

⁷³ Hansbury y Duhaime: *Canadian Yearbook of International Law* 52, 2015, 127.

En segundo lugar, y vinculado con la relación entre corrupción y derechos humanos, está el tema de las acciones que los Estados latinoamericanos vienen realizando para afrontar la pandemia del covid-19 y cómo esto puede influenciar los presupuestos públicos. Por ejemplo, lo que ocurrió en Guatemala en noviembre de 2020 es un aviso de lo que se puede venir en la región.⁷⁴ Leyes de presupuesto aprobadas sin debate que cortan inversión social en salud y educación. Con el fin de intentar reactivar la economía, se limitarán los mecanismos de control en la asignación de recursos y contratos públicos, lo que fomenta la corrupción.

Otro contexto también incluiría el aumento de recursos públicos para programas sociales, así como la aprobación de medidas de emergencia para transferir mayores recursos a los gobiernos municipales y estatales/regionales. En la mayoría de estas medidas, se han establecido mecanismos especiales que limitan el accionar de las entidades de control. Es decir, se busca adoptar normas que agilicen la asignación y uso de recursos fiscales para proyectos de inversión pública. Las entidades financieras internacionales también han abierto líneas de crédito para financiar proyectos que hagan frente al covid-19.⁷⁵

En el caso de la CIDH, este organismo ha creado un grupo de seguimiento y monitoreo a las acciones de los Estados frente a la emergencia del covid-19.⁷⁶ De acuerdo con la nota de prensa, este mecanismo tiene como fin priorizar y monitorear el seguimiento de casos relativos al covid-19, así como prestar asistencia técnica en la implementación de medidas para hacer frente a esta pandemia.

Dada la adopción de medidas de emergencia económicas que vienen siendo adoptadas por América Latina, esta es la oportunidad para que la SIDH contribuya a identificar posibles actos de corrupción que seguramente se darán. La emergencia y la flexibilización de normas de control en países con instituciones deficientes son elementos propicios para que

⁷⁴ Cf. OEA: "La CIDH condena excesivo uso de la fuerza e insta a que se investigue toda forma de violencia durante las protestas sociales en Guatemala".

⁷⁵ Banco Mundial: "Los desafíos de la COVID-19".

⁷⁶ Cf. CIDH: "CIDH instala su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia del COVID-19", 27 de marzo de 2020.

este fin loable sea destinado a otros fines (menos loables). Cabe destacar que la Corte IDH adoptó en abril de 2020 una declaración sobre las obligaciones de los Estados y el respeto de los derechos humanos en el marco de la pandemia,⁷⁷ la cual hace referencia a la importancia de implementar políticas sociales, asegurar la libertad de expresión y el funcionamiento de los sistemas de justicia. Si bien no hay una referencia expresa a la corrupción, se deduce que la implementación de estas políticas debe realizarse con transparencia e idoneidad.

En este contexto, tal como lo planteó Anne Peters,⁷⁸ un enfoque de derechos humanos puede contribuir a centrarse en medidas sociales de prevención, sin descuidar la aplicación de las normas penales anticorrupción cuando estas sean necesarias. En este sentido:

El enfoque de derechos humanos puede contribuir a cerrar la brecha de implementación [de normas anticorrupción]. El pleno reconocimiento de que la corrupción socava el disfrute de los derechos humanos permite a los organismos universales [y regionales] de monitoreo de los derechos humanos abordar legítimamente la corrupción en detalle sin sobrepasar su mandato.⁷⁹

Sobre esta base, es la oportunidad para que tanto la CIDH como las entidades nacionales y los organismos de la sociedad civil puedan ver si los principios interamericanos tienen un impacto positivo para proteger los derechos de los grupos más vulnerables. De ahí la importancia de que la CIDH pueda dar directrices sobre medidas económicas de emergencia con perspectiva de derechos humanos para hacer frente al covid-19.

Conclusiones

El propósito de este artículo ha sido desarrollar algunos de los estándares del SIDH sobre la base de los ejes que la CIDH ha establecido sobre

⁷⁷ Corte IDH: *Covid-19 y Derechos Humanos*, 9 de abril de 2020.

⁷⁸ Peters: *European Journal of International Law* 29, 2018, 1251-1287.

⁷⁹ Peters: *European Journal of International Law* 29, 1287. Traducción libre con texto en paréntesis añadido. Texto original: "The human rights approach can contribute to closing the implementation gap. The full recognition that corruption undermines the enjoyment of human rights allows the universal, non-adversarial human rights monitoring bodies to legitimately address corruption in detail without overstepping their mandate".

“Corrupción y Derechos Humanos”. El texto se ha centrado en los principales lineamientos de la Resolución 1/18 que luego fueron desarrollados en el informe temático, publicado en diciembre de 2019. En este punto se han identificado algunos de los principales estándares sobre la materia.

El SIDH ha establecido un marco inicial para vincular la relación entre corrupción y derechos humanos, pero tanto la CIDH como la Corte IDH deberán seguir desarrollando este tema, particularmente en las medidas que los Estados deben cumplir bajo la CADH.

En este sentido, es necesario que las recomendaciones y lineamientos de políticas públicas sean más concretas en lo que respecta a la prevención e identificación, así como en la medición de su impacto en los derechos humanos. Los estándares interamericanos no dan mayores luces sobre cómo entender esta relación, por lo que se espera que tanto el informe temático como los futuros casos desarrollen esta articulación, incluyendo los medios de reparación. En esta línea, James Gathii concluye su estudio sobre la materia con una consideración que suscribo plenamente:

Al categorizar la agenda anticorrupción como un tema de derechos humanos, la democratización del tejido político, económico y social de un país la hace más atenta y con una mayor capacidad de respuesta hacia los derechos de los sectores más marginalizados de la sociedad.⁸⁰

La mayor preocupación que se tiene es el uso de expresiones como “lucha contra la corrupción” o “erradicar la corrupción”. Estas pueden tener un impacto mediático, pero es difícil establecer obligaciones concretas. Sin embargo, la iniciativa de incluir el impacto de la corrupción en la protección, el goce y el ejercicio de los derechos humanos es sumamente importante, así como la propuesta de ir más allá del derecho penal en la regulación de medidas para prevenir o sancionar actos de corrupción.

⁸⁰ Cf. Gathii: *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31, 2009, 202. Traducción libre. Texto original: “By categorizing the anti-corruption agenda as a human rights issue, the democratization of a country’s political, economic and social fabric makes it more attentive and responsive to the rights of the most marginalized segments of society”.

Bibliografía

- Cardona, Luz Ángela, Horacio Ortíz y Daniel Vásquez: “Corruption and Human Rights: Possible Relations”, en *Human Rights Quarterly* 40(2), 2018, 317-341.
- Corte IDH: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Libertad de Expresión*, San José: Corte IDH, 2015.
- Corte IDH: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n.º 11: *Pueblos Indígenas y Tribales*, San José: Corte IDH, 2015.
- Corte IDH: *Cuadernillo de Jurisprudencia de Derechos Humanos* n.º 23: *Corrupción y Derechos Humanos*, San José: Corte IDH, 2019.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores: *Inclusión, ‘Ius Commune’ y Justiciabilidad de los DESCA en la Jurisprudencia Interamericana: el caso Lagos del Campo y Nuevos Desafíos*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Figueiredo, André: *Corruption and Human Rights: Beyond the Link*, Oisterwijk: Wolf Legal Publisher, 2017.
- Gathii, James Thuo: “Defining the Relationship between Human Rights and Corruption”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31, 2009.
- Hansbury, Elise y Bernard Duhaime: “Les enjeux de la corruption sur le continent américain: une réflexion sur le rôle du Système interaméricain de protection des droits humains dans la consolidation des politiques de lutte contre la corruption”, en *Canadian Yearbook of International Law* 52, 2015, 77-128.
- Koch Andersen, Morten: “Why Corruption Matters in Human Rights”, en *Journal of Human Rights Practice* 10(1), 2018, 179-190.
- Melish, Tara J.: “Rethinking the less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics* 39(2), 2006.
- Rothe, Dawn: “Facilitating corruption and human rights violations: the role of international financial institutions”, en *Crime, Law and Social Change* 53(5), 2010, 457-476.
- Nash Rojas, Claudio, Pedro Aguiló Bascuñán y María Luisa Bascur Campos: *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2014.
- Nash Rojas, Claudio: “Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Corrupción”, en Claudio Nash Rojas, Marie-Christine Fuchs (eds.), *Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos: Manual de Casos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, 279-316.

Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito: *Integrity in the Criminal Justice System*, Geneva: United Nations, 2018, en <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/criminal-justice-system.html>.

Peters, Anne: “Corruption as a Violation of International Human Rights”, en *European Journal of International Law* 29, 2018, 1251-1287.

Quintana, Karla y Rogelio Flores (eds.): *Los Derechos de los Pueblos Indígenas: una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Rodríguez Garavito, César: “Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18, 2011, 263.

Summit Implementation Review Group: *Democratic governance against corruption*, Concept Paper, GRIC/CA-VIII/doc.2/17, VIII Summit of the Americas, 2017.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 99 (entrada en vigor el 7 de julio de 1978).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, A/RES/58/4 (31 de octubre de 2003).

Convención Interamericana contra la Corrupción, 29 de marzo de 1996, OAS Treaty Series B-58 (6 de marzo de 1997).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.º 01/17- Corrupción y Derechos Humanos (12 de septiembre de 2017).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.º 01/18- Corrupción y Derechos Humanos (2 de marzo de 2018).

Documentos de organismos internacionales

CIDH: *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, Washington: CIDH, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 236, 2019.

CIDH: *Pobreza y Derechos Humanos*, Washington: CIDH, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 2017.

CIDH: *Covid-19 y Derechos Humanos: Los Problemas y Desafíos deben ser abordados con Perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, Declaración de la Corte IDH 1/20, 9 de abril de 2020.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, Ginebra: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/C.12/GC/20, 2009.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas: *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, E/CN.4/2004/60, 31 de diciembre de 2003.

Office Of de High Commissioner of Human Right: *The Human Rights case against Corruption*, Geneva, 2003.

ONU, Asamblea General: *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/67/305 (13 de agosto de 2012).

ONU, Asamblea General: *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/72/140, 25 de julio de 2017.

Special Rapporteur on the Rights of Indigenous People: *Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples: Extractive industries and Indigenous Peoples*, A/HRC/24/41, 1 July 2013.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso Andrade Salmón *vs.* Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C n.º 330.

Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151.

Corte IDH, Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107.

Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112.

Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74.

Corte IDH, Caso Lagos del Campo *vs.* Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 340.

Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos *et al.*) *vs.* Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73.

Corte IDH, Caso Luna López *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269.

Corte IDH, Caso Montero Aranguren *et al.* (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C n.º 150.

Corte IDH, Caso Pacheco Teruel *et al.* *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 241.

- Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245.
- Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309.
- Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de marzo de 2018. Serie C n.º 351.
- Corte IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111.
- Corte IDH, Caso Tibi *vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.
- Corte IDH, Caso Villaseñor Velarde *et al. vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C n.º 374.
- Corte IDH, Caso Yatama *vs.* Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127.
- Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 CADH). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5.
- Corte IDH, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6.

Notas de medios de comunicación

- BBC Mundo: “Coronavirus: Qué dice sobre la economía (y el gobierno) de Perú que el país prepare el mayor plan de estímulo de América Latina contra el covid-19”, 31 de marzo de 2020, <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52104166>>.
- Banco Mundial: “Los desafíos de la COVID-19: Una visión de América Latina y el Caribe”, 24 de marzo de 2020, <<https://blogs.worldbank.org/es/voces/desafios-y-respuestas-de-la-covid-19-una-vision-de-america-latina-y-el-caribe>>.
- CIDH: “CIDH instala su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia del COVID-19”, 27 de marzo de 2020, <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/063.asp>>.
- OEA: “La CIDH condena excesivo uso de la fuerza e insta a que se investigue toda forma de violencia durante las protestas sociales en Guatemala”, 23 de noviembre de 2020, <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/281.asp>>.

II

**DELITOS DE CORRUPCIÓN:
PARTE GENERAL Y ESPECIAL**

CORRUPCIÓN PUNIBLE Y ACUERDO ILÍCITO: UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE *UNRECHTSVEREINBARUNG**

Kai Ambos y Gustavo Urquiza

RESUMEN. Aunque la identificación del concepto de corrupción es un presupuesto de cualquier programa político-criminal anticorrupción sensato, hasta ahora ha sido una tarea esquivada. En ese sentido, este trabajo ofrece una aproximación a los rasgos básicos de la noción alemana *Unrechtsvereinbarung*, la cual remite esencialmente a la idea de un acuerdo ilícito. Con base en ello, y a la luz de algunos casos del ámbito alemán, se muestra tanto su capacidad de rendimiento limitadora en el marco de una regulación legal amplia de la corrupción punible, como sus dificultades y limitaciones.

Palabras clave: *Unrechtsvereinbarung*; acuerdo ilícito; corrupción activa; corrupción pasiva.

ABSTRACT. Although identifying the concept of corruption is a premise of any reasonable political-criminal anti-corruption program, it has so far been an elusive task. This work offers an approach to the basic features of the German notion of *Unrechtsvereinbarung*, which essentially refers to the idea of an illegal agreement. Based on this, and in light of some German cases, the article shows its limited achievability in the framework of a broad legal regulation of punishable corruption, as well as its difficulties and limitations.

Keywords: *Unrechtsvereinbarung*; illegal agreement; active corruption; passive corruption.

* Los apartes *Unrechtsvereinbarung* y La adquisición de fondos de terceros del presente texto están basados sustancialmente en Ambos: *JZ*, 2003, 345 ss. y Ambos y Ziehn: *NSStZ*, 2008, 498 ss., a los cuales se remite para mayor detalle en las respectivas notas al pie. §§ sin referencias adicionales se refieren al StGB (Código Penal alemán).

Amplitud de la regulación legal de la corrupción punible y complejidad de su definición

La regulación legal de la corrupción punible exhibe una diversidad¹ y una amplitud² notables. Como consecuencia, las legislaciones admiten la subsumición de supuestos que se apartan del imaginario clásico o intuitivo de la corrupción.³ Esto es el resultado de la ausencia de una definición consistente de corrupción⁴ –y de la complejidad para dar su definición–.⁵

El grado de complejidad de esa definición queda expuesto con ayuda de un inventario no exhaustivo de los factores habituales en el contexto de su discusión. Junto a la intensa actividad legislativa a nivel nacional⁶ e internacional,⁷ han de tenerse en cuenta aspectos⁸ de igual o más complejidad para el jurista (y, quizás, con mayor razón para el legislador). Entre

¹ Respecto a algunos países de Latinoamérica véase Guzmán Dalbora: “El delito de cohecho en iberoamérica: sinopsis comparativa”, en este volumen, 123 ss.

² Respecto al caso alemán, Kuhlen: *Enfoques Penales*, 2018, 2 (§§ 331 y 333: “amplitud ilimitada”).

³ Un ejemplo de ello, en el contexto de este volumen, es el “tráfico de influencias simulado” previsto en el artículo 400 CP peruano: “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra 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”, es decir, un agente que invoca influencias inexistentes.

⁴ Véase Zimmermann: *Das Unrecht der Korruption*, 2017, 55. “Mangel [...] zumindest mitursächlich für die gemeinhin beklagte chronisch defizitäre Bestimmtheit bei den Korruptionsdelikten”.

⁵ Véase Artaza: *Polit. Crim.* 11, 2016, 335: “Concepto [...] sumamente vago”.

⁶ Respecto a Alemania véase *infra* notas 25 y texto principal. Respecto a países latinoamericanos, Guzmán Dalbora: en este volumen, 123ss.

⁷ Véase Hoven: *NStZ*, 2015, 553, quien resalta la influencia de las disposiciones internacionales y europeas. Para un panorama enfocado en la corrupción privada, Caro Coria: en este volumen, 245. Respecto a la influencia sobre Alemania, Sowada: *Vor § 331*, nm. 24; Rosenau: § 331, nm 1-4. Y críticamente al respecto, Kuhlen: *Enfoques penales*, 1. (“aporte importante a la ‘expansión del derecho penal’”); Dann: *NJW* 69(4), 2016, 203; Hoven: *NStZ*, 2015, 560 (“außenpolitische Interesse”); crítico respecto a esa influencia en Colombia, Cote: en este volumen, 41. (“argumento de autoridad”).

⁸ Los cuales pueden incluso aparecer interconectados (véase *infra* nota 10, respecto al discurso de los derechos humanos en el nivel internacional) e incluso de forma no explícita. Véase Rose, Kubiciel y Landwehr: *The United Nations Convention*, 3, advirtiendo sobre la vinculación del discurso internacional con la perspectiva de las ciencias sociales en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

ellos: la etimología,⁹ las repercusiones para los derechos fundamentales y los derechos humanos¹⁰ y los enfoques extrajurídicos (morales, sociológicos o históricos, p. ej.).¹¹ Al trascender la perspectiva regulatoria y conducir a problemas menos evidentes, estos aspectos adquieren relevancia para la discusión y para la construcción de una definición consistente de corrupción. Sin embargo, también generan el riesgo¹² de una amplitud¹³ o una restricción¹⁴

⁹ Sobre la polisemia del término corrupción, Guzmán Dalbora: en este volumen, 123, quien por eso prefiere el término cohecho. Sin embargo, la etimología de cohecho, a partir de la palabra latina *confectare* y la raíz indoeuropea *dhē*, no es una ventaja frente a la del término corrupción, pues también en esta cabe entender una referencia a un acuerdo o una negociación. Sobre el término latino *corruptere*, Kindhäuser: *ZIS* 6, 2011, 461-462.

¹⁰ Véase Peters: *Corruption*, 11 ss.; Hansbury y Duhaime: *CYL* 52, 2015, 77-128; Doucin: *La corruption*, passim; Pérez Cepeda y Benito Sánchez: *El derecho penal*, 204 ("Derecho a la igualdad"); Nash Rojas: *Corrupción*, 59 ("Principios democráticos (igualdad) y ... Estado de derecho (imperio de la ley y garantía de los derechos)"); Luciani: *Corrupción*, 75 ss. (Afectación de la dignidad!); Tascioni: *Corruzione*, 1 ("diritti ... civili ... economici e sociali") y Nash Rojas: en este volumen, 25 ss. Para ese enfoque en el nivel internacional, véase ONU: *Convención*; Consejo de Derechos Humanos: Resolución 35/25 de 14.7.2017. Advirtiendo sobre la inconveniencia de ese enfoque en estados autoritarios, Kuhlen: *Korruption*, 35. Los derechos humanos o fundamentales como objetos del daño comparten el espacio con otra perspectiva, es decir, con aquella en la que se les entiende como puntos de referencia para el diseño de la agenda anticorrupción. Véase al respecto Fuchs y Ávila: *Corrupción*, 8. Menos explícito, Nash Rojas: *Corrupción*, 16 y 47 ss con repercusiones para la agenda político-criminal.

¹¹ Un enfoque basado en argumentos morales en Green: *Lying*, 193 ss., el cual no es alcanzado por las críticas dirigidas contra el reprochable tono "moralizador". Véase, sobre esto, Greco y Teixeira: *Crime e política*, 24 ("moralismos ou ... messianismos"); Dann: *NJW*, 2016, 203 ("Korruption ist böse – ihre Bekämpfung ist gut", "Totalität und blind machenden Moralisierung"). Sobre la necesidad de una definición con base en criterios legales, Rose, Kubiciel y Landwehr: *The United Nations Convention*, 4 ("law itself and not morality must specify the distinction between proper and improper influence"). Respecto al matiz histórico de la corrupción Rose, Kubiciel y Landwehr: *The United Nations Convention*, 3 ("Change significantly over time"). Un enfoque similar en Quiróz: *Corrupción en el Perú*, 39 ("Continuidad como *variabilidad* desde la aparición de los estados y civilizaciones más tempranos"). Cursiva de la cita de los autores.

¹² Como consecuencia de su sobredimensionamiento, p. ej. Por cierto, este problema puede presentarse también con aspectos jurídicos. Críticos sobre el enfoque exclusivo en el bien jurídico protegido, Greco y Teixeira: *Crime e política*, 27 ("excessiva atenção"). Según ellos esta cuestión solo tendría relación "com a metade do injusto da corrupção", y no daría cuenta de la decisión de abarcar como corrupción solo algunos comportamientos que afectan la voluntad estatal. De cualquier modo, la discusión sobre el bien jurídico protegido sigue tan viva como antes. Panorámico al respecto, Wachter: *GA*, 2019, 735 y 738 s.

¹³ Piénsese, por ejemplo, en una definición que intentara basarse en una comprensión meramente lingüística, como la descrita en Kindhäuser: *ZIS* 6, 2011, 461.

¹⁴ Señalando esto con respecto a la relación entre el concepto jurídico y la definición de las ciencias sociales, Teixeira: *Das Unrecht*, 87: "juristische Korruptionsbegriff ist [...] in einem gewissen Sinne weiter als die übliche sozialwissenschaftliche Definition, denn er erfasst auch

indeseables, y, en el peor de los casos, de una aparente irrelevancia de la definición.¹⁵

Independientemente de sus causas, el déficit conceptual perjudica el instrumental de la ciencia jurídico-penal y, con ello, su imprescindible labor crítica.¹⁶ Las dificultades para la interpretación de los tipos de la corrupción derivadas de su amplitud¹⁷ —y reflejadas en la persecución de casos que contradicen el sentido común—¹⁸ ilustran con elocuencia las repercusiones de ese déficit,¹⁹ pero no su consecuencia más grave. Pues una agenda anticorrupción basada en el desvarío y/o trivialización conceptual abre la puerta a una sobre o infracriminalización y, con ello, a un programa penal defectuoso. Es decir, una agenda penal anticorrupción sin un diseño claro adolece de problemas de legitimidad²⁰ y corre el riesgo de un inexorable fracaso.

Sin embargo, esa carencia conceptual no se traduce en la necesidad de un concepto integral²¹ de corrupción con pretensiones de validez interdisciplinaria y construido *desde* el derecho penal. Si se repara en algunas

die Korruption unter Privaten". En ese sentido, y a pesar de que él en última instancia lo niegue, la posición de Wachter: *GA*, 2019, 735 ss., parecería tener que excluir de la punibilidad los casos de cohecho subsecuente (en los que precisamente el funcionario ya no tiene la oportunidad de mostrarse recíproco).

¹⁵ Véase Rose, Kubiciel y Landwehr: *The United Nations Convention*, 4, sobre la eventual falta de disposición de las ciencias sociales a discutir elementos clave de las regulaciones (por ejemplo, "abuse" o "improper influence").

¹⁶ Véase Greco y Teixeira: *Crime e política*, 25, haciendo referencia al efecto de esta circunstancia para la discusión.

¹⁷ La cual, según Kargl: *ZStW* 114, 2002, 763, daría lugar a una "akrobatische Dogmatik". En el contexto del § 299, véase Bernsmann y Gatzweiler: *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, 115; Sinner: *HRRS* 4, 2016, 196-199, advirtiendo respecto a las dificultades interpretativas como consecuencia de la indeterminación de los tipos y del bien jurídico protegido. Referencias sobre la amplitud de la regulación en Kuhlen: § 331, nm. 96, nota 300.

¹⁸ Véase al respecto Kuhlen: *Enfoques penales*, 2018, 3 ss. ("trivialización del derecho penal de la corrupción [...] que se aleja ampliamente de su fundamentación cada vez más impregnada por los derechos humanos"; sobre todo, tomando en consideración los casos de fotografía escolar y del notario). *Cursiva* en el original; Greco y Teixeira: *Crime e política*, 22-36 (propuesta de solución, también con respecto a los casos de "donaciones para campañas electorales" y "donación de tiquetes para eventos deportivos a miembros del gobierno"). Véase con más detalle Ambos: *JZ*, 2003, 345 ss. y Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 498 ss.

¹⁹ Véase Zimmerman, *supra* nota 4, 56.

²⁰ Véase *supra* nota 17.

²¹ Sobre las dificultades de un "concepto sincrético que aglutine y muestre todas las aristas del fenómeno", véase Matellanes Rodríguez: *El derecho penal*, 255.

circunstancias,²² tal conceptualización se presenta como un propósito no solo difícilmente realizable, sino incluso poco deseable.

Por eso, un buen punto de partida consiste en plantear la cuestión en su justa dimensión²³ y con expectativas realistas.²⁴ En el contexto de este trabajo se trata, entonces, de la búsqueda de una noción de corrupción para el derecho penal.

En consecuencia, lo que aquí se indaga es la relevancia de la noción de *Unrechtsvereinbarung* en el marco de la persecución de un programa penal anticorrupción de dimensiones razonables. Para esto se hará una breve referencia a la regulación jurídico-penal alemana de la corrupción estatal, se mostrarán los rasgos básicos del concepto (*Unrechtsvereinbarung*) y, con

²² Por un lado, los factores inventariados *supra* (nota 6 y texto principal) muestran la complejidad de ese objetivo para cualquier científico, independientemente de su disciplina de procedencia. De otra opinión, Artaza: *Política Criminal* 11, 2016, 307, nota 5, quien atribuye la dificultad a "los diversos matices con los que se aborda el fenómeno, y el foco de atención colocado por cada una de tales disciplinas". Esto, sin embargo, es un factor igualmente muy difícil de superar considerando la vinculación del científico a las categorías, conceptos, metodología y objetivos propios de su disciplina. Por otro lado, resulta discutible la aptitud del derecho penal para enfrentar problemas en los que la responsabilización individual por el suceso concreto resulta desafiada. En ese sentido, por ejemplo, surge la cuestión acerca de *en qué medida* un Estado con una institucionalidad notablemente deficitaria puede tener legitimidad para reprimir penalmente a ciudadanos sistemáticamente ignorados o insuficientemente atendidos y que, además, se hallan expuestos a una corrupción generalizada. Es decir, a una praxis corrupta que va desde los niveles dirigenciales hasta su entorno más íntimo y que muy probablemente hace de la corrupción una práctica banalizada y en cierto sentido "nativa", que el agente debe entonces "desaprender" con ayuda de herramientas institucionales. Evidentemente, aquí no se trata de negar la capacidad individual para comprender el sentido de las normas y de actuar conforme a ellas (en el sentido dogmático más estricto de la culpabilidad), sino solo de dar cuenta de esa circunstancia descrita con respecto a individuos que conciben la práctica de actos de corrupción como un mecanismo para alcanzar prestaciones a las que no accederían de otro modo.

²³ Con lo cual, la impresión de Gropp: *Festschrift ("FS") Kreuzer*, 2009, 230 y 243 ("Man hat den Eindruck, als habe sich die Strafrechtsdogmatik um die Korruption noch gar nicht ernstlich bemüht") debería verse como un esfuerzo desplegado en la dirección equivocada.

²⁴ Lo cual es especialmente importante en contextos de corrupción generalizada y deficiencia institucional, en los que la persecución de una cuota considerable de hechos de corrupción resulta escasamente posible. Que esto se resuelva con simples disposiciones orientadas a permitir (normativamente) esa persecución, como, por ejemplo, la prolongación de los plazos de prescripción (o incluso su imprescriptibilidad), es discutible. De hecho, medidas como esas pueden incluso tener el efecto inverso, a saber, una desidia frente a la persecución de los casos o su postergación frente a asuntos "más urgentes". Ante esa situación, la factibilidad del programa anticorrupción tendría que considerar la inclusión de mecanismos procesales destinados a facilitar el procesamiento de un número razonable de casos.

base en ellos, algunos de sus aportes y limitaciones derivados de su confrontación con casos concretos del ámbito alemán (Capacidad de rendimiento restrictivo del acuerdo ilícito: referencia a casos concretos).

Regulación jurídico-penal de la corrupción pública en el ámbito alemán: estructura de la regulación y relaciones entre sucesos

Las dificultades para elaborar una noción consistente de corrupción punible desde la legislación también existen en Alemania. Esto es el resultado de la actividad desplegada en ese ámbito por el legislador, especialmente intensa en los últimos años.²⁵ Así, a la gran reforma de 1997,²⁶ que modificó preceptos concernientes a la corrupción pública, siguieron reformas más focalizadas. Sobre corrupción de diputados en 2014;²⁷ corrupción privada y cohecho de funcionarios extranjeros en 2015;²⁸ corrupción en instituciones de salud en 2016;²⁹ y sobre corrupción en el deporte en 2017.³⁰ Como consecuencia, los tipos de la corrupción pública han quedado configurados de una manera notablemente amplia.³¹ Considerando esa amplitud, los

²⁵ Para una visión panorámica de las últimas modificaciones en la legislación alemana, véase Greco y Teixeira: *Crime e política*, 20 s. Crítico al respecto, Kuhlen: *Korruption*, 27; Kuhlen: *Enfoques penales*, 2018, 1 y 2. (Causa de la amplitud legislativa: también la “confianza en que la redacción demasiado amplia de la ley penal es corregida mediante una interpretación restrictiva por parte de los tribunales penales”). La incorrección de esa práctica legislativa puede verse en el uso político de una legislación tan amplia. Pero incluso una “adecuada” corrección del juzgador puede llevar a consecuencias indeseables, porque en un contexto de corrupción generalizada, en el que también la actuación de los juzgadores se encuentra bajo sospecha, la reducción de un ámbito de punibilidad con ayuda de la actividad interpretativa del juzgador puede ser leída como la manifestación de un acto corrupto.

²⁶ *Korruption Bekämpfungsgesetz* del 13 de agosto de 1997. Véase al respecto Dölling: *ZStW* 112, 2000, 334 ss.; Bannenberg: *Handbuch Wirtschafts*, nm. 45-45d.

²⁷ Ley del 23 de abril de 2014. BGBl. I, 410.

²⁸ *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (KorrG)* del 20 de noviembre de 2015. BGBl, 2025. Véase al respecto Passarge: *DStR*, 2016, 482 ss.; Papanthanasios: *Wistra* 5, 2016, 175 ss.

²⁹ *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im gesundheitswesen (KorrBekGG)* del 30 de mayo de 2016. BGBl. I 1254.

³⁰ *Gesetz zur Änderung des StGB – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (51. StGBÄndG)*. BGBl. I 2017, 815. Véase al respecto Bannenberg: *Handbuch Wirtschafts*, nm. 102-105.

³¹ Kuhlen: *Enfoques penales*, 2018, 1.

preceptos de la corrupción pública pueden ser presentados sintéticamente de la siguiente manera:³²

- i) Un suceso³³ de corrupción referido al ejercicio del servicio en general (S1), conformado por una dimensión pasiva (§ 331, aceptación de ventaja) y una dimensión activa (§ 333, entrega de ventaja).³⁴
- ii) Un suceso de corrupción referido a un acto específico del servicio y con infracción de un deber (adicional) del servicio (S2),³⁵ conformado por una dimensión pasiva (§ 332, cohecho pasivo) y una dimensión activa (§ 334, cohecho activo).³⁶

Desde una perspectiva intersuceso la relación existente entre S1 y S2 es calificada habitualmente como una relación de agravamiento, fundada en la infracción adicional de un deber específico del servicio (en S2).³⁷ Desde una perspectiva intrasuceso viene en consideración una cierta relación de complementariedad bilateral entre las respectivas dimensiones (activa y pasiva) de cada suceso. La existencia de tal relación de bilateralidad resulta defendible con base en el emparejamiento de algunos comportamientos típicos y sus respectivos comportamientos “reflejo”. Aunque esto parece ser el caso en algunos emparejamientos (dejarse prometer/prometer

³² Similar Greco y Teixeira: *Crime e política*, 26, hablando de “*corrupção simples*” y “*corrupção com infração funcional*”, que aquí no se sigue porque precisamente “simple” puede sugerir la idea de que se trata de una relación agravada.

³³ La referencia a suceso solo tiene como objetivo connotar la conjunción de los comportamientos pasivo y activo que por regla (pero no necesariamente) acompaña los casos de corrupción.

³⁴ El suceso conformado por los §§ 331 y 333 implica, de entrada, la infracción de un deber genérico de los funcionarios como consecuencia de la vinculación con la ventaja.

³⁵ Es decir, la contrariedad al deber no yace solamente en la vinculación con la ventaja, sino que la acción del servicio misma tiene que ser contraria al deber. Cfr. Fischer: § 332, nm. 5 ss.

³⁶ Sobre el § 332, véase Korte: § 332, nm. 1 ss.; Heintschel-Heinegg: § 334, nm. 1 ss.

³⁷ Es decir, con los comportamientos de S2 como versiones agravadas o calificadas de los comportamientos de S1. El criterio de agravación entre ambos sucesos sería la infracción de un deber específico de la función. Véase por todos Heine y Eisele: § 332, nm 1. Respecto al § 334 (en relación con el § 333), Heintschel-Heinegg: § 334, nm. 1 y Kuhlen: § 334, nm. 1 (“*Qualifikationstatbestand*”). En contra, véase Greco y Teixeira: *Crime e política*, 38 (“*Corrupção com infração funcional pode ser considerada uma qualificadora apenas quando a ação funcional ilegal se conjuga uma vantagem privada. Quando a combinação e com uma vantagem pública, realiza-se apenas a corrupção com infração funcional, sem que se possa afirmar a realização do injusto de corrupção simples*”).

y recibir/entregar una ventaja)³⁸ la existencia de esa relación fracasa indudablemente con respecto a otros. Esto puede entenderse mejor con los siguientes ejemplos.

Ejemplo A.

El funcionario F solicita al particular P el pago de una suma de dinero para llevar a cabo una acción del servicio, infringiendo los deberes del cargo.

Ejemplo B.

El particular P ofrece al funcionario F el pago de una suma de dinero, para que F lleve a cabo una acción del servicio, infringiendo los deberes del cargo.

En los ejemplos A y B el comportamiento desplegado por el sujeto activo (F y P, respectivamente) resulta suficiente por sí mismo para configurar alguno de los delitos. En el ejemplo A, el § 332, en la modalidad típica de la solicitud de una ventaja; en el ejemplo B, el § 334, en la modalidad típica de ofrecimiento de una ventaja. Los comportamientos consistentes en ofrecer y solicitar no implican pues el comportamiento “reflejo” de otro agente y ostentan más bien una autosuficiencia con respecto a su consumación. Esto significa que, desde el punto de vista del derecho existente, la relación de bilateralidad agencial no es predicable de todos los comportamientos típicos de la corrupción y, por lo tanto, ella carece de aptitud como característica general.³⁹ De esto, sin embargo, no se deduce su trivialidad. Más allá de su naturaleza ilustrativa –como *factum* corrientemente asociado a los casos de corrupción–, la relación de bilateralidad sigue valiendo como el contexto de significado⁴⁰ de las conductas carentes de un comportamiento “reflejo” y, por lo tanto, como una circunstancia relevante para definir su injusto.⁴¹

³⁸ Respecto al § 334 en relación con el § 332, véase Kuhlen: § 334, nm. 1 (“Spiegelbildlich ... ausgestaltet”).

³⁹ Similar con respecto al derecho chileno, Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 6.

⁴⁰ En el mismo sentido, Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018 (“Carácter interdependiente de las posiciones del funcionario y del eventual sobornador”).

⁴¹ Véase *infra* nota 89 y texto principal.

Unrechtsvereinbarung

¿Acuerdo? ¿ilícito?

En el marco de los esfuerzos en la búsqueda de una definición de corrupción punible se ha señalado correctamente que el camino a transitar es el de la mencionada bilateralidad y, más concretamente, el del denominado *Unrechtsvereinbarung*.⁴² Dicho concepto –que puede remontarse al término *Unrechtsgeschäft* (“negocio antijurídico”) empleado por Binding–⁴³ ha sido traducido al español, sobre todo, como “acuerdo ilícito”.⁴⁴ Aunque su traducción a este y otros idiomas⁴⁵ podría dar lugar a malentendidos, lo cierto es que el término ya es objeto de cuestionamientos en su idioma original.⁴⁶ Para despejar dudas iniciales y obtener un punto de partida, con *Unrechtsvereinbarung* no se designa un acuerdo *para* cometer otros ilícitos, sino más bien un acuerdo valorado *como* algo ilícito debido a su objeto (ilícito).⁴⁷

⁴² Kindhäuser: *ZIS* 6, 2011, 461 (463). (“En la correcta dirección van [...] las definiciones que conceptúan la corrupción como una relación de dos partes”).

⁴³ Binding: *Lehrbuch des gemeinen*, BT II, 1905, 715.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Caro Coria, en este volumen, 255; Hernández Basualto: *Revista de Ciencias Penales* 4, 2016, 15; Aboso: *Revista de Derecho Penal*, 39, 2004; Aoulad: *Reformas en el delito de cohecho*, 148; García Palominos: *Polit. Crim.* 14, 2019, quien no hace una traducción, pero utiliza el término para describir la idea. Otras traducciones hacen referencia a “acuerdo delictivo” (Kindhäuser: *Polit. Crim.* 3, 2007, traducido por Percy García Caverro), “acuerdo del injusto” (Eser: *en Nieto Martin* (ed.), 274, traducido por Eduardo Demetrio Crespo), “pacto ilícito” (Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 7), “pacto de injusto” (Bolea Bardón: *InDret*, 2013, 16, nota 44), “acuerdo de ilegalidad” (Graf Von Kielmansegg: *Investigaciones 1-2*, 2007, 216).

⁴⁵ En la literatura en portugués puede hallarse, por ejemplo, su traducción como “*pacto de injusto*” (Greco y Teixeira: *Crime e política*, 21; Rotsch: *Revista de Estudos Criminais* 73, 2019, 35, traducido por Raquel Lima Scalcon) o “*acordo ilícito*” (Sousa Mendes: *Revista do Ministério Público do RS* 68, 2011, 234).

⁴⁶ Lo cual ha llevado a solicitar su reemplazo. Véase Korte: § 331 nm 93; Sowada: nm 64 ss.; Sommer: § 331 nm 30 ss. (a favor del término “*konnexität*” [conexidad]); Heintschel-Heinegg: § 331 nm. 25 a (para quien el término *Unrechtsvereinbarung* resulta confuso pues: i) no se trata de un acuerdo con respecto a un injusto, sino más bien de la valoración de un comportamiento como algo injusto cuando el acuerdo se refiere a un intercambio entre ventaja y ejercicio del servicio; ii) en la “solicitud” faltaría el acuerdo (*Vereinbarung*). En ese sentido, considera conveniente el término “conexidad” (*Konnexität*). Sin embargo, el segundo argumento no es correcto. Pues que falte el *acuerdo efectivo* no implica que el comportamiento no se dirija a él y, por lo tanto, no impide que él siga contando como núcleo de la reprochabilidad como acuerdo potencial. Véase *infra* nota 90 y texto principal, con respecto a los comportamientos de la solicitud y la oferta.

⁴⁷ Véase Heintschel-Heinegg: § 331 nm. 25.1.

En ese contexto, el término “acuerdo” (*Vereinbarung*) remite únicamente al elemento convencional de la relación (eventual o efectiva) establecida entre los agentes.⁴⁸ O dicho más concretamente: al resultado alcanzado por la confluencia de sus voluntades, provenientes del (complejo) proceso decisional que tiene lugar en su esfera interna. Aunque a primera vista el término “acuerdo” –también “pacto” u otro similar– podría sugerir algo distinto, con él no se designa una “contractualidad” entendida en sentido estricto. Como en toda metáfora,⁴⁹ la reproducción del significado de esa convencionalidad mediante el término “acuerdo” pretende establecer únicamente –pero también como máximo–⁵⁰ una relación de semejanza plausible entre el término utilizado y el concepto a esclarecer. En lo que aquí concierne, el término “acuerdo” solo tiene como objetivo expresar que el vínculo que se establece entre las partes manifiesta una cierta convencionalidad y no que satisface todos los requisitos formales de un contrato en el sentido del derecho civil.⁵¹

⁴⁸ Véase en ese sentido la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia de la palabra “acuerdo” (“convenio entre dos o más partes”), en <https://dle.rae.es/acuerdo?m=form> (27.03.2021).

⁴⁹ Véase Diccionario de la Real Academia <https://www.rae.es/drae2001/met%C3%A1fora> (27.03.2021).

⁵⁰ Pues, de lo contrario, el término expresaría con plenitud el contenido del significado y, entonces, no se trataría de ninguna metáfora, sino de una definición *stricto sensu*.

⁵¹ La inidoneidad de la metáfora contractual ha sido puesta de manifiesto con respecto a aquellos casos que tienen lugar en el ámbito público, en donde la “iniciativa” del funcionario público –entendida típicamente como una solicitud de ventaja en el sentido del § 331– carece de la condicionalidad propia de un ofrecimiento contractual (porque el servicio ya ha sido prestado o porque la solicitud adquiere una connotación –adicional y encubierta– de amenaza, es decir, termina valiendo como el anuncio implícito de un perjuicio para el destinatario de la solicitud de la ventaja). Para seguir en el contexto de los ejemplos ofrecidos *supra*. En el caso A, P podría pensar que no dar cumplimiento a la solicitud que le hace llegar F le acarrearía una consecuencia negativa (consistente en el redireccionamiento de la función pública en su perjuicio). Véase Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 6 ss. Dada la estructura de la objeción (ambigüedad implícita de la solicitud generada por el estatus del emisor) nada se opone a su extensión hacia los casos de la corrupción privada (§ 299), pues también aquí la posición fáctica de quien debe decidir sobre la preferencia del producto o servicio podría dar lugar a esa consecuencia. Independientemente de ello, la objeción no es decisiva contra el uso del término “acuerdo” (o similares), considerando su referencia a la convencionalidad. Ahora bien, si, en atención a determinadas circunstancias (como, por ejemplo, la asimetría relacional, –*infra* nota 56 y texto principal–), ese contenido convencional resulta mejor expresado por una figura distinta al contrato, como la “donación remuneratoria” (véase *ibid.*, 12 ss.), es una cuestión que puede dejarse abierta.

Sea como fuere, la noción de acuerdo ilícito ha constituido el centro del reproche de culpabilidad de los delitos de corrupción.⁵² Consecuentemente, aquel es designado de manera extendida como el núcleo (*Kern*) de esos delitos,⁵³ incluso más allá de la corrupción pública.⁵⁴ Una base lingüística explícita para el *Unrechtsvereinbarung* es vista en cada uno de los preceptos de la corrupción, concretamente en las frases “por el ejercicio del servicio” (*für die Dienstausbübung*) y “como contraprestación” (*als Gegenleistung*).⁵⁵

Esa base lingüística muestra la orientación de la relación ventaja-servicio, cuyo sentido es direccionado a través del término *für* (por). Según esto, el relacionamiento prestacional entre el funcionario y el particular asume la forma de una vía de sentido único y, en consecuencia, da cuenta de cierta asimetría.⁵⁶ Dicho de otro modo, la ventaja⁵⁷ circula en forma

⁵² BGHSt 39, 45, 46 (un prisionero entrega un paquete de alimentos a los funcionarios de prisiones: “*Kern des in den Bestechungstatbeständen umschriebenen Schuldvorwurfs ist die - ausdrücklich oder konkludent getroffene - Unrechtsvereinbarung, in der Amtsträger und Vorteilsgeber sich über die Gewährung eines Vorteils an den Empfänger als Gegenleistung für eine von ihm vorzunehmende oder vorgenommene Diensthandlung einig werden*”). Resaltado de los autores.

⁵³ Fischer: § 331, nm. 21 (“*Kern des Tatbestands*”); Heine y Eisele, § 331, nm. 7 (“Mittelpunkt der Bestechungstatbestände”); Kuhlen: § 331, nm. 82 (“Kern der Bestechungsdelikte”); Sowada: § 331, nm. 64, nota al pie 410 y 411 (ver las denominaciones allí mencionadas). Recientemente, Wachter: GA, 2019, 735 (740).

⁵⁴ Véase Bannenberg: *Handbuch Wirtschafts*, nm. 86 (“Es muss ein Vorteil für eine konkrete Gegenleistung angeboten, versprochen oder gewährt werden”, con lo cual tendría un régimen similar al de los §§ 332 y 334); Pfaffendorf: *NZWiSt*, 2016, 8 ss.

⁵⁵ En ese sentido: “für die Dienstausbübung” en § 331(1), § 333(1) y “als Gegenleistung” en § 331(2), § 332(1) a (3), § 333(2), § 334 (1) a (3). La última de ellas cuenta también como la referencia lingüística del acuerdo ilícito en el contexto de la corrupción privada (§ 299). Véase Sommer y Tsambikakis: *Münchener AnwaltsHandbuch*, nm. 195.

⁵⁶ Sowada: § 331, nm. 66 (*asymmetrische Struktur*). Sobre la relevancia de esa asimetría para el uso de la metáfora de la donación remuneratoria, véase Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 6 ss.

⁵⁷ La ventaja debe ser entendida correctamente en un sentido natural, es decir, como cualquier beneficio (también y precisamente fáctico). En cambio, las consideraciones normativas, como la cuestión relativa al equilibrio entre las prestaciones, no deben discutirse aquí, sino al valorar el acuerdo ilícito. Véase Ambos: *JZ*, 2003, 345 (351); Busch: *NJW*, 2006, 1100 (1101); Höltkemeier: *Sponsoring als Straftat*, 2005, 102; Satzger: *ZStW* 115, 2003, 469 (482). Sin embargo, de otra opinión es Zöller: *ZJS*, 2011, 550 (554 s.), quien, en atención a la fotografía escolar, considera que “mal puede hablarse de una ventaja” sin poner en relación la prestación y la contraprestación. Esto, no obstante, no convence, porque incluso en el caso de una relación

de contraprestación (*Gegenleistung*) al encuentro del ejercicio de la función, pero no al revés.⁵⁸ Más allá de las repercusiones que esto tiene para el ámbito de punibilidad,⁵⁹ ello sirve aquí para complementar con algo más de precisión el objeto del “acuerdo ilícito” al que se refieren los §§ 331 y ss. y, entonces, para hacer explícita la razón de su ilicitud. En ese sentido, el acuerdo ilícito debe su condición (ilicitud) al otorgamiento (potencial o efectivo) de una ventaja a causa de un ejercicio (pretérito o futuro) de la función. El acuerdo ilícito manifiesta pues un vínculo de contenido entre la contribución que genera la ventaja y el acto funcional (“relación de equivalencia”).⁶⁰ Sin embargo, como se verá más adelante, ese vínculo entre la ventaja y el acto funcional solo es ilícito cuando es antirreglamentario/antijurídico.⁶¹

Régimen diferenciado

Acuerdo ilícito “estricto” y acuerdo ilícito ¿“flexibilizado”?

La mencionada base lingüística también es considerada como el punto de referencia de un régimen diferenciado del acuerdo ilícito. La explicación de un tal régimen yace en la distinción terminológica que existe en la regulación alemana con respecto al servicio. En ese sentido, la referencia a una acción del servicio (*Diensthandlung*) prevista en los §§ 332 y 334 (S2)⁶²

económicamente equilibrada es posible un vínculo antijurídico entre la contribución y el acto oficial o el ejercicio de la función oficial (con acierto, por ej., Busch: *NJW*, 2006, 1100 (1101)).

⁵⁸ Véase al respecto Korte: § 331, nm. 94; Sowada: § 331, nm. 66 (“Dass umgekehrt (auch die dienstliche Tätigkeit als Gegenleistung für den Vorteil erbracht wird, ist weder erforderlich noch (ohne die entsprechende gegenläufige Abrede) ausreichend”).

⁵⁹ Sowada: § 331, nm. 66: Exclusión del § 331 de aquellos casos en los que el funcionario que “recompensa” con un acto funcional la previa concesión de una ventaja que carece de un vínculo con el servicio.

⁶⁰ Korte: StGB § 331, nm. 116; Heine y Eisele: § 331, nm. 35. Esta relación de “equivalencia” no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de una relación de identidad del valor de la contraprestación en relación con el acto funcional.

⁶¹ Fundamental Volk: *Gedächtnisschrift (GS) Zipf*, 1999, 419 (421 ss.); igualmente, Ambos: *JZ*, 2003, 345 (349 s.); Dölling: *ZStW* 112, 2000, 334 (345); Kindhäuser y Goy: *NStZ*, 2003, 291 (294).

⁶² Véase Korte: § 332, nm. 12; sobre el § 334, Papatthanasiau: § 334, nm. 14 (“Auch dem Tatbestand der Bestechung immanent”). Con respecto al § 299, Bannenberg: *Handbuch Wirtschaftsrechts*, nm. 86 (“Es muss ein Vorteil für eine konkrete Gegenleistung angeboten, versprochen oder gewährt werden”, con lo cual tendría un régimen similar al de los §§ 332 y 334).

daría lugar a un acuerdo ilícito estricto o no flexibilizado/no relajado.⁶³ En cambio, en los §§ 331 y 333 (S1) habría que ver un acuerdo ilícito “distinto”, dado que allí solo es mencionado un ejercicio del servicio (*Dienstausübung*).

Esa referencia a un mero “ejercicio” fue consecuencia de la modificación llevada a cabo por la *Korruption Bekämpfungsgesetz (KorrBekG)* de 1997,⁶⁴ a través de la cual se abandonó la antigua mención a un “acto del servicio”. Como es evidente, esta última resultaba más exigente al requerir una mayor concreción del comportamiento funcional al que se vinculaba la ventaja (o sea, una acción concreta y no el servicio en general). Con esto resulta claro que la modificación estuvo motivada por problemas de índole material y probatorio,⁶⁵ generados por un acuerdo ilícito entendido básicamente como un *do ut des* pleno. Más concretamente, como consecuencia de las dificultades para la comprobación del acuerdo delictivo, la relación temporal entre el aporte y la acción del servicio, así como la falta de subsunción de los casos en los que el agente (corruptor) solo desea asegurar un comportamiento favorable (*Wohlverhalten*).

De acuerdo con la opinión general, con esa nueva versión de los preceptos el acuerdo ilícito no fue abandonado, sino solo “flexibilizado” o “relajado” (*geloekert*⁶⁶).⁶⁷ Esto es cierto en la medida en que la palabra “por” (*für*) sigue expresando una relación de vinculación o equivalencia entre la concesión del beneficio y el ejercicio de la función en el sentido ya

⁶³ Sobre la cuestión terminológica, *supra* nota 66.

⁶⁴ Véase al respecto *supra* 26.

⁶⁵ Von Häfen: StGB § 331, nm. 69 s.; Bannenberg: *Handbuch Wirtschafts*, 13.

⁶⁶ En este contexto, una traducción precisa del término alemán *lockern* puede resultar compleja. Aunque significa, en principio, “aflojar”, “relajar” o similares, el uso de estos términos como adjetivos de la regulación, en el sentido de un “régimen flojo” o “regimen relajado”, puede sugerir la idea de una regulación deficiente o displicente.

⁶⁷ BT-Drs. 13/8079, 15 (“Flexibilización”); Dölling: Gutachten C zum 61, C 65 (“Acuerdo ilícito debilitado”); Dölling: *ZStW*, 2000, 334 y 344 (“extendido”); Möhrensclager: *JZ*, 1996, 822 y 825; Korte: *NStZ*, 1997, 513 y 514; König: *JR*, 1997, 397, 398 s.; Wolters: *JuS*, 1998, 1100 y 1105; Dietrich y Schatz: *MedR*, 2001, 617; Bernsmann: *WissR*, 2002, 8; Ulsenheimer: *Handbuch Arztrecht*, nm 78 ss.; en el resultado también Wessels, Hettinger y Engländer: BT I, nm. 1179; Rengier: BT II § 60, nm. 39 ss.; Kuhlen: § 331, nm. 4, 80 ss.; Heine y Eisele: § 331, nm. 2, 35; Fischer: § 331, nm. 23; Von Häfen: § 331, nm. 68.

indicado.⁶⁸ Además, el legislador también deseaba mantener esa relación,⁶⁹ pues de lo contrario hubiera recurrido a otras formulaciones, como “en relación con el cargo”.⁷⁰ Sin embargo, los términos “flexibilización” o “relajamiento” resultan engañosos y son, en rigor, incorrectos. Esto se debe a que, estrictamente hablando, un acuerdo en sí no admite como atributo un relajamiento o una flexibilidad. Dicho de otro modo, un acuerdo solo se puede celebrar, romper, concluir (o similares). De forma más sencilla aún: el acuerdo solo puede existir o no existir. De hecho, esto ya fue expresado al mencionar el contenido convencional presente en ese término,⁷¹ esto es, como confluencia de las voluntades de los agentes y, por lo tanto, como el resultado de ese proceso decisional. En contra de ello, tampoco habla la posible referencia en el lenguaje cotidiano a un “acuerdo flexible”, porque en dicha expresión la flexibilidad solo está referida a las condiciones derivadas del acuerdo y no a este en sí mismo. O sea, lo que esa expresión pretende denotar no es un “acuerdo flexible”, sino más bien un “acuerdo con condiciones flexibles”.

Repercusiones materiales

Lo recién mencionado muestra que la diferencia entre las versiones antigua y actual del § 331 no radica en que el acuerdo respecto al otorgamiento de una ventaja por el ejercicio de la función haya sido suprimido, sino que como punto de referencia (equivalente) de la ventaja es suficiente ahora con el ejercicio de la función en general en lugar de un acto funcional determinado.⁷² Por consiguiente, es justo decir que la función de fijación (*Fixierungsfunktion*) –que en realidad le corresponde al acuerdo

⁶⁸ Véase *supra* el aparte ¿Acuerdo? ilícito?

⁶⁹ BT-Drs. 13/8079, 15; Mantenimiento consciente de la “relación entre la aceptación de la ventaja y los actos oficiales del funcionario”. También Kindhäuser y Goy: *NStZ*, 2003, 291 y 293.

⁷⁰ BT-Drs. 13/3353 de 18.12.1995, críticamente BT-DrS 13/8079, 15; BR-DrS 571/95, 14 s. (*Gesetzesantrag Bayern*); Dölling: *ZStW*, 2000, C 64; Volk: *Referat zum 61.* DJT, 1996, L 39 ss.; König: *JR*, 1997, 397 y 399; Überhofen: *Korruption und Bestechungsdelikte*, 125, 130 ss.; cfr. también Schmidt y Güntner: *NJW*, 2004, 471 y 473; Korte: *NStZ*, 1997, 515; Ulsenheimer: *Handbuch Arztrecht*, nm. 80.

⁷¹ Véase *supra*.

⁷² König: *JR*, 1997, 397 y 399; Wolters: *JuS*, 1998, 1100 y 1105; Kuhlen: § 331, nm. 80.

ilícito y consiste en fijar el acto funcional previsto⁷³ ha desaparecido en el marco de los preceptos que han sufrido esa modificación (§§ 331 y 333). Las repercusiones que esto ha traído pueden verse con claridad desde una perspectiva material.

Desde esa perspectiva, es claro que con la modificación se ha logrado un adelantamiento de la punibilidad. Como consecuencia, los tipos modificados también abarcan ahora las contribuciones genéricas relacionadas con un “cuidado del clima” (por ejemplo, una invitación a comer⁷⁴) y, con esto, aquellos comportamientos que sirven a la preparación de un acto funcional que en algún momento pudiese resultar necesario. En términos dogmáticos la consecuencia quizás más importante de ello es que el § 331 se ha convertido definitivamente en un delito de peligro abstracto.⁷⁵ Como resultado de esto último, incluso la apariencia de venalidad resultaría suficiente para afectar la confianza de la población en la integridad de la administración pública.⁷⁶ En ese sentido, desde el punto de vista de los órganos de persecución penal resulta suficiente con que los aportes se realicen “con miras” a una ganancia.⁷⁷

Fundamento y estatus típico del acuerdo ilícito

Desde una perspectiva más atenta a lo fundamental, el mencionado mantenimiento del acuerdo ilícito se deriva de la ratio de los delitos de corrupción. Como Klaus Volk ha señalado,⁷⁸ la corrupción es “la contravención ventajosa de las reglas que rigen la decisión en el asunto o que establecen que una decisión apropiada no debe estar vinculada a contraprestaciones ilegales”.⁷⁹ De acuerdo con esto, la corrupción constituye esencialmente

⁷³ Überhofen: *Korruption und Bestechungsdelikte*, 121.

⁷⁴ Véase Kuhlén: § 331, nm. 80; Heine y Eisele: § 331, nm. 30; Fischer: § 331, nm. 23 ss.; Wessels, Hettinger y Engländer: *BT I*, nm. 1179; Rengier: *BT II § 60*, nm. 35 y 52 s.; Korte: *NStZ*, 1997, 513 y 514 f.; Walter: *ZRP*, 1999, 295; Bernsmann: *WissR*, 2002, 8; Ulsenheimer: *Handbuch Arztrecht*, nm. 81.

⁷⁵ Lüderssen: *JZ*, 112 y 115; Dietrich y Schatz: *MedR*, 2001, 620; Fischer: § 331, nm. 3.

⁷⁶ Cfr. OLG Hamm *NStZ* 2002, 39; cfr. también ya Loos, *FS Welzel 1974*, 891: “significado expresivo” de cada acción corrupta en el sentido de un mal ejemplo.

⁷⁷ Haeser, *MedR* 2002, 58.

⁷⁸ Volk, nota 70, L 39 ss. (42 s.), L 51 II. 4.; *el mismo*, GS Zipf 1999, p. 421 ss. (423), 431.

⁷⁹ Volk, nota 70, L 51 II. 4 (citado por el autor).

una contravención de reglas y es precisamente esto lo que se expresa en el acuerdo ilícito.⁸⁰ Como consecuencia, la designación del acuerdo ilícito como el núcleo (*Kern*) de los delitos de corrupción en el ámbito alemán aparece entonces no solo como una inferencia válida, sino, sobre todo, como algo sustancialmente correcto. El acuerdo ilícito expresa en ese sentido lo medular del acto corrupto y, por la vía de su contenido contrarreglamentario o antijurídico, adquiere una cierta utilidad para la delimitación del ámbito de la corrupción punible.

Si ese contenido contravencional de reglas es considerado en el contexto de los delitos de corrupción, resulta entonces que al acuerdo ilícito le corresponde una función regulativa de índole normativa.⁸¹ Si bien esto ya se manifestaba con claridad en la mencionada referencia de Binding a un negocio ilícito (*Unrechtsgeschäft*) –en el cual “el funcionario vende la voluntad del Estado al comprador” y, con ello, promete “sustituir la voluntad de la ley por la del corruptor”–⁸², bajo la actual situación legal ello requiere ser resaltado de un modo especial y enfático. Tanto si se quiere hablar, siguiendo a Binding, de acuerdo ilícito o, de un modo más “relajado”, de una relación ilícita (*Unrechtszusammenhang*),⁸³ como si se quiere entender el acuerdo ilícito⁸⁴ como una relación sinalagmática o accesoria entre quien entrega la ventaja y quien la recibe, en el sentido de un *do ut des*,⁸⁵ o inclusive si, en concordancia con el BGH, se exige sencillamente que “los funcionarios públicos y quien entrega la ventaja” “se pongan de acuerdo” “con respecto al otorgamiento de una ventaja [...] como contraprestación por un [...] acto funcional”⁸⁶ (por el ejercicio de la función), siempre tendrá que existir una contravención reglamentaria. Esto exige, como se ha mencionado, que la ventaja sea concedida como un contravalor equivalente

⁸⁰ Volk, nota 70, L 41; *el mismo*, GS Zipf 1999, p. 423; a favor Dölling, ZStW 2000, 334, 345.

⁸¹ Cfr. Überhofen, nota 70, 121, 125.

⁸² Binding, nota 43, 715.

⁸³ En forma de planteamiento Fischer: § 331 nm 25: “Limitaciones de la relación de injusto”.

⁸⁴ Bernsmann, WissR 2002, 8: “Accesoriadad”.

⁸⁵ Crítico Sowada: § 331 nm 66.

⁸⁶ BGHSt 39, 45, 46.

al ejercicio de la función, precisamente en el sentido de una relación de equivalencia,⁸⁷ es decir, un vínculo ilícito entre ambos.⁸⁸

Dada la función regulativa de índole normativa del acuerdo ilícito recientemente mencionada, resulta claro entonces que él constituye un elemento normativo (no escrito) del tipo. A esto no se opone, por cierto, la circunstancia de que, debido a la ausencia de un comportamiento “reflejo”,⁸⁹ el acuerdo ilícito no se presente con plenitud en las modalidades típicas de la solicitud y el ofrecimiento. Pues si no se pierde de vista que los comportamientos consistentes en una solicitud y oferta siguen dirigiéndose a una contraparte (solicitar a otro y ofrecer a otro, respectivamente) y, con ello, a alcanzar un acuerdo ilícito (“actividad tendiente a”),⁹⁰ entonces es correcto continuar viendo en el acuerdo ilícito una función configurativa para el injusto (o sea, para la constitución de su sentido delictivo). Por un lado, esa misma circunstancia muestra la ausencia de trivialidad de la bilateralidad anunciada anteriormente. Por otro lado, ella explica por qué la asimilación dogmática de esos comportamientos típicos a la categoría de los delitos de emprendimiento (impropios),⁹¹ en los cuales la tentativa es equiparada a la consumación,⁹² resulta del todo apropiada.

Pero, como elemento normativo del tipo, el acuerdo ilícito también depende entonces de la correcta valoración paralela en la esfera del lego. Por consiguiente, este debe estar vinculado subjetivamente a las circunstancias fácticas a partir de las cuales se considera la existencia de un acuerdo (al menos tácito). De esto, como es evidente, se sigue un primer ámbito donde el acuerdo ilícito puede desplegar un efecto limitador. Más concretamente, allí donde una representación errónea de esas circunstancias lleve precisamente al reconocimiento de un error excluyente de la tipicidad. Por

⁸⁷ Kuhlen: § 331 nm 84; OLG Hamburg MedR 2000, 371, 373; LG Hamburg MedR 2001, 525, 527; OLG Hamm: *NStZ*, 2002, 38. De otra opinión, Mühlhausen: *Bundesministerium*, 21, quien solo exige una ventaja injusta.

⁸⁸ Sin embargo, debido al amplio concepto de bien jurídico (“aparición de venalidad”, al respecto nota 23 y texto principal), no importa si el delincuente ha llevado a cabo el acto de servicio o si desea llevarlo a cabo (cfr. Sowada: § 331, nm. 50 y 59 ss.).

⁸⁹ Véase *supra* nota 41 y texto principal.

⁹⁰ Mañalich: *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 6.

⁹¹ Kindhäuser: *Polít. Crim.* 3, 2007, 8.

⁹² Sobre el concepto ver Roxin y Greco: *AT*, § 10, nm. 125.

ejemplo, cuando el autor asume equivocadamente circunstancias que hacen que la contribución parezca socialmente adecuada a causa de su escaso valor.⁹³ Esto, no obstante, tiene límites. Si el autor interpreta el concepto de adecuación social en un sentido demasiado amplio (por ejemplo, en el sentido de que también están permitidos regalos de gran valor), entonces lo que tendría lugar aquí sería el desconocimiento del contenido jurídico del concepto normativo “acuerdo ilícito” y, por lo tanto, un error de subsunción del agente, irrelevante a nivel de la tipicidad.⁹⁴

Capacidad de rendimiento restrictivo del acuerdo ilícito: referencia a casos concretos

En el ámbito alemán, la capacidad restrictiva del acuerdo ilícito pudo venir en consideración frente a casos en que los ámbitos alcanzados por los tipos exigían ese resultado limitador.

La adquisición de fondos de terceros (*Drittmittelakquisition*)

Como ya se explicó con detalle en otro texto,⁹⁵ en estos casos se trata de científicos (con calidad de funcionarios públicos) que, en el contexto de un caso normal,⁹⁶ hacen uso de fondos provenientes de terceros (particulares), pero al hacerlo corren el riesgo de ser responsabilizados penalmente, en particular, por la aceptación de una ventaja (§ 331) y por cohecho pasivo (§ 332). Esto implica no solo una contradicción valorativa⁹⁷ –pues esos científicos hacen lo que una política científica y financiera sensata les

⁹³ Kuhlen: § 331, nm. 118; Stein y Deiters: § 331, nm. 61.

⁹⁴ BGH: *NStZ*, 2005, 334 (335); Fischer: § 331, nm. 31; Lackner y Köhl: § 331, nm. 13.

⁹⁵ Véase Ambos: *JZ*, 345 ss.

⁹⁶ Es decir, la adquisición de fondos de terceros para llevar a cabo ciertos proyectos de investigación que son de interés para la generalidad y/o de la institución de investigación a la que pertenece el beneficiario, por lo que, en todo caso, aquellos no solo sirven para sus intereses particulares y de ninguna manera para su enriquecimiento personal. Esto no significa que no hay casos “anormales” de enriquecimiento personal o basados en similares motivos deshonestos, cuya punibilidad está fuera de duda. Por lo demás, también es aplicable el principio de que cada caso es diferente y, por lo tanto, no se puede realizar una afirmación general acerca de su punibilidad.

⁹⁷ Walter: *ZRP*, 1999, 292 y 293.

exige—, sino que además genera inseguridad jurídica e incertidumbre tanto para los solicitantes como para los otorgantes de fondos de terceros.⁹⁸

A pesar de ello, en casos como estos una exclusión de la tipicidad objetiva sería posible recurriendo precisamente a la noción del acuerdo ilícito (como elemento normativo del tipo). Pues si dicho acuerdo es entendido en el sentido normativo anteriormente mencionado (es decir, como la expresión de una relación de equivalencia antijurídica entre quien realiza la contribución y el receptor), entonces, en primer lugar, pueden ser excluidas del tipo las contribuciones socialmente adecuadas, porque, dada la conformidad social de esos comportamientos, no existe entonces una infracción de la norma.⁹⁹ Otro criterio se desprende de las valoraciones legislativas: si se desea que se investigue con fondos de terceros o similares, entonces, aunque los aportes son una ventaja (en sentido naturalista),¹⁰⁰ en su aceptación o exigencia no puede verse una infracción de la norma (en todo caso, cuando son cumplidas las reglas de conducta elaboradas o acordadas). De lo contrario, el Estado se expondría al reproche de un comportamiento contradictorio (“lo que exigen las normas del servicio, no puede ser punible”¹⁰¹). Las reglas que han de ser observadas surgen de principios conocidos, en especial, de la separación del negocio lucrativo y

⁹⁸ Por ejemplo, Göben: *MedR*, 1999, 345; Runge: *PharmaR*, 2001, 87; Dietrich y Schatz: *MedR*, 2001, 614 (*ibid.*, *ZRP*, 2001, 521 y 522, en el mismo artículo); Erlinger: *MedR*, 2002, 62; Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich-medizinischen Fachgesellschaften: *Gemeinsamer Standpunkt*, 4; Bartram: *BMBF*, 39; LG Bonn: *MedR*, 2001, 260.

⁹⁹ Kuhlen: § 331, nm. 99 s. Cfr. También OLG Hamburg: *MedR*, 2000, 371 y 374; OLG Hamburg: *StV*, 2001, 284 y 287: Adecuación social como causa de justificación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el caso concreto no se trata de la adecuación social de la contribución, sino del acuerdo ilícito, con lo cual la discutida cuestión acerca de los límites máximos permitidos para que las contribuciones sean consideradas socialmente adecuadas carece aquí de relevancia. Véase Ambos: *JZ*, 2003, 345 (351).

¹⁰⁰ Véase al respecto *supra* nota 57.

¹⁰¹ Walter: *ZRP*, 1999, 294; similar en el resultado, Pfeiffer: *NJW*, 1997, 782 y 784 (respecto a la prueba de medicamentos); Kuhlen: § 331, nm. 92; LG Bonn: *MedR*, 2001, 260 y 262; también contra el acuerdo ilícito en estudios de aprobación, Haeser: *MedR*, 2002, 56. Se incluye también el caso a menudo citado de una multa (contraprestación) a una institución (tercero) causada por el sobreseimiento fiscal de conformidad con el § 153a StPO (ejercicio del servicio), que no es punible según el § 331 solo porque el § 153a lo prevé (y por lo tanto puede servir como justificación). Cfr. originalmente, Volk: Referat, L 42; también Cramer: *Wistra*, 1999, 414; Hamm: *BMBF*, 62 s.; Bernsmann: *WissR*, 2002, 5; Cramer: *FS Roxin*, 2001, 950.

las contribuciones, la transparencia y el registro de las contribuciones, así como de la proporcionalidad.¹⁰²

Estos principios podrían ser precisados. En el ámbito de la regulación sobre fondos de terceros, esto se refiere en particular a la declaración sobre la participación del receptor de fondos de terceros en las operaciones de adquisición que involucran productos del tercero financista.¹⁰³ Al mismo tiempo, el concepto de fondos de terceros está restringido a aquellos que sirven exclusivamente a la investigación (universitaria) y con los que se cumplen las tareas propiamente universitarias.¹⁰⁴

Si se atienden los principios mencionados, otorgar fondos de terceros debe considerarse en general y fundamentalmente como algo atípico,¹⁰⁵

¹⁰² Con más detalle Ulsenheimer: *Handbuch Arztrecht*, nm. 111 ss.; Göben: *MedR*, 2000, 194; Runge: *PharmaR*, 2001, 90; Dietrich y Schatz: *MedR*, 2001, 618. Como ejemplo, véase OLG Köln: *MedR*, 2002, 413 y 416. Bernsmann: *WissR*, 2002, 17, ve en los principios “puntos de referencia para la aprobación de un proyecto”. Cfr. también el “Código de productos medicinales” de las empresas miembros de la “Asociación Federal de Industrias de productos médicos” (*NJW*, 1997 H. 24, XX; además, Runge: *PharmaR*, 2001, 89), así como la “posición común” (Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich-medizinischen Fachgesellschaften: *Gemeinsamer Standpunkt*, 10 ss.).

¹⁰³ Cfr. § 13 VI LHG Ba-Wü y el correspondiente DMRL (“Verwaltungsvorschrift des Wissenschaftsministeriums zur Annahme und Verwendung von Mitteln Dritter zu §§ 13, 41 und 41 a des Landeshochschulgesetzes (Drittmittelrichtlinien), 44 n.º 2.2.3). Aquí, bajo determinadas circunstancias, se puede exigir una fundamentación especial sobre por qué siempre se solicita ese producto (Cfr. Haeser: *MedR*, 2002, 59). Con ello se puede detectar y, dado el caso, impedir interacciones problemáticas.

¹⁰⁴ Esto excluye en particular las contribuciones privadas (“obsequios”) o los beneficios relacionados con las ganancias (Referencias sobre el DMRL Ba-Wü (nota 103), sobre el n.º 1.2 y el n.º 2.2.2.). Estos últimos constituyen el indicio de un intercambio o una relación de equivalencia prohibida (Kuhlen: § 331, nm. 105; Satzger: *ZStW* 115, 2003, 469 y 494; BGH 1 StR 541/01, T. I. 3).

¹⁰⁵ A la misma conclusión llega el BGH al considerar que no se afecta la necesidad de protección del bien jurídico tutelado mediante el § 331 cuando se cumple con el procedimiento prescrito (BGH NJW 2002, 2801, 2803 columna derecha, 2805). En el resultado también Roxin: *FS Kargl*, 2015, 466 s. A favor de la ubicación del problema a nivel del tipo, Kindhäuser y Goy: *NStZ*, 2003, 291 y 294. También Rönnau: *JuS*, 2003, 232 y 236. La argumentación del BGH orientada a lo procedimental derivó en algunas críticas: el cumplimiento del procedimiento no basta para garantizar la confianza en la integridad del ejercicio de la función (Mansdörfer: *Wistra*, 2003, 211 y 213; Satzger: *ZStW* 115, 2003, 469 y 498). En el ámbito alemán, estas objeciones tienen que ser vistas en el contexto de un derecho (de los Estados) sobre los fondos de terceros (bajo el § 25 HRG) aún heterógeno (véase moción de 9 de noviembre de 2004, exigiendo al Bundestag seguridad jurídica mediante la regulación legal (BT-Drs. 15/4144)). Sin embargo, aún queda teóricamente el caso de la aceptación de considerables fondos de terceros (Höltkemeier: *Sponsoring als Straftat*, 219), que dependan de las ganancias. Incluso

sin que ello signifique afirmar que la implementación de esos principios representa una tarea sencilla.¹⁰⁶

De todos modos, a pesar de que una solución restrictiva del tipo a través del recurso del acuerdo ilícito va en la dirección correcta, ella podría requerir de un complemento para proteger adecuadamente a los investigadores con fondos de terceros frente a investigaciones fiscales. En tal sentido, aunque en el contexto alemán la propuesta del BGH de excluir la tipicidad cuando se haya cumplido con un procedimiento de aceptación y comunicación debe ser bienvenida, ella necesitaría de una cobertura legal,¹⁰⁷ que las leyes universitarias de los Estados no pueden cumplir por sí mismas.¹⁰⁸ Esto significa que solo podría llevarse a cabo mediante una

en el caso de regulaciones estatales menos exhaustivas sobre el procedimiento relativo a los fondos de terceros, el procedimiento de comunicación debería ser por lo general suficiente para disipar la apariencia de una posibilidad de influenciabilidad. En todo caso, no se podría imputar al profesor universitario individual, que se sujeta al § 25 HRG y al respectivo derecho estatal, una posible apariencia de influenciabilidad irregular (Roxin: *FS Kargl*, 2015, 467). Por lo tanto, la discrepancia valorativa entre el derecho penal y el ordenamiento universitario puede resolverse en el nivel de la tipicidad. El derecho fundamental de la libertad científica y de investigación (artículo 5 III GG) (véanse, entre otros, Pfeiffer: *NJW*, 1997, 782, 783 y 784; Cramer: *FS Roxin*, 2001, 948; Dauster: *NStZ*, 1999, 67 s.; a favor, Ulsenheimer: nota 67, nm. 73 y 75; yendo más allá, Hamm: nota 101, 62; en contra, Fischer: § 331, nm. 27d; Heine y Eisele: § 331, nm. 17; OLG Karlsruhe: *MedR*, 2000, 485 y 486) respalda este resultado en la medida en que su realización presupone aportaciones materiales y su uso en beneficio del Estado (Dauster: *NStZ*, 1999, 63 y 67; Bethge: *GG-Kommentar*, Art. 5, nm. 217c). Sin embargo, el artículo 5 III GG por sí solo no puede excluir del tipo o justificar acciones más allá de la actividad de investigación real o que constituyen decisiones de adquisiciones contrarias al deber (Bernsmann: *WissR*, 2002, 14 s.; Rönnau: *JuS*, 2003, 232 y 236).

¹⁰⁶ En ese sentido, surgen varias preguntas: ¿Cómo se evitaría que las inversiones en investigación para el desarrollo del producto, incluidas las subvenciones basadas en fondos de terceros, influyan en el precio del producto? (similar, Lüderssen: *PharmaR*, 2001, 82 y 84); ¿cómo se implementaría integralmente el principio de separación (*Trennungsprinzip*) si la decisión de adquisición le concierne formalmente a la administración, pero depende en los hechos de la recomendación del científico? (véase Rönnau: *JuS*, 2003, 232 y 236).

¹⁰⁷ Cfr. Rönnau: *JuS*, 2003, 232 y 236 s., quien critica que el BGH ha llevado a cabo una extensión de la ley en un ámbito específico por la vía de una interpretación teleológica.

¹⁰⁸ Sin embargo, la necesaria restricción legal del § 331 debería llevarse a cabo fuera del Código Penal: un complemento del § 331 con una denominada "cláusula de investigación" (*Forschungsklausel*) representaría una ruptura sistemática y sería problemática desde el punto de vista de la igualdad. La inserción del elemento típico normativo "desleal" dejaría en claro la necesidad de una limitación teleológica, pero al mismo tiempo introduciría incertidumbre en el tipo fuera del ámbito de la investigación con fondos de terceros. Finalmente, estos cambios sobreexigirían constitucionalmente al Código Penal alemán. Ellas tampoco se corresponderían con la complejidad del problema, porque en última instancia se trata de una

reglamentación legal de fondos de terceros¹⁰⁹ específica que implemente las reglas de comportamiento con respecto a los §§ 331 y ss. Su observancia excluiría el tipo penal de aceptación de ventajas por la ausencia de un acuerdo ilícito.

Los casos de “fotografía escolar” (*Schulfotografie*)

Aquí¹¹⁰ los tipos de la corrupción alcanzaron una práctica usual en el ámbito alemán,¹¹¹ consistente en la oferta de sesiones de fotografía escolar por fotógrafos especializados. Dicha oferta va acompañada de la promesa de beneficios con un valor dependiente de la cantidad de alumnos fotografiados o de las fotos vendidas. Cuando es aceptada, da lugar a una cierta labor organizativa por parte de las escuelas.¹¹² Aunque por tales hechos viene en consideración una punibilidad por los §§ 333 y 334 contra los fotógrafos, también puede alcanzarse una exclusión (al menos parcial) de esa punibilidad mediante el recurso al elemento típico del acuerdo ilícito.

Ello se debe a que el requisito de un acuerdo ilícito (en el sentido de un vínculo antijurídico entre la ventaja y el ejercicio de la función oficial) queda suprimido cuando el vínculo se encuentra jurídicamente permitido. Y esto se produce cuando se cumple con todos los requisitos de la norma permisiva dirigidos a evitar la apariencia de venalidad.¹¹³

implementación legal de complejas normas de comportamiento desarrolladas por la jurisprudencia y la praxis, como las que se encuentran, por ejemplo, en el Reglamento Modelo DHV y la Directiva de fondos de terceros de Baden-Württemberg.

¹⁰⁹ Cfr., al respecto, Ambos, *JZ*, 2003, 345 y 354, nota al pie 202.

¹¹⁰ De estos casos debieron ocuparse los siguientes tribunales: Sala I en lo Civil del Tribunal Supremo Federal en el marco de un litigio sobre derecho de la competencia (Tribunal Supremo Federal: *NJW*, 2006, 225); Sala II en lo Penal del Tribunal Superior Estadual de Celle en virtud de una queja del fiscal para forzar la apertura del procedimiento principal (Tribunal Superior Estadual de Celle: *NJW*, 2008, 164); Tribunal Estadual de Hildesheim (sentencia del 11 de mayo de 2010 – 16 KLS 4252 Js 103632/04); y, finalmente, la Sala III en lo Penal del Tribunal Supremo Federal (Tribunal Supremo Federal: *StV*, 2012, 19) en relación con una posible punibilidad de los fotógrafos escolares en virtud de los §§ 333, 334 CP.

¹¹¹ Véase con más detalle Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 498.

¹¹² Es decir, eligen a uno entre varios fotógrafos, ponen a disposición un espacio adecuado, llevan a los alumnos y los vigilan, reparten las fotos en las clases y, finalmente, recolectan el dinero. Véase con más detalle Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 498-503.

¹¹³ Stein y Deiters: § 331, nm. 57.

Como normas permisivas podrían considerarse las específicas disposiciones jurídicas (sobre patrocinio) de los estados federados,¹¹⁴ pero también las autorizaciones generales para celebrar contratos de derecho público, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVG, *Verwaltungsverfahrensgesetz*).¹¹⁵

Sin embargo, en el caso concreto la jurisprudencia entendió esto de un modo distinto y se preguntó (con respecto al requisito de la ventaja) si existía “una base de derecho administrativo que permitiera exigir al fotógrafo una remuneración por los gastos de organización en los que había incurrido la escuela con motivo de la tarea fotográfica”.¹¹⁶ Pero el resultado condujo a una situación indeseable, caracterizada por una fragmentación legal,¹¹⁷ pese a contar con una regulación unitaria, en especial la del § 56 VwVG.

Con su requisito de la adecuación y la prohibición de acoplamiento (*Kopplungsverbot*), el § 56 VwVG requiere que la contraprestación sea adecuada y esté ligada objetivamente a la prestación contractual de las autoridades administrativas. En consecuencia, no hay una violación de la prohibición de acoplamiento cuando las contribuciones de los fotógrafos sirven a la misión educativa de la escuela.¹¹⁸ En cambio, la determinación de la adecuación de la contraprestación es algo más complejo.¹¹⁹ En principio, al asumir la organización, la escuela realiza una prestación cuantificable y, entonces, compensable con aportes en dinero o especie. Aquí, sin embargo, debe diferenciarse entre contribuciones que dependen de la cantidad de alumnos y otras que dependen del volumen de ventas. Aunque la cantidad de fotos vendidas –decisiva para el volumen de

¹¹⁴ De todos modos, el concepto de patrocinio, habitual en este contexto, no se encuentra definido a nivel nacional de manera uniforme. Véase con más detalle Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 498 (500).

¹¹⁵ Stein y Deiters: § 331, nm. 57; Roxin: *FS Kargl*, 2015, 459 y 474 s.; en detalle, Beulke: *FS Frisch*, 2013, 965 y 976 ss.

¹¹⁶ Tribunal Supremo Federal: *StV*, 2012, 19 (21).

¹¹⁷ Véase con más detalle Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 498 (501).

¹¹⁸ Este es el caso cuando se entregan recursos como impresoras, computadoras, etc., pero también dinero para la adquisición de equipamiento escolar.

¹¹⁹ Es decir, si bajo un punto de vista económico total la contraprestación no resulta desproporcionada con respecto a la importancia y al valor de la prestación realizada por la autoridad administrativa, véase Kopp y Ramsauer: *VwVG* § 56, nm. 13.

ventas— puede aumentar si se incrementa la cantidad de alumnos, no es así necesariamente. Sobre todo, un aumento del volumen de las ventas no cambia necesariamente el gasto de la escuela en organización. Por ello, en cuanto a la prestación vinculada con la organización de las escuelas solo resulta adecuado un acuerdo que determine el valor de las prestaciones en dinero o en especie en relación con la cantidad de alumnos que participan de las sesiones fotográficas.¹²⁰ Es decir, dado que los §§ 54 ss. VwfG ofrecen una base sólida para las sesiones de fotografía escolar, con respecto a las contribuciones que dependen de la cantidad de alumnos queda excluida con acierto la posibilidad de un acuerdo ilícito.¹²¹ En cambio, cuando las contribuciones hechas dependen del volumen de las ventas sería posible una violación al § 56 VwfG y, en principio, también —debido a la apariencia de venalidad del ejercicio de la función oficial— un acuerdo ilícito en el sentido de los §§ 331 ss.¹²² De hecho, en estos casos, la existencia de ese acuerdo ilícito tampoco podría rechazarse más por vía de una valoración normativa global.¹²³

Conclusión

Como se ha mostrado, el concepto de *Unrechtsvereinbarung* permite ganar algunas limitaciones a una regulación amplia de la corrupción punible.

¹²⁰ Por ej., la decisión del Tribunal Supremo austríaco del 19/10/2004 – 4 Ob 203/04p (disponible en <<http://www.ris.bka.gv.at/jus/>>) se basa en un acuerdo entre el fotógrafo y la escuela, según el cual a partir de 120 alumnos debía ponerse a disposición una videocámara; a partir de 170 alumnos, una computadora; a partir de 300 alumnos, una computadora portátil y a partir de 400 alumnos, un proyector. Esto es apropiado porque si aumenta la cantidad de alumnos aumentan también los gastos de organización.

¹²¹ Una infracción a las regulaciones específicas estatales que, dado el caso, prevén el cumplimiento de un determinado procedimiento, se mantiene intacta.

¹²² Así, en detalle, Beulke: *FS Frisch*, 965 y 981 s.

¹²³ Que podría venir en consideración a falta de normas prohibitivas o permisivas claras. Tal valoración podría resultar desde la perspectiva de la adecuación social y teniendo en cuenta que las contribuciones a las escuelas redundan en última instancia en el *interés público*. Sin embargo, al menos en el ámbito alemán, esta consideración normativa global no lleva a un resultado favorable para los fotógrafos. Para ello es sobre todo decisivo que las contribuciones en el marco de la fotografía escolar no se sigan considerando socialmente adecuadas y que para los responsables de las escuelas no exista más una situación dilemática, en tanto se ha dejado librado al nivel estatal el interés existente en las contribuciones de los fotógrafos escolares. Véase, al respecto, Ambos y Ziehn: *NStZ*, 2008, 502.

Con base en su condición de elemento normativo (no escrito) del tipo –y en interacción con criterios como la adecuación social– ofrece cierto efecto restrictivo general en el nivel del tipo. En ese sentido, los casos concretos aquí analizados (adquisición de fondos de terceros y fotografía escolar) muestran cómo la invocación del acuerdo ilícito puede permitir excluir parcialmente la tipicidad objetiva. Sin embargo, ese resultado no se encuentra exento de dificultades y limitaciones. En consecuencia, la insatisfacción producida por esa solución –manifiesta en la incertidumbre generada por una regulación demasiado amplia– sugiere que la búsqueda de una solución también tendría que hacerse en otros ámbitos. En ese sentido, queda por ver si la noción de acuerdo ilícito también constituye un punto de partida correcto para la generación de complementos político-criminales que conlleven una mejor y más clara restricción de una regulación amplia de la corrupción punible.

Bibliografía

- Aoulad Ben Salem Lucena, Abdeslam Jesús: *Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015*, Madrid: Dykinson, 2018.
- Bannenberg, Britta: “13 Kapitel ‘Korruption’”, en Heinz-Bernd Wabnitz – Thomas Janovsky – Lothar Schmitt (eds.), *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5.ª ed., München: C.H. Beck, 2020, 815-892.
- Bernsmann, Klaus y Norbert Gatzweiler: *Verteidigung bei Korruptionsfällen*, Heidelberg: C.F. Müller, 2014.
- Bethge, Herbert: “Art. 5 GG”, en Michael Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 9.ª ed., München: C.H. Beck, 2021.
- Beulke, Werner: “Verwaltungssponsoring als legitime Form der Vertragsgestaltung oder als Bestechung? Dargestellt am Beispiel der Schulfotografie anhand des Urteils des BGH vom 26. Mai 2011 - 3 StR 492/10”, en Geord Freund – Uwe Murmann – René Bloy – Walter Perron (eds.), *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, 965-984.
- Binding, Karl: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts BT II*, 2.ª ed. Aalen: Scientia, 1905.
- Caro Coria, Carlos: “Fundamentos y dogmática del delito de corrupción privada”, en este volumen, 245-271.

- Cote, Gustavo: “Derecho penal y lucha anticorrupción en la agenda legislativa colombiana reciente: influencia del derecho internacional, represión y escasa reflexión político-criminal”, en este volumen, 407-445.
- Cramer, Peter: “Zum Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten”, en Bernd Schünemann – Hans Achenbach – Wilfried Bottke – Bernhard Haffke – Hans-Joachim Rudolph (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2001, 945-954.
- Deiters, Mark: “§ 331 StGB”, en Jürgen Wolter (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo VI, 9.ª ed., Köln: Carl Heymanns, 2016.
- Dölling, Dieter: *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck, 1996.
- Eser, Albin: “La evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX”, en Eduardo Demetrio Crespo (trad.) – Arroyo Zapatero – Berdugo Gómez de la Torre (eds.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca: Ediciones UCLM, 2001, 263-284.
- Fischer, Thomas: “§ 331 StGB”, en Thomas Fischer (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 68.ª ed., München: C.H. Beck, 2021.
- Fischer, Thomas: “§ 332 StGB”, en Thomas Fischer (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 68.ª ed., München: C.H. Beck, 2021.
- Fuchs, Marie-Christine y Lorena Ávila: “Prólogo”, en Claudio Nash Rojas – Marie-Christine Fuchs (eds.), *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, Bogotá, 2019, 5-8.
- Greco, Luis y Adriano Teixeira: “Aproximação a uma teoria da corrupção”, em Alair Leite – Adriano Teixeira, *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, 19-51.
- Green, Stuart: *Lying, Cheating, and Stealing*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Green, Stuart: *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Gropp, Walter: “Korruption – empirisch und dogmatisch – Eine Skizze”, en Görden et al (ed.), *Interdisziplinäre Kriminologie Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag*, Tomo I, 2.ª ed., 2009, 230-243.
- Guzmán Dalbora, José Luis, “El delito de cohecho en Iberoamérica: sinopsis comparativa”, en este volumen 123-165.

- Häfen, Mario von: “§ 331 StGB”, en Peter Graf – Markus Jäger – Petra Wittig (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Kommentar*, 2.^a ed., München: C.H. Beck, 2017.
- Heger, Martin: “§ 331 StGB”, en Karl Lackner – Kristian Kühl (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29.^a ed., München: C.H. Beck, 2018.
- Heine, Günter y Jörg Eisele: “§ 331 StGB”, en Adolf Schönke – Horst Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed. München: C.H. Beck, 2019.
- Heine, Günter y Jörg Eisele: “§ 332 StGB”, en Adolf Schönke – Horst Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed. München: C.H. Beck, 2019.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von: “§ 334 StGB”, en Bernd von Heintschel-Heinegg, *BeckOK StGB*, 47.^a ed., München: C.H. Beck, 2020.
- Höltkemeier, Kai: *Sponsoring als Straftat*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Kopp, Ferdinand y Ulrich Ramsauer: *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 19.^a ed., München: C.H. Beck, 2018.
- Korte, Matthias: “§ 331 StGB”, en Wolfgang Joecks – Klaus Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 5, 3.^a ed., München: C.H. Beck, 2019.
- Korte, Matthias: “§ 332 StGB”, en Wolfgang Joecks – Klaus Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 5, 3.^a ed., München: C.H. Beck, 2019.
- Kuhlen, Lothar: “Die Auslandsbestechung im deutschen Strafrecht”, en Lothar Kuhlen – Hans Kudlich – Victor Gómez Martín – Íñigo Ortíz de Urbina Gimeno (eds.), *Korruption und Strafrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2018, 27-40.
- Kuhlen, Lothar: “§ 331 StGB”, en Urs Kindhäuser – Ulfrid Neumann – Hans-Ullrich Paeffgen (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 5.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Kuhlen, Lothar: “§ 334 StGB”, en Urs Kindhäuser – Ulfrid Neumann – Hans-Ullrich Paeffgen (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 3, 5.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Loos, Fritz: “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, en Günter Stratenwerth (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 1974, 879-896.
- Luciani, Diego Sebastián: “La corrupción como una grave afectación de los derechos humanos”, en Claudio Nash Rojas – Marie-Christine Fuchs (ed.), *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, Bogotá, 2019, 69-84.

- Matellanes Rodríguez, Nuria: “El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el Código Penal español”, en Eduardo Fabián Caparros – Miguel Ontiveros Alonso – Nicolás Rodríguez García (coords.), *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*, México D.F.: Ubijus, 2012, 251-280.
- Nash Rojas, Claudio: “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias”, en Claudio Nash Rojas – Marie-Christine Fuchs (ed.), *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos*, Bogotá, 2019, 15-67.
- Nash Rojas, Claudio: “Corrupción como violación de Derechos Humanos. Desafíos normativos para la protección internacional de derechos humanos” en este volumen, 25-56.
- Papathanasiou, Konstantina: “§ 334 StGB”, en Peter Graf – Markus Jäger – Petra Wittig (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Kommentar*, 2.ª ed., München: C.H. Beck, 2017.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel y Demelsa Benito Sánchez: “La política criminal internacional contra la corrupción”, en Eduardo Fabián Caparros – Miguel Ontiveros Alonso – Nicolás Rodríguez García (coords.), *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*, México D.F.: Ubijus, 2012, 197-250.
- Quiróz, Alfonso: *Corrupción en el Perú*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal, 2013.
- Rengier, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 22.ª ed., München: C.H. Beck, 2021.
- Rose, Cecily, Michael Kubiciel y Oliver Landwehr: *Introduction*, en Cecily Rose – Michael Kubiciel – Oliver Landwehr, *The United Nations Convention Against Corruption*, Oxford: Oxford University Press, 2019 1-14.
- Rosenau, Henning: “§ 331 StGB”, en Helmut Satzger – Wilhelm Schluckebier – Gunter Widmaier (eds.), *Kommentar zum StGB*, Köln: Carl Heymanns, 5.ª ed., 2021.
- Roxin, Claus: “Vorteilsannahme”, en Peter-Alexis Albrecht – Stefan Kirsch – Ulfried Neumann – Stefan Sinner (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015, 459-478.
- Roxin, Claus y Luis Greco: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5.ª ed., München: C.H. Beck, 2020.
- Sommer, Ulrich: “§ 331 StGB”, en Klaus Leipold – Michael Tsambikakis – Mark Alexander Zöllner, *AnwaltKommentar StGB*, 3.ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2020.

- Sommer, Ulrich y Michael Tsambikakis: “Strafrechtliche Arzthaftung”, en Tilman Clausen – Jörn Schroeder-Printzen (eds.), *Münchener AnwaltsHandbuch Medizinrecht*, 3.^a ed., München: C.H. Beck, 2020.
- Sowada, Christoph: “Vor § 331 StGB”, en Heinrich Wilhelm Lauffhütte (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.^a ed. Berlin: De Gruyter, 2009.
- Sowada, Christoph: “§ 331 StGB”, en Heinrich Wilhelm Lauffhütte (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.^a ed. Berlin: De Gruyter, 2009.
- Teixeira, Adriano: *Das Unrecht der privaten Korruption*, Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Überhofen, Michael: *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich*, Freiburg im Breisgau: ed. Iuscrim, 1991.
- Ulsenheimer, Klaus: “Industriesponsoring und Vorteilsannahme/Bestechlichkeit”, en Laufs (ed.), *Handbuch Arztrecht*, München: C.H. Beck, 2019, 2144-2200.
- Volk, Klaus: *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Referat für den 61*, Deutschen Juristentag, 1996.
- Volk, Klaus: “Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung”, en Karl Heinz Gössel – Otto Triffterer (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, 419-434.
- Wessels, Johannes, Michael Hettinger y Armin Engländer: *Strafrecht Besonderer Teil I*, 44.^a ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2020.
- Zimmermann, Till: *Das Unrecht der Korruption*, Baden-Baden: Nomos, 2017.

Revistas

- Aboso, Gustavo Eduardo: “Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración”, en *Revista de Derecho Penal*, 2004, 39 ss.
- Ambos, Kai: “Zur Strafbarkeit der Drittmittelakquisition, insbesondere gemäß § 331 StGB”, en *JZ* 7, 2003, 345-354.
- Ambos, Kai y Pamela Ziehn: “Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB”, en *NSStZ* 9, 2008, 498-503.
- Artaza, Osvaldo: “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, en *Política Criminal* 11(21), 2016, 307- 339.
- Basualto, Héctor Hernández: “La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho”, en *Revista de Ciencias Penales* 43(4), 2016, 15-27.

- Bernsmann, Klaus: “Antikorruptionsregeln – Problemdarstellung an Hand von Fallbeispielen. Praktische Hinweise zum Umgang von Hochschluangehörigen mit sog. ‘Drittmitteln’”, en *WissR* 35, 2002, 1-20.
- Bolea Bardon, Carolina: “El delito de corrupción privada”, en *InDret* 2, 2013, 1-29.
- Busch, Ralf: “Kostenloser Computer für eine Schulfotoaktion - Erlaubtes ‘Schulsporing’ oder strafbare Korruption?”, en *NJW* 59(16), 2006, 1100-1103.
- Cramer, Steffen: “Erfüllt die Einstellung des Verfahrens aus Gründen der Opportunität gemäß § 153a StPO den Tatbestand der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB?”, en *Wistra*, 1999, 414-416.
- Dann, Matthias: “Und immer ein Stück weiter – Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts”, en *NJW* 69(4), 2016, 203-206.
- Dauster, Manfred: “Private Spenden zur Förderung von Forschung und Lehre: Teleologische Entschärfung des strafrechtlichen Vorteilsbegriffs nach § 331 StGB und Rechtfertigungsfragen”, en *NStZ* 19(2), 1999, 63-68.
- Dietrich Stefanie y Holger Schatz: “Drittmittelforschung: Überlegungen zur Minimierung des strafrechtlichen Risikos”, en *MedR*, 2001, 614-623.
- Dietrich, Stefanie y Holger Schatz: “Sicherung der privaten Drittmittelförderung”, en *ZRP* 34(11), 2001, 521-526.
- Dölling, Dieter: “Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption”, en *ZStW* 112, 2000, 334-355.
- Erlinger, Rainer: “Drittmittelforschung unter Korruptionsverdacht? Der aktuelle Stand der Rechtsprechung. Gibt es schon Rechtsprechung zur ‘neuen’ Rechtslage?”, en *MedR*, 2002, 60-62.
- García Palominos, Gonzalo: “(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP)”, en *Política Criminal* 14(27), 2019, 122-172.
- Göben, Jens: “Die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption auf die Forschungstätigkeit von Hochschulangehörigen”, en *MedR*, 1999, 345-350.
- Graf Von Kielmansegg, Sebastian: “Legal means for eliminating corruption in the public service”, en *Investigaciones* 1-2, 2007, 214-218. (Sin datos sobre traducción: texto original en Max-Planck-Institut für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht: *Beiträge zum ausländischen und öffentlichen Recht und Völkerrecht*, n.º 188, Heidelberg: Springer, 211-245.)
- Haeser: “Erfahrungen mit der neuen Rechtslage im Korruptionsstrafrecht und Drittmittelrecht – aus Sicht des Staatsanwalts”, en *MedR*, 2002, 55-59.

- Hansbury, Elise y Bernard Duhaime: “Les enjeux de la corruption sur le continent américain : une réflexion sur le rôle du Système interaméricain de protection des droits humains dans la consolidation des politiques de lutte contre la corruption”, en *The Canadian Yearbook of International Law* 52, 2014, 77-128.
- Hoven, Elisa: “Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *NStZ* 35(10), 2015, 553-560.
- Kargl, Walter: “Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsnahme (§ 331 StGB)”, en *ZStW* 114, 2002, 763-793.
- Kindhäuser, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal* 3, 2007, 1-19.
- Kindhäuser, Urs: “Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft”, en *ZIS* 6, 2011, 461-469.
- Kindhäuser, Urs y Barbara Goy: “Zur Strafbarkeit ungenehmigter Drittmitteleinwerbung - Zugleich eine Besprechung von BGH - 1 StR 372/01 und BGH - 1 StR 541/01”, en *NStZ* 23(6), 2003, 291-296.
- König, Peter: “Neues Strafrecht gegen die Korruption”, en *JR*, 1997, 397-404.
- Korte, Matthias: “Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts”, en *NStZ* 17(11), 1997, 513-518.
- Kuhlen, Lothar: “Sobre la trivialización del derecho penal de la corrupción”, en *Enfoques Penales* 2, 2018, 1-5.
- Lüderssen, Klaus: “Antikorruptions-Gesetze und Drittmittelforschung”, en *JZ*, 1997, 112-120.
- Lüderssen, Klaus: “Drosselung des medizinischen Fortschritts durch Kriminalisierung der Drittmittelförderung – Selbstregulierung der Betroffenen als Ausweg? ”, en *PharmaR*, 2001, 82-86.
- Mañalich, Juan Pablo: “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en *Revista de Derecho PUCV*, 2018, 6-28.
- Mansdörfer, Marco: “Strafrechtliche Haftung für Drittmitteleinwerbung an staatlichen Hochschulen”, en *Wistra*, 2003, 211-214.
- Möhrenschlager, Manfred: “Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene”, en *JZ*, 1996, 822-831.
- Papathanasiou, Konstantina: “Amtsträgerkorruption unter Beteiligung ausländischer und internationaler Bedienstete - die neue Gleichstellungsklausel des § 335a StGB”, en *Wistra* 5, 2016, 175-179.

- Peters, Anne: “Korruption und Menschenrechte”, en *Juristen Zeitung* 5, 2016, 217-227.
- Passarge, Malte: “Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung”, en *DStR*, 2016, 482-487.
- Pfaffendorf, Rüdiger: “Zum Erfordernis der Unrechtsvereinbarung in § 299 StGB”, en *NZWiSt* 5(1), 2016, 8-15.
- Pfeiffer, Gerd: “Von der Freiheit der klinischen Forschung zum strafrechtlichen Unrecht?”, en *NJW* 50(12), 1997, 782-784.
- Rönnau, Thomas: “Untreue und Vorteilsnahme durch Einwerbung von Drittmitteln? - BGH, NJW 2002, 2801”, en *JuS* 43(3), 2003, 232-237.
- Rotsch, Thomas: “Corrupção e Criminal Compliance”, en *Revista de Estudos Criminais* 73, 2019, 31-51.
- Runge, Matthias: “Korruptionsvorwürfe: Reaktionen und Konzepte der Industrie”, en *PharmaR*, 2001, 86-91.
- Satzger, Helmut: “Bestechungsdelikt und Sponsoring”, en *ZStW* 115, 2003, 469-500.
- Schmidt, Andreas y Michael Güntner: “Drittmittleinwerbung und Korruptionsstrafbarkeit - Rechtliche Prämissen und rechtspolitische Konsequenzen”, en *NJW* 57(8), 2004, 471-474.
- Sinner, Stefan: “Zum Begriff des Wettbewerbs und zum „Vorteil großen Ausmaßes“ in §§ 299, 300 StGB”, en *HRRS* 4, 2016, 196-201.
- Sousa Mendes, Paolo de: “Os novos crimes de recebimento indevido de vantagem. No código penal português”, en *Revista do Ministério Público do RS* 68, 2011, 229-240.
- Wachter, Matthias: “Das unerlaubte Verhalten bei den klassischen Korruptionstatbeständen”, en *GA*, 2019, 735-746.
- Walter, Steffen: “Medizinische Forschung mit Drittmitteln - lebenswichtig oder kriminell? Zur Neufassung des § 331 StGB”, en *ZRP* 32(7), 1999, 292-297.
- Wolters, Gereon: “Die Änderungen des StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption”, en *JuS*, 1998, 1100-1106.
- Zöllner, Mark: “Entscheidungsbesprechung. Strafbarkeit eines Fotografen wegen Vorteilsgewährung bzw. Bestechung im Rahmen der Schulfotografie”, en *ZJS* 6, 2011, 550-556.

Referencias jurisprudenciales y legislativas

Achtundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz - Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung del 23 de abril de 2014; BGBl. I, 410.

Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG) del 01 de enero de 2005.

Gesetz zur Änderung des StGB – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (51. StGBÄndG) del 11 de abril de 2017; BGBl. I 2017, 815.

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (KorrG) del 20 de noviembre de 2015; BGBl, 2025.

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (KorrBekGG) del 30 de mayo de 2016; BGBl. I 1254.

Hochschulrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 1999 (BGBl. I S. 18), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. November 2019 (BGBl. I S. 1622) geändert worden ist.

Korruption Bekämpfungsgesetz (KorrBekG) del 13 de agosto de 1997; BGBl. I, 2038.

Verwaltungsvorschrift des Wissenschaftsministeriums zur Annahme und Verwendung von Mitteln Dritter zu §§ 13, 41 und 41 a des Landeshochschulgesetzes (Drittmittelrichtlinien), del 21 de diciembre de 2016, GABl. p. 44.

Bundesrats-Drucksache del 12 de septiembre de 1995 (Gesetzesantrag Bayern); 571/95.

Bundestags-Drucksache del 18 de diciembre de 1995; 13/3353.

Bundestags-Drucksache del 26 de junio de 1997; 13/8079.

Bundestags-Drucksache del 09 de noviembre de 2004, 15/4144.

BGH, 29.02.1984 - 2 StR 560/83 (LG Frankfurt), *NJW* 38(7), 1985, 391-392.

BGH, 23.05.2002 - 1 StR 372/01 (LG Heidelberg), *NJW* 55(38), 2002, 2801-2806.

BGH, 23.10.2002 - 1 StR 541/01, *NJW* 56(10), 2003, 763-767.

BGH, 02.02.2005 - 5 StR 168/04 (LG Berlin), *NStZ* 25(6), 2005, 334-335.

BGH, 20.10.2005 - I ZR 112/03 (OLG Brandenburg), *NJW* 59(4), 2006, 225-228.

BGH, 26.05.2011 – 3 StR 492/10, *StV* 2012, 19-23.

BGHSt 39, 45 - 19.11.1992 - 4 StR 456/92 (LG Dortmund), *NJW* 46(16) 1993, 1085-1086.

LG Bonn, 8.2.2001– 27 B 13/00, *MedR* 2001, 260-265.

LG Hamburg, 10.7.2000 – 611 LS 14/99 – *MedR* 2001, 525-529.

LG Hildesheim, 11.05.2010 – 16 KLs 4252, *Jf* 103632/04.

OGH Österreich, 19.10.2004 – 4 Ob 203/04p, disponible en <http://www.ris.bka.gv.at/jus/> (25.10.2020).

- OLG Celle, 28.09.2007 – 2 Ws 261/07, *NJW* 61(3), 2008, 164-166.
- OLG Hamburg, 14.01.2000 – 2 Ws 243/99, *MedR* 2000, 371-376.
- OLG Hamburg, 11.07.2000 - *StV* 2001, 284-288.
- OLG Hamm, 24.08.2001 - 2 Ss 1238/00, *NSStZ* 22(1), 2002, 38-39.
- OLG Karlsruhe, 30.03.2000 – 2 Ws 181/99 (LG Heidelberg), *MedR* 2000, 485-486.
- OLG Köln, 21. 9. 2001 – 2 Ws 170/01 (LG Bonn), *MedR* 2002, 413-420.

Otras fuentes

- Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich-medizinischen Fachgesellschaften *et al.*: “Gemeinsamer Standpunkt zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern” (29.09.2000).
- Bartram, Dirk: “Diskussionsbeitrag”, en *Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Informationsveranstaltung ‘Drittmittel und Strafrecht’ am 20.3.2001*, <https://docplayer.org/2600838-Drittmittel-und-strafrecht.html> (25.10.2020).
- Código de productos medicinales de las empresas que son miembros de la Asociación Federal de Industrias de productos médicos, en *NJW*, 1997, H. 24, XX.
- Consejo de Derechos Humano: “Resolución 35/25 sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos (A/HRC/RES/35/25) del 14 de julio de 2017”.
- Doucin, Michel: “La corruption, atteinte aux droits de l’Homme, l’Afrique incertaine”, 2005, http://www.irenees.net/bdf_fiche-analyse-605_fr.html (30.10.2020).
- Hamm, Rainer: “Medizinische Forschung - ein Fall für den Staatsanwalt?”, en *Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Informationsveranstaltung ‘Drittmittel und Strafrecht’ am 20.3.2001*, <https://docplayer.org/2600838-Drittmittel-und-strafrecht.html> (25.10.2020).
- Mühlhausen, Herbert: “Klinik-Sponsoring als strafbare Korruption”, en *Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Informationsveranstaltung ‘Drittmittel und Strafrecht’ am 20.3.2001*, <https://docplayer.org/2600838-Drittmittel-und-strafrecht.html> (25.10.2020).
- ONU: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.
- Peters, Anne: “Corruption and Human Rights”, en *Basel Institute on Governance Working Paper Series*, n.º 20, 2015, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2635443.

Tascioni, Gaia: “La corruzione nell’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile: riflessioni sul caso spagnolo e le sue connessioni con il commercio di armi”, 2019, https://www.researchgate.net/publication/333479763_La_corruzione_nell'Agenda_2030_per_lo_Sviluppo_Sostenibile_riflessioni_sul_caso_spagnolo_e_le_sue_connessioni_con_il_commercio_di_armi/link/5cef9333a6fdcc8475f6e062/download.

EL DELITO DE COHECHO EN IBEROAMÉRICA: SINOPSIS COMPARATIVA

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El estudio ofrece un panorama comparativo de legislaciones iberoamericanas acerca del cohecho como delito contra la administración pública. A través de seis códigos penales de la región quedan de manifiesto las diferencias estructurales de sus reglas en la materia, que impiden articular un sistema del cohecho en tales códigos, y algunas tendencias comunes, como el progresivo abandono de la concepción bilateral del delito, la irrupción del cohecho sin contraprestación ministerial, la amplitud del sujeto activo calificado y las amplias posibilidades del objeto material. Se pasa revista a las últimas reformas, bastante intensas en estos países, y se denuncia, a la vez, su incapacidad para lidiar contra las prácticas corruptas, sumamente extendidas en todo el continente americano.

Palabras clave: legislación comparada; reforma penal; cohecho.

ABSTRACT. This study offers a comparative overview of Ibero-American laws on bribery as a crime against the public administration. It reveals the structural differences between the rules governing bribery in six criminal codes in the region, which prevent the articulation of a bribery system in such codes, and some common trends, such as the progressive abandonment of the bilateral conception of the crime, the irruption of bribery without ministerial consideration, the breadth of the definition of perpetrator, and the broad possibilities of the subject matter. The study reviews the latest reforms, which are quite intense in these countries, and at the same

time denounces their inability to deal with corrupt practices, which are extremely widespread throughout the American continent.

Keywords: Comparative law; penal reform; bribery.

Objeto de la sinopsis

En el presente estudio comparativo se analiza el delito de cohecho en los códigos penales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México Federal y Perú. Para delimitar el objeto de análisis se requieren algunas precisiones. En este texto, el término *cohecho* tiene el significado técnico de soborno de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El término también corresponde al delito en los códigos examinados, a excepción del brasileño. En el idioma portugués, similar a otras lenguas romances, se usa la palabra *corrupción*.¹ La evitaré aquí por la variedad de significados que tiene en la filosofía moral, la teoría política, la criminología e, inclusive, en el derecho penal, y que excede el contenido del cohecho, en el que no caben todas las formas de abuso o torcimiento de funciones públicas o asimiladas. Me acojo en esta decisión a la dogmática de los países americanos, consciente de la conveniencia conceptual de contraer el fenómeno de la corrupción a su paradigma histórico, esto es, al cohecho.²

Abordaré el cohecho referido a cargos y funciones ministeriales dentro de los Estados mencionados. Aunque sus legislaciones pasaron a prever en los últimos años el cohecho respecto de funcionarios públicos extranjeros,³

¹ *Corrupção*, como el italiano *corruzione* y el francés *corruption*, proviene etimológicamente del latín (*corruptio, corruptionis*), mientras que la acción de cohechar procede del latín vulgar *confectare*. Lo interesante de esta diferencia etimológica es que la palabra cohecho, tanto en el latín vulgar como en la raíz indoeuropea *dhē*, denota un acuerdo o una negociación, lo que actualmente es puesto en entredicho por la moderna configuración del delito, tal como se aclarará más adelante. Cfr. Roberts y Pastor: *Diccionario etimológico*, 40-41; Corominas: *Breve diccionario etimológico*, 157.

² Rodríguez y Ossandón: *Delitos contra la función pública*, 23-24. Aquí se destaca la modernidad del empleo lato de la voz *corrupción* en relación con el soborno. En Abanto: *Los delitos contra Administración*, 409, se hace énfasis en el carácter bilateral o contractual del cohecho.

³ Código Penal argentino, artículo 258 bis (introducido por la Ley 25.188 de 1 de noviembre de 1999); Código Penal brasileño, arts. 337B, C y D, introducidos por la Ley 10.647 de 11 de junio de 2002); Código Penal colombiano, artículo 433 (modificado por la Ley 1.474 de 2011, y la Ley 1.778 de 2016); Código Penal chileno, artículos 251 bis y 251 ter (originalmente arts.

esta conducta no guarda relación con el objeto jurídico del cohecho genuino y, posiblemente, tampoco con ningún otro bien de importancia nacional.⁴ El cohecho electoral no se incluye aquí por una razón semejante, esto es, por ofender un bien jurídico diferente (la libertad política de los electores). En cambio, otra de las manifestaciones del cohecho político, el cometido por o por medio de parlamentarios en procesos normativos que acontecen dentro de asambleas legiferantes, afecta el mismo bien jurídico del cohecho común y es punible como tal según las legislaciones iberoamericanas, dado el amplio concepto de función y funcionario públicos que ellas manejan.⁵

Los seis códigos plantean desafíos puntuales a la labor comparativa. Fueron gestados en distintos momentos históricos y con fuentes diversas. En la clasificación propuesta por Rivacoba,⁶ el Código chileno es antiguo (1875) –su tipología primitiva del cohecho se asocia, con algunas

250 bis A y 250 bis B, introducidos por la Ley 18.829 de 8 de octubre de 2002, sobre los que intervendrán después las Leyes 20.341 de 22 de abril de 2009 y 21.121 de 20 de noviembre de 2018); Código Penal federal mexicano, artículo 222 bis (introducido por Decreto de 17 de mayo de 1999, luego reformado por el Decreto de 12 de marzo de 2015), y Código Penal peruano, artículos 393A y 397A (introducidos por las Leyes 29.316 de 14 de enero de 2009, y 29.703 de 10 de junio de 2011, y modificados en 2013 y 2016).

⁴ Adentrarse en el trasfondo empírico de las figuras mencionadas en la nota anterior sería un ejercicio muy útil para extraer lecciones sobre el predominio de intereses foráneos en la política criminal de los Estados iberoamericanos. Se dice que el cohecho de funcionarios extranjeros ofendería la buena fe, la regularidad, la transparencia y, en general, el desarrollo normal de las relaciones económicas internacionales. Cfr. Prado: *Los delitos de cohecho* 1, 2009, 164; Oliver Calderón: *Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho* 1, 2003, 43. Sin embargo, el asunto admite otra lectura, menos formalista o inocente, que ve en el aclamado cohecho internacional una manera de proteger a las empresas de los Estados capaces de vender determinados productos (militares, farmacéuticos, p. ej.) o prestar ciertos servicios (construcción de obras públicas de envergadura, asesorías técnicas de gran complejidad, p. ej.) allende sus fronteras, o sea, las empresas de los Estados del primer mundo. La dependencia de dichas figuras respecto de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la OCDE el 17 de diciembre de 1997, y, un año antes, el art. VIII de la CICC, aprobada por la asamblea general de la OEA el 29 de marzo de 1996, ambas ratificadas por numerosos países integrantes, es apenas una anécdota irrelevante si se va más atrás en el tiempo, como bien efectúa Abanto Vásquez, con mención de la jurisprudencia y legislación norteamericanas sobre el particular, especialmente el *Foreign corrupt practices act*, de 1977.

⁵ Véase, *infra*, apartado 4, texto y nota 46. Acerca del cohecho político en general, cfr. Guzmán Dalbora (2017) 163-202.

⁶ Rivacoba: *Revista Direito e Cidadania* IV, 10-11, 37-39.

variaciones locales, a la tipología española de 1848-1850—. El argentino (1921), el brasileño (1940)⁷ y el federal mexicano (1931) son modernos, aunque tienen influencias distintas: parcialmente italiana, ítalo-suiza y española, respectivamente.⁸ Entre los códigos recientes habría que contar, por sus fechas, el colombiano (2000) y el peruano (1991), pero no por el contenido de sus disposiciones, pues están vinculadas con los textos vernáculos de 1936 y 1924, respectivamente, y con la codificación penal italiana y suiza.⁹

Sumado a lo anterior, las disposiciones respectivas, inalteradas durante décadas (en Chile desde la sanción misma del Código), han experimentado importantes modificaciones, aún vigentes, desde los años noventa del siglo pasado.¹⁰ El afán reformador puede ser atribuido a múltiples factores, entre los que seguramente han tenido mayor gravitación el derecho internacional particular y el deseo de las élites dirigentes de deslavar la impresión que suscitan en la comunidad sus prácticas corruptas, que en estos países son de lengua data.¹¹ Como sea, la pluralidad de fuentes y contenidos no

⁷ Rivacoba sitúa el Código brasileño entre los textos recientes por la completa reforma de su "Parte general" en 1984. Sin embargo, la especial sigue siendo, en lo medular, la sancionada en 1940. Por este motivo lo incluimos entre los modernos. Sobre la filiación ítalo-helvética del Código brasileño en asuntos de cohecho, ver Magalhães: *Direito penal*, 339.

⁸ Para las fuentes del Código argentino, véase Soler: *Derecho penal*, 122 y 209. Para las intrincadas fuentes del mexicano, véanse Jiménez: *Tratado de derecho penal*, 1171-1774; Vidaurri: *Hacia un Código Penal único*. Acerca de la influencia particular del proyecto suizo de 1893 y el Código italiano de 1930 en estas y otras legislaciones iberoamericanas, véase Zaffaroni: *SCJN*, 83-90.

⁹ "El C. P. peruano vigente reproduce casi completamente lo dispuesto por el de 1924, salvo por las penas". Abanto: *Los delitos contra la Administración*, 423. En Velásquez: *El delito de cohecho*, 209, se menciona la relación del cohecho pasivo propio del Código colombiano de 2000 con los códigos de 1980 y 1936, este último inspirado en el Código italiano de Zanardelli (1889).

¹⁰ La más antigua de la que se tiene noticia es de 1982, en México, de acuerdo con Jiménez: *Derecho penal mexicano*, 358. La más reciente es chilena, obra de la citada Ley 21.121, de 20 de noviembre de 2018, actualmente sin bibliografía.

¹¹ Desgraciadamente, los estudios históricos y sociológicos sobre la corrupción, que enseñan más que las escuálidas figuras legales de cohecho, aun enriquecidas en los años recientes, no son de pareja hondura en los seis países. Como sea, son particularmente recomendables Habib: *Brasil. Quinhentos anos de corrupção* y Morris: *Corrupción política en el México contemporáneo*. Véanse, además, Puit: *Corrupción en el Perú*; Sánchez: *La corrupción administrativa en México*; Malem: *La corrupción*; Quiroga: *el Estado faccioso en la Argentina* 40, 2018, 233-257; Newman y Ángel: *Sobre la corrupción en Colombia*; García y Revelo: *Estado alterado*; y Orellana: *Chile, un caso de corrupción oculta* 21, 2007, 257-272.

impide reconocer algunos rasgos comunes en legislaciones que comparten matriz cultural y, sobre todo, pertenecen a la misma familia jurídica. A la identificación de esos rasgos se abocan las páginas siguientes, no sin destacar las particularidades, útiles, en ciertos casos, para sopesar las raíces de la definición normativa de los delitos en las condiciones sociales de cada comunidad. Al final del trabajo se han transcrito los artículos legales que entran en consideración.

No obstante, este trabajo no reemplaza una investigación criminológica de amplio alcance sobre las conexiones empíricas de los tipos de cohecho y sus posibilidades reales de aplicación. Tampoco substituye un análisis dogmático completo. Deliberadamente se han dejado de lado temas como el dolo, los elementos finalistas de los tipos, la procedencia de eximentes generales (el estado de necesidad, p. ej.), la tentativa y los concursos de leyes y delitos. Tratarlos excedería con holgura los alcances de esta sinopsis comparativa.

Tipología de los delitos

Todos los códigos consultados prevén el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular. El Código argentino, el brasileño y el colombiano no se emparentan todavía por la concepción bilateral del delito.

En estos tres países se hace referencia, al modo antiguo, al cohecho pasivo y activo para aludir, respectivamente, a la corrupción del funcionario y al soborno del particular. En Brasil la nomenclatura es dictada por el Código. El artículo 317 se titula corrupción pasiva, y el 333 corrupción activa.¹² En Argentina y Colombia la doctrina es la que conserva tales términos al mentar los delitos tipificados en los artículos 256 y 258 del Código de 1921 y 405, 406 y 407 del Código de 2000. Obsérvese, empero, que lo que en ellos queda de la bilateralidad es el origen de la iniciativa, que ha

¹² En flagrante contradicción con la rúbrica, el artículo 317 añade a las acciones típicas alternativas de recibir y aceptar, la de solicitar, que es activa. Cfr. Bitencourt: *Tratado de Direito penal*, 79. A su vez, el soborno del privado figura entre los delitos cometidos por particulares contra la administración pública, una opción sistemática de inspiración suiza. Cfr. Fragoso: *Lições de Direito penal*, 491.

de provenir del particular, no que la consumación del delito se produzca cuando el funcionario ejecuta u omite lo que aquel le solicita. Aún así, habla a favor de la tesis de la bilateralidad que el funcionario responde solo si admite la oferta del privado.¹³ Habla en contra de la tesis, sin embargo, que el privado realizaría una conducta atípica si se limitase a aceptar un requerimiento del funcionario, reserva hecha de la responsabilidad de este como agente del delito de concusión.¹⁴ Además, en la doctrina de los tres Estados el cohecho pasivo y activo representan títulos distintos de imputación, con autorías técnicamente independientes la una de la otra, como se verá más adelante en relación con el problema de la participación.¹⁵

A medio camino entre aquel residuo de bilateralidad y la autonomía recíproca de los delitos de cohecho está el Código peruano. Rubrica equivocadamente como cohecho pasivo el delito del funcionario, pese a que este responde también si solicita el beneficio,¹⁶ y despliega una pesada enumeración de formas propias e impropias, genéricas y específicas.¹⁷ El cohecho del particular recibe el nombre de derecho activo porque el sujeto solo ofrece, da o promete la ventaja, genéricamente, cuando el otro es un funcionario cualquiera¹⁸ y, específicamente, cuando es magistrado o policía.¹⁹

La independencia técnica entre ambas figuras es completa en los códigos chileno y mexicano. Clave de ello es que tanto el funcionario como el particular responden por solicitar, aceptar o recibir el objeto material del

¹³ Bitencourt: *Tratado de Derecho penal*, 84 y 90. Para Bitencourt el cohecho pasivo poseería una "indispensable bilateralidad residual", por lo menos en las acciones de recibir y aceptar la dádiva, dada su dependencia de que el otro ofrezca o prometa. El cohecho activo, en cambio, sería delito unilateral porque no es necesario que el funcionario acepte la dádiva para penar al particular que la ofrece. Cfr. Lombana: *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y Colombia*, 486. Para una bilateralidad plena, ver, en Argentina, Soler: *Derecho penal argentino*, 207.

¹⁴ Véase, en Argentina, Creus: *Delitos contra la Administración*, 286. En Brasil, Frago: *Lições de Direito penal*, 429. En Colombia, Velásquez: *El delito de cohecho*, 213.

¹⁵ Una característica de la bilateralidad de antaño fue que el particular respondía como cómplice de cohecho. Sobre esta teoría y su proceso de superación, véase Rodríguez: *Cohecho*, 358-359, y Antolisei: *Manuale di Diritto penale*, 787-788.

¹⁶ Código Penal peruano, artículo 393.

¹⁷ Código Penal peruano, artículos. 394, 395, 395-A, 395-B y 396.

¹⁸ Código Penal peruano, artículo 397-A.

¹⁹ Código Penal peruano, artículos 398-A y 398-B.

delito. El Código mexicano emprende un loable esfuerzo de abstracción en los dos primeros apartados del artículo 222. El primero dedicado al funcionario que solicita o recibe el beneficio, el segundo al particular que lo da, promete o entrega, empeño ensombrecido por la previsión separada de los legisladores federales. Mucho más analítico y casuista, el Código chileno contempla tres extensos preceptos para el cohecho del funcionario²⁰ y uno, de cinco párrafos, para el soborno del particular.²¹

En algunos de los países el delito del funcionario es dividido por la ley o clasificado por los criminalistas en dos grandes formas: cohecho propio e impropio. En la historia del derecho penal se llama propia a la modalidad genuina de la infracción, que consiste en la venta de un acto no sujeto a remuneración perteneciente al ministerio del funcionario.²² De ahí que la ejecución venal de irregularidades administrativas o la comisión de francos delitos ministeriales, alejada sensiblemente de la versión pura del delito, sea llamada en Chile cohecho impropio.²³ En cambio, los textos colombiano y peruano declaran propia la realización u omisión por precio de actuaciones que infringen los deberes funcionales, e impropia la baratería de actos administrativos,²⁴ idea de origen español no siempre secundada por la doctrina argentina, brasileña y mexicana, ya que sus códigos describen en una misma disposición el pago de acciones que cumplen o incumplen el deber oficial.²⁵ El cohecho en que la dádiva compensa actos ilícitos puede traer aparejado pena mayor o igual a la del soborno en actos del cargo. Por lo primero optan los códigos brasileño, colombiano, peruano y chileno. Por lo segundo, los códigos argentino y mexicano. Esto interesa en su

²⁰ Código Penal chileno, artículos 248, 248 bis y 249.

²¹ Código Penal chileno, artículo 250.

²² Carrara: *Programa de derecho criminal*, 94.

²³ Oliver: *Aproximación al delito de cohecho* 5, 89-91.

²⁴ Para una crítica colombiana de esta nomenclatura, véase Ferreira: *Delitos contra la Administración*, 95.

²⁵ Artículos 256 del Código argentino, 317 del brasileño y 222 del mexicano. Sobre el primero, véase Donna: *Derecho penal*, 222. Sobre el segundo, Prado: *Curso de Direito*, 381. El artículo 222 del Código mexicano distinguía en su fracción primera actos justos o injustos, o sea, a la española, mientras que la redacción actual reza simplemente "para hacer o dejar de hacer un acto propio de sus funciones". La cláusula pareciera denotar la voluntad de ceñir el cohecho a su modalidad genuina o propia. Cfr. Jiménez Huerta: *Derecho penal*, 424.

relación con la tutela, como se verá en el siguiente apartado. De momento, se puede resaltar como singularidad del Código chileno haber alzaprimado como variedad de cohecho impropio el que apunta a la comisión de otros delitos en el cargo, p. ej., nombramientos ilegales, prevaricación, peculado, fraudes y negociaciones incompatibles, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. La severidad de la regla de concurso real²⁶ no tiene parangón en los demás códigos, ni siquiera los que destacan como modalidad agravada el cohecho-prevaricación. Una parte de su doctrina se inclina por el concurso aparente de leyes penales, con prevalencia del cohecho o del otro delito, dependiendo de la gravedad relativa de sus punitivas. Otra, más severa y también menos lógica, reconoce un concurso ideal de infracciones.²⁷

Las hipótesis agravadas restantes de cohecho tienen en cuenta la calidad del sujeto activo y el acto funcional. Se trata del cohecho-prevaricación, en el Código peruano²⁸ y en el argentino,²⁹ del cohecho a personal policial o judicial³⁰ y de la corrupción de funcionarios que se desempeñan en organismos de control del Estado.³¹ De especial interés es la pena adicional, en el Código argentino,³² de interdicción para el funcionario

²⁶ Código Penal chileno, artículo 249, inciso segundo, y artículo 250, inciso final, para el soborno del particular.

²⁷ Concurso de leyes según Abanto: *Los delitos contra la Administración*, 455, y Velásquez: *El delito de cohecho*, 226. Concurso ideal de delitos según Creus: *Delitos contra la Administración*, 288 y 301. Pocos defienden el concurso real, tal como aparece en Fragoso: *Lições de Direito penal*, 442. El pensamiento liberal se inclinará siempre por la unificación jurídica de las conductas, o sea, su absorción en uno solo de los tipos. Cfr. Carrara: *Programa de derecho criminal*, 108.

²⁸ Código Penal peruano, artículos 395 y 398.

²⁹ Código Penal argentino, artículos 257 y 257.

³⁰ Código Penal peruano, artículos 395-A, 395-B, 396 y 398-A.

³¹ Ley 1.474 de 20102, artículo 33. Contiene una agravación específica de la penalidad de los artículos 405 y 406 del Código colombiano. En Chile se añadió en noviembre de 2018 una agravación específica de la pena del funcionario que se desempeñe en cargos de elección popular, de la exclusiva confianza de estos, en funciones de alta dirección pública, judiciales, jurisdiccionales y militares, y de cualquier empleado público que cometa cohecho en la designación de cargos o funciones, procedimientos de adquisición, contratación o concesión, otorgamiento de permisos para actividades económicas y su fiscalización (art. 251 quinquies).

³² Código Penal argentino, artículo 258, última parte.

como eventual sujeto del cohecho activo, que capta el desvalor especial del cualificado que se vale de su investidura para perpetrar un delito común.³³

Como tipos privilegiados o atenuaciones específicas cabe considerar, en Brasil, que el funcionario realice, omita o demore el acto de su oficio “cediendo al pedido o a la influencia de otro”³⁴ y, en Chile, la pena de multa prevista para quien soborna a favor de su cónyuge o pariente próximo imputado en causa criminal.³⁵ En cambio, la simple admisión de regalos y el cohecho debido al cargo, que aparecen en el texto argentino³⁶ y en el chileno,³⁷ pueden ser entendidos como una variedad autónoma o, en las antípodas, como una modalidad básica o simple de la infracción.

Bien jurídico

En los países revisados hay unanimidad sobre el bien jurídico genérico o categorial del cohecho, una infracción que ofende a la administración pública. Esta convergencia se da tanto en los códigos que lo incardinan bajo tal rúbrica (Argentina, Brasil, Colombia y Perú), como en los que emplean el rótulo genérico *hechos de corrupción* (México) o el giro subjetivo *delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos* (Chile).

En cuanto al bien jurídico específico, el aspecto de la administración pública que sería afectado por el delito se basa en la doctrina de la región sobre el funcionamiento interno de los entes públicos, con una plétera de complementos normativos que se refiere a otros complementos sustentados en España (principalmente la imparcialidad u objetividad en la

³³ Donna: *Derecho penal*, 246. Según Donna la intervención del funcionario convertiría el delito en uno especial impropio, lo que estimamos discutible, porque es un sujeto que no actúa en el ejercicio de sus funciones. Cfr. Buompadre: *Delitos contra la Administración*, 496.

³⁴ Código Penal brasileño, artículo 317, inc. segundo. Hipótesis asaz sugerente de la estructura vertical de una sociedad en la que persisten las prácticas del viejo “coronelismo”. Por eso la previó el Código imperial de 1830 con el nombre de soborno, y existe todavía para captar la común situación de funcionarios que no venden, sino transigen su función para atender a las necesidades de amigos o personas influyentes, “lo que entre nosotros es una verdadera plaga”. Fragoso: *Lições de Direito penal*, 443. Véase, además, Magalhaes Noronha: *Direito Penal*, 350.

³⁵ Código Penal chileno, artículo 250 bis.

³⁶ Código Penal argentino, artículo 259.

³⁷ Código Penal chileno, artículos 248, inc. primero, y 250.

función).³⁸ Oliver Calderón sostiene que el cohecho viola la relación que en el derecho debería existir entre la administración y los particulares, esto es, el correcto servicio que aquella debe a estos.³⁹ Velásquez, basado en la doctrina española, considera que infringe las relaciones internas y externas de los entes públicos.⁴⁰ Las condiciones intestinas de funcionamiento predominan en la doctrina brasileña, solo que en relación con la probidad en el desempeño de los cargos.⁴¹ No se han detectado propuestas locales para unir las disposiciones sobre el cohecho con ideas conceptualistas, como el falseamiento de la voluntad estatal o de la psicología social (como, p. ej., la confianza de la comunidad en el aparato público).⁴²

Aunque no lo acompaña la originalidad al identificar el objeto específico de tutela en el debido funcionamiento del Estado, el derecho penal americano tiene el mérito de haber advertido las dificultades dogmáticas para relacionar el cohecho con esta faceta de la administración pública, formada por una red de normas, no por bienes jurídicos. Se aduce la complicación de la venta de actos propios del cargo, como quiera que su comercio deja incólume la imparcialidad de las decisiones y, en general, la articulación regular de los entes públicos.⁴³ Y aunque esto no era desconocido para los especialistas hispanos, sí merecen especial atención otras consideraciones, extraídas de la evolución legislativa del delito. En efecto, mientras más se ha distanciado el cohecho de la vetusta estructura bilateral, tanto más queda de manifiesto la disociación del objeto específico de tutela respecto de licitud o ilicitud de la conducta ministerial, con lo cual la forma propia y la impropia de la infracción pasan a un segundo plano

³⁸ La imparcialidad en el ejercicio de las actividades administrativas es defendida en Rodríguez Collao: *Delitos contra la función pública*, 330; Montoya Vivanco: *Manual sobre delitos*, 97 (aunque solo para el cohecho llamado *propio*, porque sobre el impropio los autores se pronuncian con relación a la gratuidad de la función pública), y Abanto: *Los delitos contra Administración*, 421-422.

³⁹ Oliver: *Aproximación al delito de cohecho* 5, 95.

⁴⁰ Velásquez: *El delito de cohecho*, 209.

⁴¹ Frago: *Lições de Direito penal*, 436; Prado: *Curso de Direito penal brasileiro*, 377. En Colombia, véase Peña: *Delitos contra la Administración pública*, 29. En México, Jiménez: *Derecho penal mexicano*, 424.

⁴² Un resumen del debate alemán de estas dos posturas, en Loos: *Del "bien jurídico"*, 143-162. Su crítica en Kindhäuser: *Revista electrónica Política Criminal*, 3, A1, 2007, 9-10.

⁴³ Oliver Calderón: *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, 2004, 94.

teleológico. Es una consecuencia inevitable de haber adelantado la consumación a la simple solicitud o aceptación de la dádiva, independientemente de la ejecución de un acto oficial. Hay que reconocer que la originalidad en este hallazgo es relativa. Fue percibido por Enrico Pessina, al que con razón recuerda Francisco Ferreira.⁴⁴ El punto es de enorme importancia porque, con la escisión del delito en dos títulos independientes de imputación, pierden significado constitutivo en la realidad, inclusive la simple suposición de un acuerdo antijurídico entre funcionario y particular. Lo confirma la previsión explícita del cohecho subsiguiente en los códigos más celosos de la unilateralidad,⁴⁵ y la amplitud del objeto material, que ya no tiene por qué ser una prestación de contenido económico.

Por lo demás, ciertos tipos de cohecho se substraen de un pacto ilícito y del operar objetivo de los órganos de la administración. En ellos se describe la consecución de dádivas sin lazo alguno con actuaciones del funcionario, quien las pretende o al que se le ofrecen, teniendo únicamente en cuenta su calidad de medio personal de la administración. Una pista en este sentido la brinda el párrafo segundo del artículo 496 del Código colombiano, que se fija exclusivamente en que el particular tenga interés en un asunto sometido al conocimiento del empleado, motivo por el cual los penalistas apellidan este cohecho como *aparente*.⁴⁶ Más decididos son los códigos argentino y chileno. El artículo 259 del Código argentino, cuyos antecedentes se remontan a 1891 y cuya forma actual fue definida en 1964, castiga la admisión y ofrecimiento de dádivas “en consideración

⁴⁴ En Pessina: *Elementi di Diritto penale*, t. III, 61-62, se discrepa de la definición de Carrara del cohecho como venta de actos del oficio, en la medida en que no siempre es así, como por ejemplo cuando el funcionario solicita la dádiva impulsado por parcial deferencia u odio por hechos anteriores.

⁴⁵ Código Penal chileno, artículos 248 y 248 bis; Código Penal peruano, artículos 303 y 394. El Código peruano lo tipifica aun en la realización de actos irregulares del funcionario. Una regulación menos unilateral como la brasileña, en la medida en que no subordina la acción del funcionario a un acto futuro de su parte, permite captar las dos variedades de conducta, antecedente y subsiguiente. Frago: *Lições de Direito penal*, 440. La redacción finalista del cohecho lo impide en los Códigos argentino y mexicano. Creus: *Delitos contra la Administración*, 277-278 y Jiménez Huerta: *Derecho penal*, 426.

⁴⁶ Como en él no es necesario demostrar un pacto previo, ni una futura actuación determinada del funcionario, cambia el bien jurídico del cohecho tradicional. Velásquez: *El delito de cohecho*, 233-234; Peña Ossa: *Delitos contra la Administración*, 167; Pérez: *Derecho Penal*, 272.

al oficio del funcionario público”. Conforme a la doctrina del país, este cohecho ofende la calidad irreprochable o insospechable de los funcionarios en cuanto tales, y no el funcionamiento de los organismos oficiales.⁴⁷ Por su parte, desde noviembre de 2018 el artículo 248 del Código chileno sanciona al empleado público que “en razón de su cargo” solicita o acepta un beneficio del *extraneus*. Tampoco aquí puede existir una relación entre la dádiva y algún acto o simple hecho administrativo, con lo que de nuevo tropezamos con la integridad de los medios personales de la administración, cuya lesión elemental radica en la simple admisión de regalos, de la que se desprenden como formas calificadas los tradicionales cohechos propio e impropio.⁴⁸

Pudiera el intérprete empecinarse en declarar que estos cohechos carentes de toda relación sinalagmática serían una modalidad impropia⁴⁹ o bien una especie propia cuya peculiaridad yace en que el empleado, en lugar de una dádiva por causa o debido a su cargo, recibe un emolumento o contrapartida por servicios futuros.⁵⁰ Sin embargo, una interpretación semejante haría violencia a la redacción de las leyes y, por encima del dato gramatical, contrasta con la circunstancia de que hace bastante tiempo el acuerdo ilícito perdió su carácter de núcleo de los delitos de cohecho.⁵¹ Su eje es hoy la autonomía de las funciones públicas, uno de cuyos supuestos consiste en preservar la integridad de los sujetos que las llevan a cabo. Nótese que afirmar como objeto de tutela este pliegue de la administración,

⁴⁷ Buompadre: *Delitos contra la Administración*, 509. Véase, también, Martín: *Derecho penal*, 794. El punto de vista fue sostenido, además, en Soler: *Derecho penal*, 220, y en Creus: *Delitos contra la Administración*, 302-303.

⁴⁸ Préstese atención a que, sin asumir esta inteligencia del bien jurídico, los comentaristas alemanes califican la corrupción del funcionario que solicita o acepta una ventaja a título de contraprestación de una acción del servicio, como tipo agravado de las ventajas que se pide o recibe “para el ejercicio del cargo”, en los parágrafos 332 y 331 del Código, respectivamente. Cfr. Kuhlen: *Bestechung*, 5732 y 5733. Véase también Kindhäuser: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 364, donde se afirma del delito del § 332 que es un tipo autónomo de cualificación del § 331.

⁴⁹ Así, en Argentina, Donna: *Derecho penal*, 251.

⁵⁰ En Chile, últimamente, ver García Palominos: *Política Criminal*, 27, 2019, 137 y 161. Basado en Schünemann: *Festschrift für Harro Otto zum 70*, 2007.

⁵¹ En Alemania insiste en dicho carácter Schünemann: *Festschrift für Harro Otto zum 70*, 2007, 786-796. Al contrario, una clara tendencia de enucleación del acuerdo en el derecho comparado constata Hernández Basualto: *Revista de Ciencias Penales*, XLIII (4), 2006, 23-26.

que atrapa otros tutelados por el derecho administrativo en sus medios personales —como la calidad y seguridad de los funcionarios públicos, cuyo reflejo penal son los delitos de nombramientos ilegales y atentado—, en absoluto implica confundir una exigencia jurídica con otra de índole moral, entrometiendo en el foro del derecho la fiabilidad como valor ético, o la virtud de la honradez.⁵² La fiabilidad es la capacidad de las personas para prometer con la seguridad de cumplir lo prometido.⁵³ La honradez se predica de las personas por su comportamiento honesto. En cambio, aquí está en juego un asunto institucional, digámoslo de nuevo: la autonomía de las funciones públicas, el empeño del Estado de inmunizar de intereses no republicanos a sus órganos mediante un subsistema de sanciones que castiga las faltas más graves de un sistema general de integridad institucional.⁵⁴

Siendo así, por el lado del funcionario el cohecho es delito de lesión, sea que solicite o acepte el emolumento, efecto que generará un peligro para el recto funcionamiento de los servicios públicos cuando el agente se haya propuesto realizar u omitir un acto propio del cargo.⁵⁵ Visto por el

⁵² Aunque la honradez pudiera ser considerada también un *valor* de la virtud de acuerdo con la taxonomía de Scheler: *Ética*, 168. La ética dieciochesca, teniendo en mente la kantiana, hablaba todavía de *deberes* de la virtud, algunos de los cuales, los que se tiene con respecto de terceros, podrían confundirse con los deberes jurídicos. Seelmann: *¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?*, 75-76. El problema se aclara en la ética axiológica, para la que los valores de la virtud no pueden ser confundidos con valores ni con bienes jurídicos.

⁵³ “Es, en el fondo, la fuerza moral de la persona de responder por sí misma”. Hartmann: *Ética*, 502.

⁵⁴ Integridad entendida como un valor colectivo, propio del sujeto cualificado solo en cuanto es miembro o representante de una clase, profesión, jerarquía o grupo. Scheler: *Ética*, 170-171. También en la filosofía contemporánea estos sistemas de integridad son teorizados en su proyección institucional, antes que como una cuestión de ética personal. Véase Miller: *Corruption*, 2018 (cuya consulta agradezco al doctorando de la Universidad de Barcelona señor Diego Antonio González Lillo). Por ende, un empleado público podría ser deshonesto en la vida privada y, empero, cumplir honradamente sus funciones oficiales. A pesar de esto, normalmente la cualidad moral de la persona es inescindible del desempeño profesional, sin mencionar que una de las causas del envilecimiento de las autoridades públicas y altos funcionarios en el continente americano radica en cierta bifurcación artificial de la conciencia, a saber, que se podría ser deshonesto en el cargo sin perder por ello la honradez como individuo, lo que Gabriela Mistral criticó en su artículo *El sentido de la profesión*, citado en Warnken, Cristián y Ernesto Pfeiffer, eds.: *Pasión de enseñar*, 83-87. Este problema no es en absoluto ajeno a la teoría jurídica de la función pública, como se explica en Bielsa: *Derecho administrativo*, 214.

⁵⁵ No ya actos irregulares o francamente delictuosos, en los que tampoco habría abuso, sino simple prevalimiento del cargo. De ahí la conveniencia de designar impropio tal

lado del particular, también puede poner en jaque el bien jurídico, pero no en su núcleo de integridad, que para él tampoco configura una exigencia institucional. El deber del particular es puramente negativo, a saber, respetar la independencia de las funciones públicas, que descansa en su gratuidad para los administrados en general. El peligro concreto existe en la tentativa de soborno. En cambio, si el sujeto privado acepta una iniciativa venal proveniente del funcionario, su aquiescencia fortalecerá la lesión que este ha perpetrado.⁵⁶

Sujeto activo y objeto material

El delito especial de cohecho en la administración pública tiene como sujeto activo a un funcionario, empleado o servidor público, designaciones que varían de acuerdo con la terminología que adoptan el derecho constitucional y el derecho administrativo de los países iberoamericanos.

Allende la incorrección semántica,⁵⁷ estas designaciones poseen un alcance mayor que el de sus significados administrativos. Todos los códigos glosados contienen una definición inspirada en la teoría de la función, que supera con holgura la estrecha teoría de la contratación, hija de las administraciones públicas del liberalismo económico del siglo XIX. Paradigma de economía gramatical y acierto conceptual, el Código argentino define penalmente a los funcionarios o empleados como quienes participan accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por

cohecho, como dije en las notas 16 y 17, y, todavía más, de eliminarlo de esta categoría delictuosa, como aparece en Pessina: *Elementi di Diritto penale*, 63. Algo que, sin embargo, no acata ninguna de las legislaciones comentadas.

⁵⁶ La que, insisto, reside en la independencia de las funciones públicas. La versión autoritaria de este pensamiento afirma que el particular irrespeta el poder del Estado. Cfr. Binding: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 706 y 717. Los penalistas brasileños, cuyo Código separa rigurosamente el cohecho del funcionario del soborno de particular, uno como delito *ad intra*, otro como delito *ad extra* de la administración, sostienen que el objeto ofendido es idéntico para los dos sujetos. Cfr. Frago: *Lições de Direito penal*, 491.

⁵⁷ El nombre *servidor público*, que se lee en los Códigos colombiano (art. 20), mexicano (art. 212) y peruano (art. 425), es criticado, por su lastre de subordinación y dependencia, en Jiménez Huerta: *Derecho penal*, 382, al ser considerado como vejatorio de la dignidad social de los funcionarios en un Estado de derecho.

elección popular o por nombramiento de autoridad competente.⁵⁸ En la administración, en sentido estricto, el concepto designa a quienes se desempeñan en organismos concentrados y desconcentrados, centralizados y descentralizados, municipios, empresas públicas y toda clase de servicios de interés colectivo, tanto a nivel federal como estadual, regional, provincial o comunal, dependiendo de la forma que asuma el Estado (federal en Argentina, Brasil y México, y unitario en Colombia, Chile y Perú). El molde jurídico de su asunción es indiferente, lo que interesa especialmente a quienes se desempeñan en empresas del Estado.⁵⁹ Por lo demás, el pensamiento cifrado en la función anima al derecho internacional (artículo 1.º de la CICC), y de él la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú deduce que los empleados de sociedades de economía mixta son funcionarios públicos.⁶⁰ Como, por otra parte, el concepto de funcionario guarda correspondencia con la amplia noción de administración pública que trasuntan los códigos, tampoco se duda seriamente que son funcionarios los jueces y demás empleados del poder judicial, así como los miembros de organismos colegiados de carácter político (diputados, senadores, concejales regionales, provinciales o municipales, etc.), todos los cuales son punibles como reos de cohecho si trafican con proyectos normativos, gestiones, opiniones

⁵⁸ Código Penal argentino, artículo 77. Los términos *empleado* y *funcionario público* son, al cabo, sinónimos. Lo mismo en Brasil (art. 327) y Chile (art. 260). Cfr. Creus: *Delitos contra la Administración*, 5-6; Fragoso: *Lições de Direito penal*, 404; Rodríguez Collao: *Delitos contra la función pública*, 122.

⁵⁹ Lo declara expresamente el artículo 425, n.º 3, del Código del Perú. Por su parte, el artículo 327, § 1º, del Código brasileño equipara al funcionariado con quienes ejercen cargos, empleos o funciones en entidades paraestatales, incluso a trabajadores de empresas contratadas para ejecutar actividades propias de la administración pública. La atención al contenido de la función, más que a la naturaleza jurídica del ente o a la clase de contrato de su personal, es congruente con el sentido teleológico de estas definiciones penales y, a mi juicio, permite resolver parte de los problemas que plantea la actual privatización de las funciones estatales, sospechosa en sí y con efectos desquiciadores, si se pierde de vista su carácter público. Cfr. Fragoso: *Lições de Direito penal*, 405.

⁶⁰ Un resumen del fallo de 2002 puede consultarse en la completa recopilación de jurisprudencia penal procesal y penitenciaria en Caro John: *Summa penal*, 758-760. El Código del Brasil hace innecesario este recurso al Derecho Internacional, porque menciona derechamente a las sociedades de economía mixta (art. 327, § 3).

o votos en asuntos de su competencia.⁶¹ Es más, en el Código brasileño se considera que el agente reviste la investidura idónea del cohecho incluso antes de asumir su función o hallándose temporalmente sin ejercerla (por vacaciones, permisos, etc.).⁶² Salvo esta excepción, el momento del acto delictuoso fija el instante en que el agente tiene que poseer la calidad jurídica requerida, sin que importe que la pierda después por cese, renuncia o destitución.⁶³ En fin, el cohecho del particular pudiera tener como sujeto activo a un funcionario, a lo que el Código argentino determina una pena adicional de interdicción.⁶⁴

⁶¹ *Punto némine* discrepante en la doctrina iberoamericana. Véase Abanto: *Los delitos contra Administración*, 441 y 475, refiriéndose de pasada a la punibilidad del transfuguismo, una depravación de los partidos políticos peruanos desde la ominosa tiranía de Alberto Kenya Fujimori. Véase, Además, Pérez: *Derecho Penal*, 194 y Peña Ossa: *Delitos contra la Administración*, 35-36. Ajeno a la tradición latina en estas lides y con argumentos tomados del cohecho parlamentario alemán, véase García: *Política Criminal*, 27, 2019, 140-149. Para García los congresistas chilenos no serían funcionarios cuando ejercen potestades políticas y, por tanto, legislativas, maguer el lapidario tenor del artículo 260 del Código. Tales facultades estarían por encima del derecho. Responderían a una suerte de derecho sin reglas, un orden concreto que puede colmar a su gusto, en cada caso, el legislador. Esta identificación entre Estado y poder es un vestigio de la concepción feudal y niega la idea misma de Estado de derecho, donde la autoridad del Estado descansa precisamente en la del derecho. Fischbach: *Teoría general del Estado*, 72, con cita de Hugo Krabbe (1906): *Die Lehre von der Rechtssouveränität*.

⁶² Código Penal brasileño, artículo 317, inc. primero. Cfr. Prado: *Curso de Direito*, 378-379. En los demás países esta anticipación penal no es aceptada. El funcionario, también siendo electo en una votación popular, tiene que haber asumido formalmente el cargo o la función, según los procedimientos previstos por la ley. Cfr. Abanto: *Los delitos contra Administración*, 428; Velásquez: *El delito de cohecho*, 220. Lo que no obsta a la idoneidad del funcionario en sus vacaciones o permisos, durante los cuales conserva su cargo, ni del funcionario de hecho, cuando hubo una asunción administrativa irregular. Cfr. Creus: *Delitos contra la Administración*, 6.

⁶³ Otra cosa es que solicite o acepte un donativo después de haber dejado el cargo, a causa de este, pero sin promesa precedente. Un asunto viejísimo cuya punibilidad se enuncia en Carrara: *Programa de derecho criminal*, 95-96. Sin embargo, excede las posibilidades del cohecho *subsequens* en los códigos referidos *supra*, texto y nota 30, por que la acción ocurre cuando el autor deviene ciudadano privado. La antigua Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de México contempló un pseudo-cohecho, de acuerdo con Jiménez Huerta: *Derecho penal*, 428-425, que cometía el funcionario que, en el año siguiente al término de su desempeño, solicite, acepte o reciba dinero, donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí, parientes próximos o asociados, de personas cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales estén directamente relacionadas con las que el funcionario debía regular o supervisar en su cargo. La ley fue reemplazada por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, de 18 de julio de 2016.

⁶⁴ Código Penal argentino, artículo 258. A su vez, el Código peruano, en su artículo 398, inciso tercero, fulmina la temida pero justificable pena de inhabilitación para el abogado o miembro de un estudio de abogados que corrompe a jueces y funcionarios judiciales.

El objeto material del cohecho es un punto de entrecruzamiento de las diversas fuentes de los códigos y, en algún caso, expresa el intento del legislador de no ir rezagado de las formas reales de aparición del delito, que son variadas en el continente. Se trata de dinero, dádiva o promesa;⁶⁵ dinero, beneficio o promesa;⁶⁶ ventaja indebida o promesa de ventaja;⁶⁷ dinero, utilidad o promesa remuneratoria;⁶⁸ beneficio económico o de otra naturaleza,⁶⁹ y donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.⁷⁰ El esmero conceptual del Código argentino le juega una mala pasada en el cohecho activo, donde se restringe el objeto de la acción a las dádivas, en flagrante contradicción con el hecho del funcionario.⁷¹ Y el casuismo del código peruano, que responde ostensiblemente al prurito de que nada escape a las garras de la justicia penal, traiciona la intemperancia de equiparar sustantivos que no tienen mucho en común.⁷²

En general, la dádiva es entendida como todo objeto, servicio o prestación que represente un beneficio material o inmaterial. En los países que emplean ese término, o los de utilidad o ventaja, impera una interpretación que no limita el precio del cohecho a valores de significado patrimonial,⁷³ conclusión inevitable en los beneficios que mienta actualmente el Código chileno y, en cambio, controvertida a propósito del argentino. Como sea, en Argentina los partidarios del concepto amplio arguyen una atendible razón teleológica, a saber, que si el bien jurídico principalmente ofendido

⁶⁵ Código Penal argentino, artículo 256.

⁶⁶ Código Penal mexicano, artículo 222.

⁶⁷ Código Penal brasileño, artículo 317.

⁶⁸ Código Penal colombiano, artículo 405.

⁶⁹ Código Penal chileno, artículo 248. El Código chileno es el único que admite los derechos, una especie particular de tributos, como objeto de la acción del cohecho del artículo 248, párrafo segundo. Un *pendant* del delito de concusión en que el agente exige más derechos de los que le están señalados por su cargo (art. 241).

⁷⁰ Código Penal peruano, artículo 393.

⁷¹ Impresiona que la preparadísima doctrina del país no repare en la menor cabida del objeto del artículo 258 respecto del artículo 256, considerando el paralelismo entre ambas figuras en su vinculación bilateral. Una vía para resolver el conflicto de normas consiste en sostener que las dádivas incluyen dinero. Cfr. Buompadre: *Delitos contra la Administración*, 496. En cambio, no parece incluir una promesa. Cfr. Creus: *Delitos contra la Administración*, 276.

⁷² Nada en común, de acuerdo con Abanto: *Los delitos contra Administración*, 433.

⁷³ En Brasil, véase Frago: *Lições de Direito penal*, 438-439; en Colombia, Ferreira: *Delitos contra la Administración*, 74 y 92; en Perú, Montoya Vivanco: *Manual sobre delitos*, 103.

por el cohecho es la integridad de los medios personales de la administración, entonces da lo mismo que para lesionarla, comprometiendo la independencia de los entes públicos, se seduzca al funcionario con dones extrapatrimoniales⁷⁴ como agasajar su vanidad, satisfacer el impulso sexual o promoverle socialmente.⁷⁵

Al igual que en Europa, la doctrina iberoamericana ha debido enfrentarse a algunas cuestiones que origina el objeto material, unas de tipicidad, otra de justificación. Los *munuscula* implican un problema de adecuación típica. En general, el pensamiento regional es refractario a tener por dádivas o beneficios los obsequios de poca monta que se conceden ocasionalmente a los funcionarios, en particular cuando motivan la entrega usos o costumbres sociales, como la celebración de aniversarios y las prácticas de cortesía, habituales en el ambiente rural. Este modo de ver interpreta restrictivamente el objeto material, que pertenece a los tipos de delito, pero añadiendo consideraciones tomadas del objeto del juicio de antijuridicidad.⁷⁶ Actualmente aparece normativizado en el artículo 251 sexies del Código chileno, con arreglo al cual no es constitutivo de delito aceptar, dar u ofrecer donativos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.⁷⁷ Este cohecho

⁷⁴ Ramos Mejía: *El delito de concusión*, 81-82. Un completo resumen del debate entre las posturas extensiva y restrictiva, en Creus: *Delitos contra la Administración*, 256-257; Donna: *Derecho penal*, 216-219.

⁷⁵ En sociedades caracterizadas por una rígida estratificación social, con escasa movilidad ascendente, otorgar al funcionario oportunidades para su aceptación en la clase superior entraña un significado económico, difícil de calcular. Es uno de los pocos aciertos de la reforma introducida al Código chileno en 2018, que abarca los beneficios no económicos, aunque seguramente en el que no se contempla la información sociológica de la estratificación del país, larvada, durísima, similar al sistema de castas.

⁷⁶ Abanto: *Los delitos contra Administración*, 436. Abanto concibe el cohecho como el regalo que no autorizan la tradición ni la cortesía. Más severa la tradición argentina sobre el *munusculum*, que los penalistas observan con matrería, acaso por su frecuencia en la sociedad. Cfr. Buompadre: *Delitos contra la Administración*, 480. Más radical, en Chile, Oliver Calderón rechaza por completo el principio de insignificancia si no va de por medio la adecuación social de la conducta. Cfr. Oliver Calderón: *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 5, 2004, 99.

⁷⁷ Esto responde a un pensamiento antiquísimo que se conserva en un pasaje de Ulpiano de una epístola imperial de Severo y Antonino, según el cual no revisten la calidad de donativos prohibidos al magistrado los *xenia* o pequeños dones usuales de cortesía u hospitalidad (*nec xenia producenda sunt ad munusculum qualitatem*), idea encuadrada en el proverbio griego que reza en latín *neque omnia, neque quovis tempore, neque ad omnibus* (no todos, ni

inocuo, en palabras de Velásquez, no debe ser confundido con el cohecho simulado.⁷⁸ El primero es insignificante. El segundo, no. Aquel pudiera interesar en los presentes que se regala por consideración de la función, sin esperar del obsequiado que devuelva la mano en el futuro. El segundo, en cambio, guarda relación con actos del cargo realizados o por realizar, a los que la dádiva retribuye o estimula subrepticamente. En el cohecho simulado pudiera haber o no una costumbre social de por medio, pero su monto o relieve lo aleja del principio de insignificancia y lo encaja de lleno en el tipo de lo injusto del delito. La doctrina vernácula intuye que sería enojoso e inconducente fijar un límite monetario allende el cual el funcionariado debiera rechazar eventuales dones de los particulares. Por lo demás, existe un criterio dogmático capaz de procurar orientación al juicio de tipicidad, a saber, la relación proporcional entre el valor –material o no– del agasajo y la proyección económica del acto de servicio.⁷⁹

Finalmente, se inscribe en la faz negativa de la antijuridicidad el donativo protocolar u oficial. Como quiera que esta clase de ofrendas obedecen no solo a razones de etiqueta social, sino jurídicamente regulada, existe el deber también jurídico de recibir las, solo que en nombre y para el acervo del Estado. El artículo 251 sexies del Código chileno zanja esta cuestión,

en cualquier momento, ni de todos), por cuyo motivo sería inhumano no aceptar dones de nadie, pero asaz vil recibirlos en toda ocasión y avaro en grado sumo admitir cualquiera (*nam valde inhumanum est ad neminem accipere, sed passim vilissimum est, et omnia avarissimum*). Cfr. Luisi: *Considerazioni sulla determinatezza normativa*, 169.

⁷⁸ Velásquez, al igual que otros penalistas de Perú y Argentina, llama *disfrazado* el cohecho simulado. Cfr. Velásquez: *El delito de cohecho*, 219.

⁷⁹ En este sentido, Abanto: *Los delitos contra Administración*, 436. Algunos descartan la proporción, pero exigen que el monto de la dádiva sea idóneo para motivar al funcionario (lo cual, amén de ser un juego de palabras, mantiene el problema enclaustrado en la tipicidad). Cfr. Donna: *Derecho penal*, 219; Prado: *Curso de Direito*, 381. Sobre el principio de proporción en el cohecho según la doctrina y jurisprudencia italianas, Fiandaca: *Diritto penale*, 169.

sin pronunciarse acerca del valor máximo del obsequio,⁸⁰ lo que es correcto, porque tampoco constituyen *xenia*.⁸¹

Participación

La participación en sentido estricto –complicidad e instigación– es interesante y de arduo tratamiento dogmático en el delito de cohecho. Su interés reside en la información criminológica según la cual en la corrupción del funcionario tiene que haber un particular, solo que, normalmente, los particulares son varios. Esto es una secuela de la organización oligárquica de los países iberoamericanos, cuyas administraciones son ocupadas por personas, en general pertenecientes al mismo estamento social, que llegan al sector público desde la esfera privada, pero a menudo sin moverse de ella y conservando en ella todas sus vinculaciones personales. Por consiguiente, es común que, en las corruptelas de mayor envergadura, aquellas cometidas en los niveles superiores de gobierno, jurisdicción y legislación, intervengan junto a funcionario y sobornador otras personas, particulares o empleados públicos en el papel de agentes *freelance* del delito, por decirlo amablemente.

Sin embargo, técnicamente el cohecho del funcionario es un delito especial propio, sin reflejo en un delito común.⁸² Su singularidad, en verdad única en los delitos de agente irremplazable, es que la ley no deja impune

⁸⁰ En el protocolo oficial y, sobre todo, diplomático, perviven todavía antiguas normas de trato social convertidas en reglas jurídico-institucionales, lo mismo que el saludo entre militares. Cfr. Stammler: *Tratado de filosofía del derecho*, 104-105. Por cierto, las normas de protocolo institucional son de orden público, de suerte que nada dejan a la apreciación del funcionario. Cfr. Sánchez González: *Revista Estudios Institucionales*, 8, 2018, 223.

⁸¹ Recuérdese lo mencionado en la nota 57. En esto radica la diferencia de los preceptos protocolares con normas de trato social permitidas por el ordenamiento jurídico –las conductas socialmente adecuadas y conformes a usos y costumbres, que el Código penal portugués exceptúa del castigo del funcionario que solicita o acepta ventaja patrimonial o no patrimonial en el ejercicio de sus funciones o a causa de estas (art. 372, modificado en 2010), y las ventajas insignificantes y usuales en la sociedad que el Código suizo excluye del objeto material del cohecho en general (art. 322 decies, introducido en 2016)–, las cuales pueden ser acatadas como inobservadas, sin que el infractor arriesgue otras sanciones que las indeterminadas de la comunidad.

⁸² Gómez Martín: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, 2012, 24-27. Gómez lo llamaría un delito especial de posición institucional.

la actuación de profanos. En otro tiempo, mientras reinó la configuración bilateral del delito, el sobornador era castigado como cómplice del funcionario mediante una regla especial, no según las disposiciones generales de los códigos, que difícilmente hubiesen sido extensivas a dicha intervención.⁸³ El problema del *extraneus* no fue eliminado con la autonomía punitiva del cohecho del particular, al que los códigos modernos reservan la pena de un autor. Y no desaparece, porque esta figura tampoco es delito común del propio del funcionario.⁸⁴ En realidad, el paralelismo de los delitos de cohecho formula un reto mayúsculo al enjuiciamiento del particular que comparece en vestidura de cómplice, tanto si las disposiciones generales del código distinguen los conceptos de autor y partícipe, como si acogen un concepto unitario de autor. En resumen, la interrogante a resolver es cómo responde el partícipe *extraneus* del cohecho del funcionario, es decir, si responde por este delito, por el cohecho del particular o por ninguno.

Conscientes del problema, en los códigos argentino, brasileño, colombiano, mexicano y peruano se establece que el funcionario comete delito cuando actúa directa o indirectamente, por sí o por interpósita persona. Esta es unánimemente considerada cómplice del cohecho del empleado, punible si las normas sobre el carácter accesorio de la participación lo permiten.⁸⁵ A idéntica conclusión se llegó en Perú antes de la designación expresa de persona interpuesta. En Chile el asunto es más difícil de resolver, porque el Código, que no nombra al intermediario, tampoco tiene una regla de punición para los partícipes no cualificados de un delito especial propio.⁸⁶ Claro está que la punibilidad del partícipe *extraneus*

⁸³ Paradigma de lo cual fue el artículo 250 del Código chileno, hasta la reforma de 1999.

⁸⁴ Cramer expresa esta idea en Alemania con la admonición de que complicidad e investigación en el cohecho del funcionario, en la medida en que consistan en acciones típicas del cohecho del particular, han sido elevadas por la ley a delito *especial*, que no es común respecto de la corrupción del funcionario. Cfr. Cramer: *Straftaten im Amte*, 2271.

⁸⁵ En Colombia, véase Velásquez: *El delito de cohecho*, 210-211. En Argentina, Soler: *Derecho penal*, 209; en México, Jiménez Huerta (2000), 425.

⁸⁶ Para el Perú, véase Montoya Vivanco: *Manual sobre delitos*, 102-103, y Abanto: *Los delitos contra Administración*, 427. En Chile, véase Rodríguez Collao: *Delitos contra la función pública*, 127-130. El caso chileno es curioso, incluso contradictorio, porque el proceder directo o indirecto del agente está previsto en la hermana del cohecho, la concusión (art. 241).

en el cohecho del funcionario implica asumir que tales reglas, allí donde existan, no han sido derogadas por la singularidad bífrente del cohecho.⁸⁷ Siendo así, pudiera ser partícipe de aquel delito también un particular no interpuesto o mediador en las acciones de solicitar, aceptar o recibir, cuyo paradigma es el sujeto beneficiado por la actuación administrativa venal del funcionario, siempre y cuando hubiere obrado de consuno con este.⁸⁸

La participación del *extraneus* es de indudable procedencia en el cohecho del particular. Ahora, si colaborara en las acciones de los dos protagonistas, funcionario y sobornador, castigarle en concurso real de delitos, como se propone en Argentina, parece desmedido.⁸⁹ Resulta más lógica, además de valorativamente correcta, la intuición de un concurso valorativo de leyes, con la consiguiente imposición única de la pena por la participación más grave.⁹⁰

Penalidad

No solo por las conductas punibles sino también por sus sanciones, el delito de cohecho proporciona un modelo de la dependencia cultural del derecho penal. Los años que corren reviven la severidad y desproporción de los castigos de antaño, cargados de simbolismo. A lo largo de la historia el cohecho fue delito capital, particularmente el supuesto del juez o árbitro que recibía dinero para juzgar un pleito. Se sabe, además, que las draconianas penas asociadas —muerte, destierro perpetuo, confiscación de bienes— no consiguieron reducir las corruptelas, sumamente difusas en ciertos países, como en la Alemania medioeval, cuyos artistas serían los primeros en representar a la diosa de la justicia con una venda cubriéndole el rostro como modo de impedir a su émula humana el hábito de hundir

⁸⁷ No es el caso en Brasil. El Código asume un concepto unitario de autor en el artículo 29, por lo cual el cohecho del particular (art. 333) representa una excepción a la regla general, que no distingue autores y cómplices. Cfr. Prado: *Curso de Direito*, 378-379; Bitencourt: *Tratado de Direito penal*, 86.

⁸⁸ Velásquez: *El delito de cohecho*, 210; Ferreira: *Delitos contra la Administración*, 94.

⁸⁹ Creus: *Delitos contra la Administración*, 285.

⁹⁰ Semejante, en Alemania, Kuhlen: *Bestechung*, 5730-5731.

la mirada en los bolsillos de los litigantes adinerados.⁹¹ Los códigos de la etapa clásica, guiados por las directrices republicanas del Código francés, moderaron considerablemente estos castigos. De entonces proviene la decisión político-criminal, atenta al requerimiento de que las penas guarden analogía con los delitos, de sancionar el cohecho con multas e interdicciones, por lo menos en los países donde mayor eco tuvo la revolución de 1789, mientras que los alemanes, más conservadores, retuvieron como alternativa a la multa la pena de prisión.⁹²

Sin embargo, la reforma penal de nuestros días introdujo e incrementó las penas privativas de la libertad también en los países americanos, cuya tónica en el cohecho es hoy la inclemencia, inquietante si nos quedamos en el aspecto puramente nominal de las penalidades –esto es, imaginando la factibilidad legal de reducir las o sustituirlas por otras–, espantosa si las penas previstas llegaran a cumplirse en toda su extensión. En el extremo figura el Código brasileño,⁹³ el colombiano,⁹⁴ el chileno⁹⁵ y el mexicano (en el que la prisión puede llegar a catorce años, pero solo si el monto de la dádiva excede quinientas veces el valor de la unidad económica reajutable del país).⁹⁶ En algunos, los márgenes mínimo y máximo se distancian apreciablemente el uno del otro, con el consiguiente peligro para la certeza

⁹¹ Las numerosas disposiciones germánicas de la Edad Media resultaron inútiles para lidiar contra el *Taschenrichtertum* (magistratura venal), siendo digno de mención que nadie menos que Alberto Dürero fue el autor de la ilustración contenida en el libro *Das Narrenschiff* (1494) de Sebastián Brant, en la que un mentecato situado detrás del sillón judicial pone la venda a la diosa, otrora vidente, en la imagen de Temis. Hoy se la puede contemplar en la ilustración 71 de la óptima edición castellana de Antonio Regales Serna. Cfr. Brant: *La nave de los necios*, 268. Véanse, además, Radbruch: *Caricaturas de la justicia*, 99-100; *Sbriccoli: La benda della giustizia*, 155-208.

⁹² Arts. 177 y 179 del Código francés de 1810; 314, 315 y 316 del español de 1848; 248 a 250 del Código chileno de 1875. Compárese los con las puniciones de los arts. 88 y 89 del Código austriaco de 1803 (prisión de seis meses a un año, además de la entrega de la dádiva a una caja de pobres del lugar de comisión del delito) y 331 del Código alemán de 1870 (multa o prisión hasta seis meses).

⁹³ Código Penal brasileño, artículos 317 y 333. Reclusión hasta doce años.

⁹⁴ Código Penal colombiano, artículo 405. Hasta ciento cuarenta y cuatro meses.

⁹⁵ Código Penal chileno, artículo 248 bis. Hasta diez años.

⁹⁶ De ser inferior, la prisión va de tres meses a dos años (art. 222). La solución es inteligente, pero no responde al principio de analogía o similitud cualitativa de la pena con el delito, sino a otro, de proporción apenas cuantitativa.

y seguridad de los justiciables, particularmente amenazadas en los procesos por cohecho, que suelen ser mezquino cauce de desquites personales y venganzas políticas.⁹⁷

Salvo en el Código argentino, la multa es pena conjunta de la privativa de la libertad. Las inhabilitaciones para el ejercicio de derechos y funciones públicas reemplazaron en los códigos colombiano, argentino, peruano y chileno la inane pena decimonónica de suspensión del cargo, en lo que se debe tener presente que el impedimento oficial, que se acumula con las sanciones pecuniarias y de prisión, puede ser perpetuo o absoluto en algunas formas del delito, una consecuencia indicada para los odiosos cohechadores políticos. Las penalidades del cohecho del funcionario que vende actos del cargo son menores que la ejecución de ilicitudes ministeriales, un acierto de estos códigos, exceptuados los de Argentina y México. Merecedor de aplausos es el empeño del Código peruano en sancionar más severamente al servidor público por pedir que por acoger el donativo.⁹⁸ Por el contrario, el Código chileno reserva el castigo diferenciado solo al particular en la letanía de incisos del artículo 250, siendo sobremanera indicativo de los poderes subterráneos y la hipocresía de la legislación penal del país.

Por último, el propósito de reprimir de manera similar o igual las conductas corruptas del empleado público y del sobornador privado, presente en el Código argentino y dominante en el mexicano y el brasileño, admite la crítica de que aquel infringe unos deberes que no empecen a este.⁹⁹ Sin embargo, la idea está lejos de ser descabellada, si se repara en que el bien jurídico ofendido (la independencia de las funciones oficiales) es el mismo para los dos, y en que la cotidiana renovación de una experiencia retrógrada en la materia no deja a los particulares mejor parados que a los funcionarios, máxime cuando son poderosos o piensan que el Estado es un botín personal.¹⁰⁰

⁹⁷ La doctrina actual dedica poquísima o nula atención a estos y otros problemas de la penalidad del cohecho. Cfr. Bitencourt: *Tratado de Direito penal*, 93 y 212.

⁹⁸ Código Penal peruano, artículos 393 y 394.

⁹⁹ Fragoso: *Lições de Direito penal*, 441 y 493; Prado: *Curso de Direito*, 500.

¹⁰⁰ Sirva esta observación empírica como encadenamiento del dato normativo con las conclusiones que consignamos en seguida.

Conclusiones

Allende las diferentes fuentes de inspiración y la variedad de tipos delictuosos, es innegable que los códigos examinados revelan un intenso proceso de reformas de los delitos de cohecho en los últimos lustros. Las modificaciones han sido de envergadura, incluso al quebrar tradiciones legislativas, como, por ejemplo, el creciente abandono de la bilateralidad del delito, un hecho consumado en varios países, y la pujante arremetida del cohecho asociado al cargo o a la función.

De modo que lo que distancia a los códigos iberoamericanos de conformar un sistema sobre el particular, no impide reunirlos en el marco de un esfuerzo político-criminal compartido. Es de deplorar, empero, que los distinga también la persistente impotencia del aparato punitivo, con lo cual nos referimos a su armadura de criminalización primaria para ser eficaz frente al fenómeno.

En parte, esto se debe a defectos inadvertidos de las reformas, varias aprobadas en un ambiente reactivo y con propósitos demagógicos. Tampoco faltan huecos dejados deliberadamente abiertos. No parece que alguna vez se haya querido remontar el caudal de la corrupción hasta su matriz, que yace en la unión del poder económico y el poder político, sin olvidar la estructura social que posibilita y mantiene el connubio. Las investigaciones criminológicas, aunque no muy abundantes, no dejan duda alguna al respecto: la corrupción, sobre todo cuando es rampante, expresa un cuadro mayor de explotación social, destinado naturalmente a corroer la ética pública.¹⁰¹

Aunque suene paradójico, estas condiciones explican la desproporción de las puniciones, los premios concedidos a los delatores y las insidias tendidas al principio de taxatividad de los delitos en los ordenamientos consultados. Las mismas condiciones de deterioro moral dan cuenta de que los “equivalentes funcionales de la pena” son un aliado de las prácticas corruptas, como la delación compensada y la permisión del llamado *lobby*, paradigma “legal” del imperio del interés privado sobre los asuntos públicos.

¹⁰¹ Ejemplar en este sentido el excelente libro: Habib: *Brasil. Quinhentos anos de corrupção*, especialmente 75-78.

El análisis técnico de los códigos penales no puede prescindir de las amenazas que los circundan, tampoco de las fuerzas que desde su interior marchan en el sentido opuesto del que las normas disponen. Si el cohecho es síntoma de debilidad de la república, la extensión de las disposiciones penales correlativas no es en absoluto prenda de seguridad para combatirlo. También por ello he considerado indicado citar *in extenso*, a continuación, los artículos correspondientes de los códigos trabajados.

Apéndice: legislaciones

Código Penal de Argentina (1921)

Art. 77: Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas [...]. Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Art. 256: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Art. 257: Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

Art. 258: Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

Art. 259: Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran

entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Art. 259 bis: Respecto de los delitos previstos en este capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

Código Penal de Brasil (1940)

Art. 327. (Funcionario público): Para los efectos penales se considera funcionario público a quien ejerce cargo, empleo o función pública, así sea transitoriamente o sin remuneración. § 1°. Es equiparado a funcionario público quien ejerce cargo, empleo o función en una entidad paraestatal, y quien trabaja para una empresa prestadora de servicio contratada o con convenio para la ejecución de actividad típica de la Administración pública. § 2°. La pena será aumentada en un tercio cuando los autores de los crímenes previstos en este capítulo ocuparen cargos en comisión o funciones de dirección o asesoría de órgano de administración directa, sociedad de economía mixta, empresa pública o fundación instituida por el poder público.

Art. 317. (Corrupción pasiva): Solicitar o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, incluso al margen de la función o antes de asumirla, pero en razón de esta, ventaja indebida, o aceptar promesa de tal ventaja. Pena: reclusión de dos a doce años, y multa. § 1°. La pena será aumentada en un tercio si, como consecuencia de la ventaja o promesa, el funcionario retarda o deja de realizar cualquier acto de su oficio, o lo realiza infringiendo un deber de la función. § 2°. Si el funcionario realiza, deja de realizar o retarda acto del oficio, con infracción de un deber de la función, cediendo al pedido o la influencia de otro. Pena: detención de tres meses a un año o multa.

Art. 333. (Corrupción activa): Ofrecer o prometer ventaja indebida a funcionario público, para determinarlo a realizar, omitir o retardar acto del oficio. Pena: reclusión de dos a doce años y multa. Parágrafo único: La pena será aumentada en un tercio si, debido a la ventaja o promesa, el funcionario retarda u omite un acto del oficio, o lo realiza infringiendo un deber de la función.

Código Penal de Colombia (2000)

Art. 20. (Servidores públicos): 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 los que trata el art. 338 de la Constitución Política.

- Art. 405. (Cohecho propio): El servidor público que reciba, para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (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.
- Art. 406. (Cohecho impropio): El servidor público que acepte, para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en 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. El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en 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.
- Art. 407. (Cohecho por dar u ofrecer): El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos arts. anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (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 ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Código Penal de Chile (1875)

Art. 248: El empleado público que debido a su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, 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 cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Art. 248 bis: El 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, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo 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 cien a mil unidades tributarias mensuales. Si la infracción al deber del cargo consistiere 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, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

Art. 249: El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, 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 ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales. Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.

Art. 250: El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del art. 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los arts. 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en razón del cargo del empleado público en los términos del inciso primero del art. 248, el sobornante será sancionado, además, 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. Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones del inciso segundo del art. 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el art. 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido. Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el art. 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o con reclusión menor en sus grados medio a máximo, 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.

Art. 250 bis: En los casos en que el delito previsto en el art. anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los arts.

248 o 248 bis que mediere en causa criminal a favor del imputado, y fuere 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, solo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

Art. 251 quater: El que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los dos párrafos anteriores será condenado, además, a la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, en cualquiera de sus grados, para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.

Art. 251 quinquies: En el caso de los delitos previstos en los arts. 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos: 1.º, cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones, o 2.º, cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos: a) La designación de una persona en un cargo o función pública; b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos; c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin

finés de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento. Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito.

Art. 251 sexies: No será constitutivo de los delitos contemplados en los arts. 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación (se omite el inciso segundo).

Art. 260: Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, 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 de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

Art. 260 bis: En los delitos contemplados en los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis de este Título el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr desde que el empleado público que intervino en ellos cesare en su cargo o función. Sin embargo, si el empleado, dentro de los seis meses que siguen al cese de su cargo o función, asumiere uno nuevo con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, el plazo de prescripción empezará a correr desde que cesare en este último.

Art. 260 ter: Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis, el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.

Art. 260 quater: Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal de los delitos contemplados en los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis, la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior. El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación,

si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales. La circunstancia atenuante prevista en este artículo no se aplicará a los empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular o de exclusiva confianza de estos, o de alta dirección pública del primer nivel jerárquico; a los que sean fiscales del Ministerio Público; ni a aquellos que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerzan jurisdicción.

Código Penal Federal de México (1931)

Art. 212: Para los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda 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 estas, 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. Las disposiciones contenidas en el presente Título son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal. Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente. De manera adicional a dichas sanciones, se impondrá a los responsables de su comisión, la pena de destitución y la inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación por un plazo de uno a veinte años, atendiendo a los siguientes criterios: I. Será por un plazo de uno hasta diez años cuando exista daño o perjuicio o cuando el monto de la afectación o beneficio obtenido por la comisión del delito no exceda de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización; II. Será por un plazo de diez a veinte años si dicho monto excede el límite señalado en la fracción anterior. Para efectos de lo anterior, el juez deberá considerar, en caso de que el responsable

tenga el carácter de servidor público, además de lo previsto en el art. 213 de este Código, los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba cuando incurrió en el delito. Cuando el responsable tenga el carácter de particular, el juez deberá imponer la sanción de inhabilitación para desempeñar un cargo público, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, concesiones, servicios u obras públicas, considerando, en su caso, lo siguiente: I. Los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones; II. Las circunstancias socioeconómicas del responsable; III. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución; IV. El monto del beneficio que haya obtenido el responsable. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena. Cuando los delitos a que se refieren los arts. 214, 217, 221, 222, 223 y 224, del presente Código sean cometidos por servidores públicos electos popularmente o cuyo nombramiento este sujeto a ratificación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, las penas previstas serán aumentadas hasta en un tercio.

Art. 213: Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el juez tomará en cuenta, en su caso, el nivel jerárquico del servidor público y el grado de responsabilidad del encargo, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

Art. 213 bis: Cuando los delitos a que se refieren los arts. 215, 219 y 222 del presente Código, sean cometidos por servidores públicos miembros de alguna corporación policiaca, aduanera o migratoria, las penas previstas serán aumentadas hasta en una mitad.

Art. 222: Cometén el delito de cohecho: I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II. El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el art. 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión; III. El legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del

proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite: a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo; b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales. Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo. Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones. 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. 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.

Código Penal del Perú (1991)

Art. 393. (Cohecho pasivo propio): El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad

no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Art. 394. (Cohecho pasivo impropio): El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Código penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Art. 395. (Cohecho pasivo específico): El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influirlo a decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 26 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 26 del Código penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

Art. 395-A. (Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial): El miembro de la policía nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación

conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36. El miembro de la policía nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del Código penal. El miembro de la policía nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del Código penal.

Art. 395-B. (Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial): El miembro de la policía nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36. El miembro de la policía nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36.

Art. 396. (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales): Si en el caso del art. 395, el agente es secretario judicial, relator especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Art. 397. (Cohecho activo genérico): El que, bajo cualquier modalidad, 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, será reprimido con 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El que, bajo cualquier modalidad, 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 la obligación, será reprimido con pena 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Art. 398. (Cohecho activo específico): El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asuntos sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el que ofrece o corrompe 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 trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Art. 398-A. (Cohecho activo en el ámbito de la función policial): El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Art. 398-B. (Inhabilitación): En los supuestos del art. 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la policía nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva,

según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del art. 36.

Art. 425. (Funcionario o servidor público): Son funcionarios o servidores públicos: 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. Todo aquel que, 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 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.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, 2.^a ed., Lima: Palestra Editores, 2003.
- Antolisei, Francesco: *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*. Editado por Luigi Conti, 2 vols, 9.^a ed., Milano: Giuffrè, 1986.
- Bielsa, Rafael: *Derecho administrativo*, 5 vols., 5.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 1956.
- Binding, Karl: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 2 vols., Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902-1905 (reimpresión de Keip Verlag, Goldbach, 1997).
- Bitencourt, Cesar Roberto: *Tratado de Direito penal*, 5 vols., t. V, São Paulo: Saraiva, 2007.
- Buompadre, Jorge Eduardo: *Delitos contra la Administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Corrientes: MAVE, 2001.
- Caro John, José: *Summa penal*, 2^a ed., Lima: Editorial Nomos & Thesis, 2017.
- Carrara, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, t. V de la Parte especial, Traducido por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1961.
- Corominas, Joan: *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3.^a ed., Madrid: Gredos, 1997.

- Cramer, Peter: “Straftaten im Amte”, en Adolf Schönke – Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25.^a ed., München: C.H. Beck, 1997.
- Creus, Carlos: *Delitos contra la Administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código penal*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.
- Donna, Edgardo Alberto: *Derecho penal. Parte especial*, 5 vols., t. III, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- Ferreira, Francisco J.: *Delitos contra la Administración pública*, 3.^a ed., Bogotá: Temis, 1995.
- Fiandaca, Giovanni y Enzo Musco: *Diritto penale. Parte speciale*, 2 vols., t. I, Bologna: Zanichelli, 1988.
- Fischbach, Óscar Georg: *Teoría general del Estado*, Traducido por Rafael Luengo Tapia, Barcelona: Editorial Labor, s.f.
- Fragoso, Heleno Cláudio: *Lições de Direito penal. Parte especial*, 2 vols., t. II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- García Palominos, Gonzalo: “Incompatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (arts. 248 y ss. CP)”, en *Política Criminal*, 14 (27), julio, art. 5, Santiago de Chile, 2019, 122-172.
- García Villegas, Mauricio y Javier Revelo: *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*, Bogotá: Dejusticia, 2010.
- Gómez Martín, Víctor (2012): “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: una distinción necesaria para los delitos especiales del funcionario”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 8, Santiago de Chile, 2012, 3-44.
- Guzmán Dalbora, José Luis: *Colectánea criminal. Estampas de la Parte especial del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2017.
- Habib, Sérgio: *Brasil. Quinhentos anos de corrupção. Enfoque sociohistórico-jurídico-penal*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.
- Hartmann Nicolai (2011): *Ética*, presentación y traducción de Javier Palacios, Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.
- Hernández Basualto, Héctor: “La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho”, en *Revista de Ciencias Penales*, 6.^a época, XLIII (4), Santiago de Chile, 2006, 15-27.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., 2.^a ed., T. I, Buenos Aires: Losada, 1956.
- Jiménez Huerta, Mariano: *Derecho penal mexicano*, 5 vols., 6.^a ed., México: Porrúa, 2000.

- Kindhäuser, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, traducido por Percy García Cavero, en *Revista Electrónica Política Criminal*, n.º 3, A1, Santiago de Chile, 2007, 1-18.
- Kindhäuser, Urs: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., 2.ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2005.
- Kuhlen, Lothar: “Bestechung”, en Urs Kindhäuser – Ulfrid Neumann – Hans-Ullrich Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 2 vols., 2.ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2005.
- Lombana Villalba, Jaime A.: “La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la función pública”, tesis doctoral de la Universidad de León de España, 2013.
- Loos, Fritz: “Del ‘bien jurídico’ en los delitos de cohecho”, traducido por José Luis Guzmán Dalbora, en: Kai Ambos – Hennig Radtke, *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, 143-162.
- Luisi, Nicola Demetrio: “Considerazioni sulla determinatezza normativa della legislazione romana in materia di ‘crimen repetundarum’”, en Gabriele Fornasari – Nicola Demetrio Luisi, *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova: Cedam, 2003, 163-211.
- Martín, Jorge L.: *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Malen Seña, Jorge F.: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- Miller, Neumas: “Corruption”, en Edward N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/corruption/>, 2008.
- Montoya Vivanco, Iván: *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Morris, Stephen D.: *Corrupción política en el México contemporáneo*, México: Siglo XXI Editores, 1992.
- Newman Pont, Vivian y María Paula Ángel Arango: *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*, Bogotá: Dejusticia, 2017.
- Magalhaes Noronha, E.: *Direito penal*, 4 vols., t. IV, São Paulo: Saraiva, 1962.
- Oliver Calderón, Guillermo: “Aproximación al delito de cohecho”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, 83-115.

- Oliver Calderón, Guillermo: “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N. 19.829, de 1999)”, en *Revista Chilena de Derecho*, 30 (1), Santiago de Chile, 2003, 39-53.
- Orellana Vargas, Patricio: “Chile, un caso de corrupción oculta”, en *Revista de Sociología*, 21, Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 2007, 257-272.
- Peña Ossa, Erleans de Jesús: *Delitos contra la Administración pública*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.
- Pérez, Luis Carlos: *Derecho penal. Partes general y especial*, 5 vols., t. III (De los delitos en particular), Bogotá: Temis, 1984.
- Pessina, Enrico: *Elementi di Diritto penale*, 3 vols., Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, 1882-1885.
- Prado, Luiz Regis: *Curso de Direito penal brasileiro*, 5 vols., 4.ª ed., t. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Prado, Luiz Regis: “Los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en las transacciones comerciales internacionales conforme al Código penal brasileño”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de Madrid*, 3.ª época, 1, enero, 2009, 147-173.
- Puit, José du: “Corrupción en el Perú. Breve reseña histórica”, en *Anuario de Derecho penal*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, 101-112.
- Quiroga, Hugo: “El Estado faccioso en la Argentina. Corrupción de principios, corrupción de las instituciones”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 20 (40), segundo semestre, 2018, 233-257.
- Radbruch, Gustav: *Caricaturas de la Justicia. Litografías de Honoré Daumier, Guzmán Dalbora*, traducido por José Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.
- Ramos Mejía, Enrique: *El delito de concusión. (Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública)*, Buenos Aires: Depalma, 1963.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: “El Derecho penal en América Latina a finales del siglo XX”, en *Revista Direito e Cidadania*, IV (10-11), Praia (Cabo Verde), 2000-2001, 33-54.
- Roberts, Edward A. y Bárbara Pastor: *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid: Alianza, 2005.
- Rodríguez Devesa, José María: “Cohecho”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Barcelona: Seix, 1952, 354-364.

- Rodríguez Collao, Luis y María Magdalena Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública*, 2.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Sánchez González, Dolores del Mar: “Protocolo y Derecho: juridicidad del protocolo”, en *Revista Estudios Institucionales*, V (8), Madrid, 2018, 215-225.
- Sánchez González, José Juan: *La corrupción administrativa en México*, México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2012.
- Sbriccoli, Mario: “La benda della giustizia. Iconografia, Diritto e leggi penali dal Medioevo all’Età Moderna”, en Mario Sbriccoli, *Storia del Diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, 2 vols., t. I, Milano: Giuffrè, 2009, 155-208.
- Scheler, Max: *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, traducido por Hilario Rodríguez de Sanz, 3.^a ed., Madrid: Caparrós Editores, 2011.
- Schünemann, Bernd: “Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrbekG”, en Gerhard Dannecker – Winrich Langer – Otfried Ranft – Roland Schmitz – Joerg Brammsen, *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April*, Köln – Berlin – München: Carl Heymanns, 2007, 777-798.
- Seelmann, Kurt: “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, traducido por Juan Pablo Montiel, en Juan Pablo Montiel (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 73-82.
- Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, 5 vols., t. V, 4.^a ed., actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1988.
- Stammler, Rudolf: *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducido por Wenceslao Roces, Madrid: Editorial Reus, 1930.
- Velásquez Velásquez, Fernando: “El delito de cohecho y sus manifestaciones”, en Fernando Velásquez Velásquez – Renato Vargas Losano, *Problemas actuales del Derecho penal*, vol. I, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2016, 207-243.
- Vidaurre Aréchiga, Manuel: *Hacia un Código penal único sustantivo nacional. Reflexiones, argumentos y sugerencias*, México: Porrúa, 2014.
- Warnken, Cristián y Ernesto Pfeiffer (eds.): *Pasión de enseñar. (Pensamiento pedagógico)*, Valparaíso: Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2018, 83-87.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Los Códigos penales de Latinoamérica”, en: *SCJN, Códigos penales de los países de América Latina*, México: SCJN / Ilanud, 2000.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS DISTINTOS MODELOS LEGISLATIVOS

Carla Salvatori

RESUMEN. En la última década, distintos países de América Latina han sancionado leyes que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. El objetivo de este trabajo consiste en examinar ciertas formas en que pueden vincularse corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina, a partir del análisis de la Ley 27.401 y de su comparación con leyes de otros países recientemente promulgadas que también establecen esta clase de responsabilidad, a fin de reflexionar acerca de si –y cómo– esta medida legislativa puede influir en la prevención, detección e investigación de aquella clase de delitos. Para ello, se evaluarán aspectos relativos al sistema de responsabilidad que cada una de ellas establece, a sus disposiciones de carácter procesal y a las previsiones normativas tendientes a incentivar la colaboración por parte de la persona jurídica.

Palabras clave: personas jurídicas, corrupción, modelos legislativos, sistemas de responsabilidad, acuerdos de colaboración.

ABSTRACT. In the last decade, different Latin American countries have adopted laws that establish the criminal liability of legal entities for corruption. The aim of this article is to examine certain ways in which corruption and the criminal liability of legal entities in Argentina can be linked, based on an analysis of Law 27,401, and its comparison with recently enacted laws in other countries that also establish this kind of liability, in order to reflect on whether –and how– these legislative measures can influence the prevention, detection and investigation

of this class of crimes. The article will evaluate aspects related to the system of liability that each of such measures establishes, as well as their procedural provisions and the regulatory provisions designed to encourage collaboration by legal entities.

Keywords: Legal entities, corruption, models of legislation, systems of liability, cooperation agreements.

Introducción

En el año 2017 fue sancionada en Argentina la Ley 27.401, la cual establece la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos vinculados a la corrupción estatal.¹

De acuerdo con la lógica que subyace a la confección del proyecto originalmente presentado ante el Poder Legislativo, su sanción guarda una relación directa con el fin de combatir delitos de corrupción. En este sentido, en los fundamentos del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación es posible hallar múltiples referencias al efecto positivo que sus disposiciones, de ser aprobadas, ejercerían sobre la prevención, detección e investigación de ilícitos de esta clase. Allí puede leerse:

[...] el objetivo del régimen propuesto es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción mediante la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la administración pública por medio de implementación de programas de integridad, y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.²

¹ Los delitos contemplados en la ley son: cohecho y tráfico de influencias (nacional y transnacional), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos y, por último, la publicación, certificación o autorización de balances e informes falsos agravados con el fin de ocultar la comisión del delito de cohecho o de tráfico de influencias.

² Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional n.º 127, 20 de octubre de 2016, 1-2. En el mismo texto se pueden encontrar otras referencias similares: "Se trata de promover que, a través de la implementación de políticas y procedimientos internos, las personas jurídicas –que están en una óptima posición para detectar los incumplimientos que se dan en el marco de sus actividades y operaciones– alineen sus objetivos sociales, comerciales y/o económicos con una cultura de integridad y prevención de los delitos contra la administración pública", y "la amenaza de sanción a las personas jurídicas y la posibilidad cierta de mitigar su responsabilidad cuando hubieran colaborado en la prevención y detección de los delitos contra la administración pública son

Esta decisión del legislador argentino no representa un fenómeno singular. Por el contrario, otros países de América Latina también han regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dirigida –aunque no exclusivamente– a asignar consecuencias a su intervención en hechos de corrupción –como Chile³ (Ley 20.393 del 2009) y Perú⁴ (Ley 30.424 del 2017)–.⁵ A su vez, el establecimiento de alguna clase de responsabilidad para las personas jurídicas se encuentra en consonancia con lo reclamado por instrumentos internacionales tendientes a la persecución de estos ilícitos –como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores

herramientas para aumentar la prevención de la corrupción y, al mismo tiempo, robustecer la eficacia en la persecución y el castigo de los partícipes individuales” (sin cursiva en el original).

³ Originariamente, esta norma limitó la responsabilidad a la comisión de los delitos de cohecho, cohecho transnacional y encubrimiento por receptación (lavado de activos). En el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó la presentación del proyecto se lee: “el establecimiento de una normativa que permita responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos señalados *servirá como un verdadero aliciente para que éstas adopten medidas de autorregulación*, logrando de esta forma armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público”. Mensaje del Ejecutivo, Boletín 6423- 07, sin cursiva en el original. En sucesivas reformas (leyes 20.931 y 21.121), este conjunto se amplió a los delitos de negociación incompatible, corrupción entre privados, apoderamiento indebido y administración fraudulenta, y se reforzó, de este modo, la unión con el fenómeno de la corrupción.

⁴ Si bien el legislador, en este caso, titula la norma con referencia a la “responsabilidad administrativa” de las personas jurídicas, la sanción será impuesta por un juez penal, en el marco de un proceso penal en el que a la persona jurídica le asistirán todos los derechos y garantías del imputado, y dependerá de la expresión de un cierto grado de culpabilidad por parte de ella, por lo que se entiende que se trata, en rigor, de responsabilidad penal. Cfr. Caro Coria: *Lex Latin*, 2017. Al igual que en el caso de Chile (*supra*, nota 3), el catálogo de delitos cuya comisión puede suscitar la responsabilidad de las personas jurídicas se amplió por sucesivas reformas. Primigeniamente, la ley previó solo su responsabilidad por el delito de cohecho transnacional, pero el Decreto Legislativo n.º 1352 incorporó los delitos de cohecho (nacional), lavado de activos y colaboración con el terrorismo, y, luego, la Ley 30.835 los de colusión y tráfico de influencias.

⁵ A nivel regional, en 2014, México también modificó su normativa penal y, en los artículos 27 bis y siguientes del Código Penal para el Distrito Federal, reguló la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas para todos los delitos dolosos o imprudentes, al tiempo que adaptó sus disposiciones procesales. Cfr. Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 421 a 425. Por su parte, Brasil sancionó en el año 2013 la Ley 12.846, pero esta prevé la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por hechos contra la administración pública, nacional o extranjera.

Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales—, si bien la letra de estos tratados admite también que la responsabilidad sea de naturaleza civil o administrativa.⁶

El objetivo del presente trabajo consiste en evaluar la vinculación entre corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del análisis de ciertos rasgos característicos de la Ley argentina 27.401 y de su comparación con dos leyes recientemente sancionadas en otros países de América Latina.⁷ Ello con el fin de reflexionar acerca de si, y en todo caso cómo, esta medida legislativa puede influir en la prevención, detección e investigación de estos delitos.

Aunque el análisis aquí propuesto implica en términos lógicos el reconocimiento previo de la posibilidad de establecer legislativamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se dará el debate sobre la corrección de admitir a estas como sujetos activos en la comisión de ilícitos, ni aquel sobre la superioridad de un determinado sistema de atribución de responsabilidad desde una óptica constitucional. En este último sentido, el derecho positivo constituirá un punto de partida que no será objeto de controversia, pese a que el sistema de responsabilidad construido legislativamente revista relevancia en el análisis a efectuar y su evaluación constituya, por lo tanto, uno de los tópicos de estudio.⁸

⁶ Cfr. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 26; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 10; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, artículo 2. A su vez, la relevancia del papel que desempeña la previsión de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas para asegurar una persecución eficiente de hechos de corrupción se defiende en atención al rol preponderante que ellas ocupan en la comisión de esa clase de ilícitos. En este sentido, véase, entre otros, Rose-Ackerman: *Forum on Crime and Society*, vol. 2, n.º 1, 2002, 3-21. En el ámbito argentino, Rusca: *Revista de la Facultad*, III (2), 2012, donde se efectúa una evaluación sobre un conjunto más amplio de problemas político-criminales en la persecución de delitos de corrupción.

⁷ Si bien podría haberse optado por trabajar con otra regulación, en virtud de los sistemas de responsabilidad previstos, así como de las disposiciones relativas a la colaboración de la persona jurídica en ellas contenidas, estas dos normas resultan fértiles para el ejercicio de comparación con la ley argentina.

⁸ Sobre la necesidad, en el caso argentino, de una interpretación que tienda a armonizar la letra de la ley con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, véase Lerman y Salvatori: *ZStW*, 2020. Asimismo, también específicamente sobre la ley argentina, con relación a los problemas al demandar, una vez establecido que la persona jurídica ha cumplido con

El examen se asentará en ciertas premisas que constituyen la base del análisis económico del derecho, cuyos puntos de partida más básicos podrían sintetizarse en las siguientes dos ideas: “las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad o bienestar en los más diversos contextos de la vida social”, es decir, actúan como sujetos racionales, y “las reglas legales contienen precios, a veces no monetarios o precios sombra, que incentivan de manera determinada a las decisiones humanas, de un modo algo análogo al modo en el cual lo hacen los precios monetarios”.⁹

En el ámbito de la economía del delito, ello se traduce, en su formulación más simple y esquemática, en que ese sujeto racional “tiene incentivos para cometer un delito cuando la ganancia derivada de éste es mayor que la probabilidad subjetivamente estimada de que sea sancionado, multiplicada por la cuantía esperada de la condena o, para ambos casos, su sustituto en dinero”.¹⁰ En particular respecto de los delitos de corrupción, su campo es considerado un terreno especialmente fértil para un análisis en términos económicos.¹¹

Por otro lado, en el marco de este trabajo, dada la constatación de una tendencia clara al establecimiento de responsabilidad de carácter *penal*, la discusión acerca de la forma en que influye la naturaleza del reproche no será abordada y el objetivo será entonces evaluar cómo su concreta regulación y la previsión de ciertos institutos específicos repercuten en el modo en que se organiza una persona jurídica –y, como derivación, su influencia en la comisión de delitos de corrupción–.

todo aquello que le era exigible, requisitos extra a fin de eximirlo de pena, véase Orce y Trovato: *La Ley*, 2018. Allí se presenta una crítica al resultado de esta combinación entre distintas maneras de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁹ Stordeur: *Análisis económico del derecho*, 17.

¹⁰ Stordeur: *Análisis económico del derecho*, 342. Texto basado en el desarrollo pionero aparecido en Becker: *The Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968.

¹¹ Destacando el componente predominante de interés individual que determina la comisión de esta clase de delitos: Rose-Ackerman: *The institutional economics of corruption*, 62-63, donde se refiere a su obra *Corruption. A Study in Political Economy* (1978). En igual dirección, Ortiz de Urbina observa que, de los obstáculos que pueden erigirse para la disuasión, dos de ellos (el conocimiento del derecho y la elección racional) aparecen desdibujados en este ámbito. Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno: *El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal*, 141.

Sin duda, si un reproche penal es, desde una perspectiva preventiva, el más conveniente, constituiría un primer interrogante a resolver y sería por lo menos dudoso el resultado al que se arribaría luego de un examen profundo de la cuestión.¹² No obstante, al menos en virtud del extremo arriba mencionado –esto es, la decisión de diversos países a nivel regional de establecer esta clase de responsabilidad–, la propuesta que aquí se efectúa conserva su interés.

Se evaluará la incidencia que posee la amenaza de una sanción dirigida no a sus miembros sino a la persona jurídica, la relevancia que tendrán en este contexto las disposiciones de carácter procesal y el papel que desempeñan las disposiciones que tienden a incentivar la colaboración de la persona jurídica en el marco del proceso penal.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas como amenaza de sanción

Sanciones para la persona jurídica

La previsión de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción supondrá crear una expectativa de sanción que amenaza a la empresa,¹³ lo cual debería hacer nacer o reforzar el interés en quienes la dirigen por evitar que sus miembros cometan esta clase de ilícitos.

En efecto, regular un sistema de sanciones imponibles a la persona jurídica debería conllevar la generación de un incentivo tendiente a procurar erradicar la comisión de ilícitos en su seno, especialmente para los encargados de su dirección.

¹² En este sentido, véase Rose-Ackerman: *Forum on Crime and Society*, 2 (1), 2002, 12-13. Sobre las derivaciones de establecer una responsabilidad penal o civil y en pos de una respuesta negativa a la pregunta planteada, véase Khanna: *Harvard Law Review*, 109 (7), 1997.

¹³ El concepto de “persona jurídica” es más amplio que el de “empresa”, y, en efecto, las leyes son aplicables a un conjunto más extenso (cfr. Ley 27.401, artículos 1 y 148 del Código Civil y Comercial; Ley 20.393, artículo 2; Ley 30.424, artículo 2). Sin embargo, debido a su casi absoluta “intercambiabilidad” en este contexto, donde se analizarán supuestos de privados involucrados en hechos de corrupción estatal, para los cuales serán preponderantes organizaciones de esta clase, en el marco del presente trabajo “persona jurídica” y “empresa” se utilizarán como sinónimos.

Es cierto que habitualmente se encuentra tipificada la responsabilidad de la persona física que actúa como contraparte en una transacción ilícita con un agente estatal y, por lo tanto, de no existir la responsabilidad penal de la persona jurídica, los comportamientos de quien actúa desde la empresa no estarían absolutamente sustraídos de una sanción,¹⁴ pero estos solo suscitarían su responsabilidad individual.

Las razones por las cuales esta respuesta –una nuda responsabilidad individual–¹⁵ es deficitaria son múltiples.¹⁶ Centralmente, interesa destacar aquí que, en muchas ocasiones, al tratarse de instituciones complejas, no existirá una persona física de quien resulte posible predicar con precisión la comisión del ilícito culpable, en tanto su ejecución puede adquirir una forma tal que la responsabilidad se presente segmentada o asperjada entre diversos miembros de una empresa.¹⁷ Asimismo, puede suceder que la persona física que, de acuerdo con la implementación de las herramientas e institutos tradicionales del derecho penal, debería ser considerada como responsable no se condice con quien (o quienes), de conformidad con un adecuado entendimiento del funcionamiento de la empresa, debería(n) cargar con el principal reproche. Así, en ciertos casos, pese a que resulte posible la identificación de la persona física que ejecutó el comportamiento típico, el reproche dirigido a ella no llegará a captar la situación que explica su conducta, esto es, aquello que sucede de parte de la empresa. En el

¹⁴ El cohecho activo, respecto de personas individuales, se encuentra legislado en el artículo 258 del Código Penal argentino, artículo 250 del Código Penal chileno y en el artículo 397 del Código Penal peruano.

¹⁵ Conviene recordar que, de conformidad con lo expuesto *supra*, el presente trabajo ha dejado de lado el establecimiento de otras clases de responsabilidad para las personas jurídicas como hipótesis posibles, para atender únicamente a las eventuales consecuencias de una regulación de naturaleza penal.

¹⁶ Una detallada exposición de esta cuestión, que contiene los motivos mencionados a continuación y otros que no se presentarán aquí, puede verse en Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 37-84.

¹⁷ Para describir estos supuestos es sumamente apropiada, tal como señalan Ortiz de Urbina Gimeno y Sarraibayrouse, la expresión “irresponsabilidad organizada” de Schünemann, a la cual hacen referencia al evaluar ciertos aspectos vinculados al funcionamiento de instituciones complejas que, desde la óptica de la política criminal, resultan problemáticos. Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno y Sarraibayrouse: *Informe sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 58.

mismo sentido, la eventual posibilidad de sustituir a las personas físicas, incluso a aquellas que se encuentran en cargos directivos, conlleva que a la empresa le resulte, en lo sustancial, indiferente una medida penal adoptada en contra de uno de sus miembros.

Como una constante en estos casos, las políticas de funcionamiento de la persona jurídica difícilmente resultan alteradas por la amenaza de sanción contra los individuos y, en consecuencia, no existirá un incentivo fuerte para procurar una organización de la persona jurídica capaz de disuadir de la comisión de ilícitos.

Por ello, el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas crea un interés en las personas correctas, esto es, en quienes pueden organizar a la persona jurídica y trazar los lineamientos para la actuación de sus miembros.¹⁸

Ahora bien, esta motivación para proceder a la adopción de medidas de prevención y detección del delito puede robustecerse en función del modelo de responsabilidad elegido, debido a que, según el caso, podría ejercerse una mayor o menor influencia en el interés por organizarse correctamente y evitar la comisión de ilícitos.

Influencia del sistema de responsabilidad

Al analizar esta cuestión, las normas mencionadas inicialmente difieren en sus previsiones. En el caso argentino, el resultado del proceso de formación de la Ley 27.401 no es claro y puede ser descrito como una mixtura de concepciones diversas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El proyecto original presentado por el Poder Ejecutivo afirmaba que lo pretendido era “responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna”,¹⁹ al tiempo que su texto exigía que el delito resultara consecuencia de un control y supervisión inadecuados. Sin embargo, durante el trámite legislativo, por un lado, se eliminó la referencia a esta exigencia, al establecer en el artículo 2 la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos que hubieren sido realizados, directa o

¹⁸ Rose-Ackerman: *Forum on Crime and Society*, 2 (1), 2002, 13.

¹⁹ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional n.º 127, 7.

indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Por otro, el cumplimiento de los deberes referidos –de control y supervisión– quedó relegado a un parámetro para la mensuración de la pena²⁰ y a un requisito, entre otros dos –la devolución del beneficio indebido obtenido y la denuncia espontánea del hecho ilícito–, para lograr la exención de toda responsabilidad.²¹

De esta manera, en una lectura que se atenga a la letra de estas disposiciones,²² importaría aceptar la imposición de una pena a la persona jurídica incluso cuando esta hubiese hecho todo aquello que se encontraba a su alcance para prevenir y detectar la comisión de ilícitos.²³

Por el contrario, la Ley 20.393, sancionada en Chile, contempla un sistema donde la atribución de responsabilidad requiere que la comisión del ilícito se presente como consecuencia del incumplimiento de los

²⁰ Ley 27.401, artículo 8. Aunque el hecho de que este extremo se tome como una pauta para la determinación de la pena permite afirmar que, entonces, la culpabilidad de la empresa influye en la respuesta penal, en la medida en que no permita llevarla a cero si esa culpabilidad fuese nula (si la organización de la empresa fuese inobjetable), indica también que *parte del fundamento* de esa sanción es de naturaleza vicaria. En este sentido, incluso en un sistema declaradamente de responsabilidad vicaria como el estadounidense, las *Sentencing Guidelines* federales prevén específicamente que un programa de *compliance* adecuado permita reducir la sanción a imponer. Cfr. *Sentencing Guidelines*, §8C2.5 (f).

²¹ Ley 27.401, artículo 9.

²² El análisis se limita a las disposiciones que enuncian la regla general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Pero debe mencionarse que, curiosamente, para los supuestos en los cuales no fuese posible identificar o juzgar a la persona física responsable, la ley admite que la persona jurídica sea responsabilizada, pero exige para ello la comprobación de que el delito “*no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos*” (art. 6). Como otros elementos de la ley, este es un indicador de la falta de una inclinación clara por un modelo de responsabilidad determinado.

²³ Podría entenderse que no se establece allí un sistema de responsabilidad puramente vicarial, sino que la norma procuró salvar las dificultades probatorias que se presentarían con relación a la adecuación del programa de integridad a los estándares exigidos, mediante el establecimiento de una presunción sobre el incumplimiento de los deberes a cargo de la persona jurídica en los supuestos allí descriptos. Si se partiera de una lectura tal, esta solución sustantiva que reconocería como origen la identificación de los costos de la distribución de cargas en el marco del proceso penal, debería admitir que, de acreditarse la incorrección en el caso concreto de la presunción –esto es que, pese a haberse cometido un delito, p. ej., en beneficio de la persona jurídica, esta no incumpliría con los deberes a su cargo de contar con un sistema de control y supervisión adecuado–, caiga con ella la conclusión a la que permitía arribar (a saber, la responsabilidad de la entidad).

deberes de dirección y supervisión que incumbían a la persona jurídica.²⁴ De esta forma, no bastará la ejecución de una conducta prohibida por alguna de las personas físicas que la ley determina, incluso si el hecho se presenta como cometido directa e inmediatamente en interés o para provecho de la persona jurídica, pues será necesario aún que ese hecho pueda ser vinculado a su organización.

En igual dirección, la Ley 30.424 peruana, en su artículo 3, regula los supuestos en los que la persona jurídica será responsable. Allí establece la necesidad de que alguno de los delitos contemplados en la norma sea cometido por un determinado círculo de autores –el cual incluye a quienes ocupan lugares de control y a todas las personas que se encuentran normativamente bajo su control, aunque no se haya ejercido, de hecho, esa supervisión–, en nombre de la persona jurídica o por cuenta de ella y en su beneficio. Empero, la lectura de esta disposición debe complementarse con el artículo 17, donde se dispone la exención de responsabilidad si la persona jurídica hubiese adoptado e implementado, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.²⁵

Ahora bien, cierto es que, como se dijo, la mera regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica podría constituir un incentivo para que la empresa se organice de modo tal que procure evitar la comisión de ilícitos, independientemente del modo en que se construya esa responsabilidad. En tal sentido, se trate de una heterorresponsabilidad o de una responsabilidad propia,²⁶ el riesgo de ser sancionada supondría en todo caso crear un interés por cumplir con ese objetivo.

²⁴ Ley 20.393, artículo 3.

²⁵ Para un análisis de esta normativa, puede verse el trabajo de Andy Carrión, en esta publicación.

²⁶ Sobre esta distinción y las características de los modelos, Ortiz de Urbina Gimeno y Sarabayrouse: *Informe sobre la responsabilidad penal*, 62-64. Un análisis exhaustivo sobre estos modelos puede encontrarse en: Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 85-215. Sin embargo, debe advertirse que los modelos que en el presente trabajo se consideran como de “responsabilidad propia”, son clasificados por el autor como modelos mixtos,

Un sistema de imputación basado en la responsabilidad por un hecho ajeno, cuyo ejemplo paradigmático está dado por el ordenamiento estadounidense, nació, en efecto, a la luz de consideraciones utilitaristas, como consecuencia de reconocer la necesidad de castigar a quien detenta el poder real, esto es, a las empresas que, a través de una adecuada organización interna, pueden prevenir la comisión de ilícitos en su seno.²⁷

Este origen asociado a las capacidades preventivas de un sistema de responsabilidad de estas características se condice con lo que expone Moore respecto del precedente *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*²⁸ —piedra fundacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ese ordenamiento—. Allí la Corte Suprema de los Estados Unidos consagró un sistema de responsabilidad vicarial basándose en consideraciones vinculadas a aquello que se presentaba como necesario desde la perspectiva de las políticas públicas.²⁹

A favor de un entendimiento que identifique en este sistema de atribución de responsabilidad una herramienta eficaz en la disuasión, es posible señalar que la representación de que, en cuanto se descubra la comisión de un delito por parte de alguno de sus miembros, la persona jurídica quedará indefectiblemente expuesta a la aplicación de una pena, debería llevar a extremar los recaudos en busca de reducir las posibilidades de que lo primero ocurra.³⁰

Sin embargo, este modelo es pasible de críticas. Entre otras, si es, efectivamente, un adecuado sistema desde la perspectiva de la prevención.

en contraposición a aquellos modelos puros de culpabilidad de la empresa, en los cuales la referencia a la comisión de un hecho por un agente de la persona jurídica está directamente ausente. Nieto Martín hace una clara explicación de la decisión sobre la categorización de los modelos (127-128).

²⁷ Orce y Trovato: *Delitos Tributarios*, 211 y ss. Con cita del fallo *Pulaski*.

²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, sentencia del 23 de febrero de 1909, 212 U.S. 481.

²⁹ Moore: *Arizona Law Review* 34, 1992, 758-759. Citado también en Orce y Trovato: *Delitos Tributarios*. En igual sentido, véase Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 45.

³⁰ Probablemente, al igual que sucede con el resultado de la ponderación de los costos y beneficios para el Estado, si bien esa reducción se dirige tendencialmente a anular la comisión de ilícitos en su seno, nunca llegaría a ese resultado, pues el sacrificio que importaría para la persona jurídica alcanzar, de ser posible, ese objetivo, supondría uno mayor, a tolerar una cierta cantidad de delitos y sus correspondientes costos.

Aunque la percepción de que será responsabilidad de la empresa cualquier acto de sus subordinados debería conducir a intensificar las medidas que la empresa tome para evitar un escenario semejante, una apreciación completa, no parcializada, de los modos en que la organización de la persona jurídica influye en la comisión de ilícitos de corrupción obliga a considerar, a su vez, el papel que desempeña la empresa en un estadio anterior a la intervención estatal, esto es, en la detección de estos hechos y, con ello, en el aumento de la probabilidad de que sean castigados los ilícitos cometidos en su ámbito.

En este sentido, Arlen analiza cómo influyen los costos de un sistema de control en el comportamiento de la persona jurídica y postula que un modelo de responsabilidad que suponga el traslado de aquella propia de la persona física hacia la empresa produce una divergencia de intereses, en tanto el interés tendiente a evitar la comisión de hechos ilícitos se enfrenta con aquel tendiente a que, en todo caso, cometidos estos, no se descubran. Desde la perspectiva de la persona jurídica, a mayor gasto en un sistema de control y detección de delitos, por un lado, se incrementarían las posibilidades de detección y, entonces, se reducirían la cantidad de hechos ilícitos, y, por otro, se incrementaría la probabilidad de que el Estado detecte aquellos delitos que se cometieron, lo cual siempre supondría la responsabilidad de la empresa.³¹

Frente a ello, un sistema de culpabilidad por un déficit organizativo alinearía los intereses en pugna: el reconocimiento de que no hay nada que reclamar a la persona jurídica si procuró, por un lado, evitar y, por otro, detectar y comunicar la comisión de ilícitos de corrupción constituye un incentivo para tener en funcionamiento esas dos clases de mecanismos, de manera efectiva.

³¹ Arlen: *Journal of Legal Studies*, 23 (2), 1994. La autora parte de que este efecto indeseado se produce en sistemas donde la sanción consiste en una multa fija, lo cual no se verificaría en los casos aquí analizados. Sin embargo, ello no quita relevancia a las reflexiones sobre las distorsiones producidas, porque, de hecho, descarta como una solución viable una reforma legislativa que brinde mayor libertad en la mensuración de la sanción, en tanto la determinación del monto preciso de la multa que permitiría eliminar los "efectos perversos" sería de una extrema dificultad y, en esa medida, incompatible con la práctica del sistema de administración de justicia. Arlen: *Journal of Legal Studies*, 23 (2), 1994, 849.

En esta dirección, con miras a la promoción de un control eficiente, Arlen identifica en una regla de responsabilidad que exija que la empresa se hubiera apartado de los deberes que recaían sobre ella (*negligence rule*) la mejor solución para reducir al máximo la comisión de ilícitos.³²

De la misma forma, las ventajas de la dinámica producida dentro de la empresa por un sistema de responsabilidad que atienda a su organización son resaltadas por Nieto Martín, quien destaca la eficacia político-criminal de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas fundamentado en la autorregulación y señala que ofrecer “la posibilidad a la empresa de distanciarse del hecho delictivo [...] conduce a que la empresa en lugar de aliarse con el infractor individual e intentar encubrir su responsabilidad, coopere con la administración de justicia”.³³

Estas apreciaciones permiten dar cuenta de la relevancia del sistema de responsabilidad por el que se opte, en tanto suponen diversos patrones de distribución de incentivos, que pueden no ser evidentes a primera vista. Así, la conclusión que podría ser fruto de una primera reflexión, esto es, que la asociación indisoluble entre responsabilidad individual y responsabilidad de la empresa debería conducir a que esta extreme sus esfuerzos para evitar cualquier acto por fuera de la ley, olvida la influencia de la persona jurídica en la identificación de ilícitos y de sus responsables, en la medida en que se trata de quien se encuentra en mejores condiciones de llevar a cabo este control.

El rol de las disposiciones procesales en la disuasión

A fin de que la persecución y la responsabilización penal de las personas jurídicas sea efectiva, se requiere de ciertas definiciones –legislativas, idealmente– en el ámbito procesal. Esto es así pues la influencia ejercida sobre el comportamiento de la persona jurídica por la sanción prevista es

³² Arlen: *Journal of Legal Studies*, 23 (2), 1994, 862. La autora reconoce que puede existir más de una solución para evitar esta deformación en los incentivos. Entre ellas, refiere la posibilidad de considerar la existencia de un sistema eficiente de gastos en control como un elemento atenuante de la multa (*mitigation provision*), y el otorgamiento de privilegios por la información que pudiesen brindar en el marco del proceso (*modified evidentiary privilege*).

³³ Nieto Martín: *Política Criminal* 5, 2008, 17.

mediada por la probabilidad de que esa sanción sea efectivamente aplicada; en consecuencia, podrá verse diluida si esa probabilidad es extremadamente baja debido a impedimentos de naturaleza procesal.³⁴

Pese a ello, como una corriente en sentido contrario a la atención que han merecido los aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las problemáticas procesales han sido objeto de un tratamiento, en comparación, ínfimo.³⁵ Este escenario, a su vez, se reproduce en el ámbito del derecho positivo, donde tardíamente comienzan a aparecer disposiciones relativas al proceso penal dirigido contra personas jurídicas.

La omisión de regular los aspectos procesales para la persecución penal de personas jurídicas no es inocua, lo que se constata al advertir que las numerosas adaptaciones a efectuar podrían conducir a negar la viabilidad de la ley penal sustantiva³⁶ y, sin llegar a un extremo tal, también se verifica

³⁴ En el marco de la ecuación básica sobre la que se construye el análisis económico del delito, presentada *supra*, ya Becker destacó la existencia de una idea generalizada de que la probabilidad de imposición de la sanción subjetivamente estimada tiene mayor incidencia que la magnitud de la sanción, y ofreció una explicación vinculada con una preferencia al riesgo de quienes cometen delitos. Cfr. Becker: *Journal of Political Economy* 76, n.º 2, 1968, 176, con cita de Lord Shawness y Beccaria. Sobre el punto, Beccaria había señalado que “la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza [...] aleja siempre la idea de los mayores males, y más aún cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad conceden frecuentemente, aumenta su fuerza”. Beccaria: *De los delitos y de las penas*, 76. Sin embargo, no es lo mismo si esa probabilidad se reduce como consecuencia de una apreciación referida a la baja capacidad de *detección* del Estado de ese delito o por un motivo como el aquí resaltado –la ausencia de un entramado de normas procesales que permita la adecuada *consecución* del proceso frente a un delito detectado–. También debe considerarse que existe un costo inherente al sometimiento a un proceso penal, que subsistiría con independencia de la baja probabilidad de imposición de una pena.

³⁵ Estas observaciones son una constante en las obras de quienes han trabajado en esta materia. Así, entre muchos otros, Frister y Brinkmann: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 46; Sarrabayrouse: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 57; Díaz Pita: *Revista de Derecho Procesal Penal* 1, 2006, 668; Dopico Gómez-Aller: *La Ley*, 2012; Echarri Casi: *La Ley*, 2011, 1; Morales García: *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2011, 142-154.

³⁶ En este sentido, Khanna menciona como uno de los obstáculos que enfrentaba la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la interpretación literal de las normas procedimentales, las cuales exigían, a modo de ejemplo, la presencia física del imputado frente al tribunal. Khanna: *Harvard Law Review*, 109 (7), 1997, 1479-1480. En el año 2006, en Argentina, un voto en disidencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció por la imposibilidad de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, dentro de los motivos dados, se sostuvo que: “tampoco cabe soslayar la

al tomar nota de las dificultades de hecho suscitadas al intentar trasladar reglas diseñadas para personas físicas a imputados que no pertenecen a esta categoría. En el caso argentino, en efecto, el trayecto andado pone en evidencia la necesidad de despejar los obstáculos producto de la incertidumbre acerca de cómo proceder y de repensar reglas procesales para asegurar que la persecución pueda hacerse efectiva, lo cual requiere deshacerse de un conjunto de conceptos que conforman lo que entendemos como proceso penal, ya aprehendidos, cuyos rasgos esenciales atienden a la presencia de una persona física.

En este contexto, la Ley 27.401 fue una novedad para el ordenamiento argentino, pues, si bien existían algunos ejemplos de responsabilidad penal de personas de existencia ideal, hasta la sanción de esta norma nunca se había regulado un régimen integral que atendiera a las necesarias adaptaciones procesales.

La fórmula utilizada por la Ley al establecer que “la persona jurídica tendrá los derechos y las obligaciones previstos para el imputado de acuerdo con lo establecido en los códigos de procedimiento, en cuanto le sean aplicables”,³⁷ coincide con la solución por defecto propuesta por otras legislaciones.³⁸ El giro final, contenido también en la ley chilena (“siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas”), es representativo del problema que subyace a la mayor parte de las cuestiones que pueden debatirse en este contexto: determinar en qué medida las soluciones legislativas vigentes se pueden extrapolar a los procesos judiciales dirigidos contra personas jurídicas.

Ahora bien, fácil es advertir que ellas, más allá de brindar una directiva general, poco aportan a la solución de los problemas específicos que

circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso”. Fly Machine S.R.L., F.572.XL, disidencia del juez Zaffaroni, considerando 12.

³⁷ Ley 27.401, artículo 11.

³⁸ Ley 20.393, artículo 21, y cuarta disposición complementaria final de la Ley 30.424.

surgen al hacer este traslado. Del universo de cuestiones por resolver, destacaré dos especialmente relevantes: el modo en que será representada la persona jurídica en el marco del proceso, primer y más elemental aspecto a salvar que atravesará todo proceso de principio a fin, y la discusión sobre la aplicación de la garantía de *nemo tenetur se ipsum accusare*, representativa de las dificultades de trasladar ciertos derechos y garantías fundamentales.

Representación de la persona jurídica

Uno de los problemas centrales a ser resuelto se vincula con el modo en que la persona jurídica intervendrá en procesos penales ideados para imputados antropomorfos y en los cuales la presencia física del acusado constituye un requisito para su validez.

Sobre esta cuestión la normativa argentina estudiada dispone que la persona jurídica debe contar con un representante y, a renglón seguido, exige la designación de un abogado defensor, lo que permite advertir un interés en la intervención de una persona física que la represente durante el proceso, ocupando un rol que no alcanza a ser satisfecho por quien ejerce la defensa técnica.³⁹

Como modelo que ha optado por un camino diverso, la legislación chilena admite que se fusionen en una misma persona física las actividades propias del defensor técnico con las del representante de la persona jurídica acusada. Si bien prevé que intervenga un representante por la persona jurídica o un curador *ad litem* asistido por un defensor de confianza, contempla la posibilidad de que la presencia de este último baste para aquellos casos en los que el ordenamiento procesal exige la presencia del imputado para la realización de una audiencia.⁴⁰

³⁹ Ley 27.401, artículo 13.

⁴⁰ Ley 20.393, artículo 23. De modo similar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece que deberá designarse un representante y un abogado defensor, pero admite que la inasistencia de la persona especialmente designada no impide la celebración de la comparecencia donde se le informa la imputación, de actos de investigación o de prueba anticipada, los que podrán sustanciarse con la presencia de la asistencia técnica (artículos 119 y 120).

Otro aspecto vinculado a la representación de la persona jurídica consiste en definir quién ocupará este rol, esto es, cómo se selecciona a la persona física que intervendrá en el proceso.

La solución más simple consiste en identificar como representante de la persona jurídica a quien ya ocupa este rol de manera previa al proceso penal. Así, la legislación chilena prevé como opción por defecto la actuación del representante legal de la persona jurídica y exige que se lo individualice a fin de ser citado para formalizar la investigación.⁴¹

No obstante, esta regla debe admitir una cierta flexibilidad que permita asegurar el derecho de defensa, principalmente, con el objetivo de evitar casos de conflicto de intereses y para solucionar supuestos en los que, sin verificarse un escenario de esas características, la persona jurídica imputada entienda que su defensa material podrá ser ejercida más adecuadamente por alguien que no coincide con el representante legal.

En Argentina, este tema ha sido tratado por la jurisprudencia previamente, en tanto, frente a disposiciones que, sin contener una regulación procesal específica, conducían a que los tribunales penales debiesen citar a las personas jurídicas en calidad de imputadas, se definieron ciertos lineamientos formales pretorianamente. En este sentido, tradicionalmente se ha postulado que debía ser el representante legal quien actúe como representante procesal, producto de comprender que este personifica a la persona jurídica, y se han censurado las decisiones que admitían la intervención de quienes resultaban extraños a este rol, por entender que ese proceder no respetaba el carácter personalísimo de los actos de defensa que exigen la presencia del imputado.⁴²

Sin embargo, a pesar de que es una solución sencilla que responde a la percepción de que quien podía actuar comprometiendo a la persona jurídica es la persona jurídica, es pasible de la crítica referida. En este sentido, la tendencia jurisprudencial descrita fue controvertida por decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que identificaron como una

⁴¹ Ley 20.393, artículos 22 y 23.

⁴² Puede encontrarse una exposición de esto en Bonzón Rafart: *Llamamiento al proceso de las personas jurídicas*, 69-75.

potencial obstrucción de la defensa en juicio la imposibilidad de sustituir a la persona física que debía ser intimada y, en su caso, debía declarar, en el marco del proceso penal.⁴³ Esto supuso una morigeración en el criterio hasta ese entonces sostenido, rígido en cuanto a quién podía intervenir.

La reciente ley argentina ha optado por una solución diversa, que reconoce amplia libertad a la persona jurídica para la elección de su representante procesal. Si bien, en primer término, indica que ejercerá este rol su representante legal, a continuación, sin requerir que se verifique ninguna condición sustantiva para el ejercicio de esta facultad, establece que también podrá hacerlo cualquier otra persona, siempre que cuente con un poder, y, asimismo, en el tercer párrafo de este artículo se prevé que la persona podría sustituir a su representante en cualquier momento del proceso, sin exigir tampoco motivo alguno.⁴⁴

De la misma manera, aunque la ley peruana no reguló reglas específicas sobre la representación de la persona jurídica, ello puede explicarse por lo dispuesto ya previamente en los artículos 90 y siguientes del Código Procesal Penal. Estos, aunque en relación con la posibilidad de aplicar a ellas consecuencias accesorias del delito cometido por una persona física,⁴⁵ prevén el modo en que estos entes intervendrán en el proceso. Así, el artículo 92 dispone la designación de un apoderado judicial⁴⁶ por parte de su órgano social, cuya omisión podrá ser subsanada por el juez, y establece como única limitación que no se trate de una persona física imputada por los mismos hechos.

⁴³ Fallos 256:491 y 259:107 entre otros.

⁴⁴ Ley 27.401, artículo 13. La única restricción en este contexto está dada por el desarrollo del juicio oral y tiene un fundamento eminentemente práctico. Esta limitación no es total, porque no se veda este derecho para la persona jurídica, aunque sí se exige que dé las razones de su solicitud. Es dable pensar que la *ratio* de esta disposición solo atiende a evitar maniobras que obstaculicen la necesaria continuidad del debate –establecida, como regla que admite excepciones, en el artículo 365 del ordenamiento procesal–. A su vez, en miras a que esta facultad no sea ejercida en detrimento del avance del proceso penal, se prevé específicamente que esta decisión de la persona jurídica no afectará la eficacia de los actos cumplidos por su anterior representante.

⁴⁵ Posibilidad prevista en el artículo 105 del Código Penal.

⁴⁶ La referencia a este rol aparecía también en la cuarta disposición complementaria final de la Ley 30.424, conforme a su redacción original.

Otra hipótesis que resulta recomendable resolver legislativamente es la de un conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante procesal.

El modo en que se haya resuelto la cuestión analizada previamente, con relación a cómo se determinará quién desempeña el papel de representante —y, en particular, cuál será el grado de libertad del que goza la persona jurídica para definir esto—, incidirá en los recaudos que deban tomarse para solucionar estos supuestos. En otras palabras, en la medida en que se haya reconocido a la persona jurídica la facultad de designar a cualquier persona como representante procesal, la ley solo debería preocuparse por establecer el remedio para aquellos casos en los que la imputada no proceda de acuerdo con lo esperado para asegurar su derecho. Por el contrario, si se impone la intervención de una figura en particular —como el representante legal de la persona jurídica—, debería preverse, asimismo, el modo en que se deberá canalizar su pretensión respecto a la sustitución de la persona física que actúa en su nombre.

La ley chilena guarda silencio sobre este punto,⁴⁷ mientras que, en consonancia con lo antedicho, la normativa argentina, la cual no restringe el ámbito de quiénes pueden actuar por la persona jurídica, se limita a regular que ante la detección de un conflicto de intereses entre representante y persona jurídica acusada, para aquellos casos en los que la persona jurídica no proceda por su cuenta a modificar su representante, se la intimará para que lo sustituya.⁴⁸

⁴⁷ Hernández Basualto critica la omisión legislativa en la normativa chilena, específicamente, atento a la posibilidad, de acuerdo con el sistema de acciones previsto, de que tanto la persona física como la persona jurídica sean perseguidas penalmente en virtud del mismo suceso. Hernández Basualto: *Política Criminal* 5 (9), 2010, 231-232.

⁴⁸ Ley 27.401, artículo 15. Como se observa, se trata de una escueta disposición que no resuelve qué sucedería si la persona jurídica no responde a la intimación. En estos supuestos existirá una afectación potencial al derecho de defensa que debe ser advertida por el tribunal, aunque no contará con herramientas eficaces para subsanarlo. En efecto, no se prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional disponga de oficio la designación de un nuevo representante, y la concepción de este interviniente como la encarnación de la persona jurídica representaría un obstáculo para que se admita esa solución. Sobre el punto, el proyecto de ley preveía que, de no cumplir con esta intimación, el fiscal o el juez podrían solicitar al Ministerio Público de la Defensa la designación de un defensor —que reuniría, cabe interpretar, las

Por otra parte, como el derecho a estar presente durante el juicio –y, con ello, el ejercicio del derecho de defensa– debe adaptarse a las características de los nuevos acusados, existen cuestionamientos sobre si otras garantías son trasladables, esto es, si encuentran un fundamento relacionado con entes de existencia ideal.⁴⁹

La garantía del *nemo tenetur* aplicada a las personas jurídicas

El debate acerca de si la persona jurídica se encuentra amparada por la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare* constituye quizás uno de los aspectos de mayor riqueza para su estudio. La incertidumbre al respecto puede generar obstáculos en el desarrollo del proceso. Al mismo tiempo, su aplicación irrazonada, en tanto en determinadas constelaciones de casos su fundamento es de carácter contraepistémico, puede empobrecer innecesariamente el conjunto de elementos de juicio sobre el que ha de basarse una decisión.

El universo de hipótesis conflictivas que se discuten bajo el título de derecho a la no autoincriminación forzada de las personas jurídicas es más amplio de lo que se describirá sintéticamente aquí. En efecto, gran parte de la discusión ha sido generada por los supuestos en que se exige a la persona jurídica, en el proceso penal o en el marco de otro procedimiento –por ejemplo, administrativo– la presentación de documentos.⁵⁰

funciones de representante y defensor técnico, de manera semejante a lo contemplado por la ley chilena–. El pasaje fue suprimido.

⁴⁹ Bajo Fernández y Gómez-Jara Díez: *Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica*, 2016, 314-415. Ambos autores hacen esta afirmación dando por cerrada la discusión acerca de si se le pueden reconocer a las personas jurídicas derechos fundamentales. En igual sentido, Sanguiné: *Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal*, 2014, 415-417; Echarri Casi: *La Ley*, 2011, 6.

⁵⁰ Este también ha sido el eje de varios precedentes en la jurisprudencia estadounidense y en otros ordenamientos, así como en el marco de la Unión Europea. Un detallado repaso de las decisiones sobre el tema en Hernández Basualto: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, 2015, 220-235; Sanguiné: *Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal*, 2014, 432-455. Corresponde señalar que no se encuentra fuera de discusión que estos supuestos queden abarcados por la garantía que protege contra la autoincriminación forzada. Para una presentación de esta problemática, aunque en el ámbito del sistema norteamericano, véase Allen y Mace: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2004, 277-289.

Ahora bien, en lo relativo a la declaración de la persona jurídica (su libertad para declarar en el marco del proceso penal), la discusión sobre esta cuestión puede ser ordenada del siguiente modo. Primero se tratará de evaluar si sería admisible una eventual exigencia de colaboración impuesta a la persona jurídica –a su representante procesal en su calidad de tal, más exactamente–. Debería discutirse aquí si, acaso, puede hacerse recaer sobre quien encarna a la persona jurídica un deber de declarar y de aportar información cierta, bajo la amenaza de extraer inferencias negativas de su silencio o de hacer incurrir a la entidad en responsabilidad penal.⁵¹

De responderse negativamente a esa cuestión, es decir, solo en la medida en que se reconozca protección a la persona jurídica bajo el manto de esta garantía, aparecerá un segundo punto sobre el cual reflexionar, dado por la necesidad de determinar quiénes serán considerados ajenos a la persona jurídica y, como tales, podrán ser convocados en calidad de testigos, obligados a declarar bajo juramento.

La primera opción sería entender que la protección abarca exclusivamente al representante procesal. En tal hipótesis, cobrará una relevancia extra la libertad que haya sido reconocida a la persona jurídica para designar a quien considere que puede ejercer en mejores términos su defensa, de acuerdo con lo expuesto en el apartado sobre representación de la persona jurídica (*supra*), pues el modo de selección de quién ejerce este rol será reforzado en cuanto herramienta de defensa en virtud de la protección que recibirá esta persona.

Pero, partiendo del reconocimiento a la persona jurídica de un derecho a no ser obligada a autoincriminarse, sería válido argumentar que,

⁵¹ Desde ya, esta discusión estará signada por los términos precisos en que esta garantía se haya cristalizado en cada ordenamiento. Para un análisis de la cláusula argentina y de las interpretaciones que de ella se han efectuado, véase Peralta: *La no obligación de declarar contra uno mismo*. Frister y Brinkmann presentan esta discusión y procuran refutar los argumentos articulados en la defensa por qué esta garantía debería proteger a las personas jurídicas también. Niegan que pueda constatarse el dilema interior provocado por la coacción a la autoincriminación y descartan que el derecho de defensa o el principio de *in dubio pro reo* estén en jaque en estos casos. Cfr. Frister y Brinkmann: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 47-57.

para no tornar ilusoria la protección, es necesario extender a otras personas físicas el derecho a callar la verdad.⁵²

Sobre este punto, Chile contempla específicamente la aplicación de la garantía, pues remite de manera expresa al artículo 93 del ordenamiento procesal.⁵³ De este modo, mediante la mención específica de ciertas normas procesales, el legislador chileno manifestó la toma de una decisión en el sentido de incluir a las personas jurídicas en el ámbito de protección de la garantía de *nemo tenetur*.

La ley peruana no brinda el mismo grado de certeza ante la ausencia de una remisión específica a las normas que consagran esta garantía para las personas naturales, pero allí se sostiene que todos los derechos y las garantías son aplicables a la persona jurídica. El legislador argentino también parte de esa afirmación (la aplicabilidad de las disposiciones procesales propias a todo acusado), aunque procuró aclarar, no resulta evidente con qué alcance, “*en cuanto le sean aplicables*”. Si bien esta aclaración puede haber sido una previsión tendiente a evitar que la imposibilidad de trasladar de modo preciso alguna disposición con repercusiones procesales fuese esgrimida como un obstáculo al juzgamiento del ente, la naturaleza de la

⁵² En esta dirección, Sanguiné describe la solución propuesta por la legislación suiza, donde el derecho al silencio se extiende a todos aquellos que revistan la condición de representante en el tráfico jurídico, y la propuesta de Coisne y Waeterinckx, consistente en permitir que las personas físicas pertenecientes a la persona jurídica sean preguntadas en qué nombre, si propio o de la persona jurídica, serán oídas. Cfr. Sanguiné: *Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal*, 2014, 459, con cita de Coisne y Waeterinckx: *La sauvegarde des droits de la defense d'un personne morales, son droit au silence et le mandataire ad hoc comme garant de ces droits*. Asimismo, Moral García, quien toma partido por extender a las personas jurídicas el derecho a la no autoincriminación forzada, sostiene que el amparo de esta garantía no puede limitarse a quien se encuentre ejerciendo el rol de representante procesal, y sugiere que las declaraciones de los representantes legales y miembros de los órganos directivos sean de una naturaleza híbrida, al no declarar como imputados, pero tampoco como testigos. Cfr. Moral García: *Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas*, 290-291.

⁵³ En el inciso g se dispone que todo imputado tendrá derecho a: “guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: ‘Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra’”.

discusión presentada se relaciona justamente con la limitación que subyace a esta expresión.

En cuanto a lo que fue identificado como la segunda pregunta a responder en caso de que se diese una respuesta positiva a si la garantía debe aplicarse a las personas jurídicas, esto es, qué sujetos, en su declaración, se encuentran amparados por la garantía que protege a la persona jurídica, ninguna de las normas bajo examen contiene disposiciones sobre el punto.

Como se advierte, ante la necesidad de un andamiaje procesal que permita la aplicación de las disposiciones sustantivas y que no torne ficticia la aplicación de la pena –atendiendo al modo en que ello influiría en la percepción de las personas jurídicas sobre la probabilidad de ser sancionadas y, por tanto, en el efecto disuasivo de la sanción–, se deben brindar respuestas. Esto conllevará indagar en los fundamentos de las previsiones actuales, evaluar si su razón de ser subsiste al aplicarse a personas jurídicas y, ante una conclusión negativa, diseñar una solución que se adapte a esta clase de procesos penales.

Colaboración de la persona jurídica

Con los matices expuestos en el apartado correspondiente, el conocimiento de la persona jurídica del riesgo de recibir una sanción podría establecer un vínculo fuerte entre ella y el funcionario público, pues se los pone en pie de igualdad en cuanto al peligro de ser penados por su comportamiento. En efecto, sin otras previsiones legales que repercutan en esta situación, esto implicará que el funcionario público evalúe, con acierto, que el riesgo de ser descubierto será menor al estar regulada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en tanto sabe que su contraparte, también expuesta a un peligro, tendrá un interés en evitar que el hecho sea descubierto, y, por consiguiente, se reducirá la probabilidad de que sea efectivamente impuesta la sanción con la que amenaza el ordenamiento.⁵⁴

⁵⁴ Sobre un análisis acerca del funcionamiento de los incentivos y los desincentivos en los supuestos de cohecho, véase Orce: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 12, 2017. Este aspecto constituye tan solo un fragmento del examen que el autor efectúa y por medio del cual concluye que no existirían buenas razones que justifiquen la punición del cohecho activo.

Sin embargo, la expectativa negativa de recibir una pena puede fungir, asimismo, de presupuesto para motivar la colaboración de la persona jurídica. En otras palabras, la pena aparece como valor de cambio para la demanda de información. En este sentido, la regulación de su responsabilidad penal sienta las bases para una negociación entre el Estado y ella, al crear una razón por la cual se genera un interés en aportar los datos que, desde su lugar privilegiado, puede recabar.

Es dable apreciar que aunque penalizar a las dos partes de la transacción podría generar entre ellas un lazo, producto de saberse ambas en igual situación de desventaja, ese estado de cosas, mediante los adecuados incentivos, también permitiría maximizar la obtención de información, pues ambas partes tendrán como motivo para brindar datos sobre lo ocurrido no solo el beneficio esperado, sino la amenaza de que aquello que tienen para dar pierda interés al ser expuesto por la otra y terminar, a su vez, siendo afectada por ello. Esta información podrá referirse tanto a una investigación ya en curso, como a un suceso que aún no es conocido por las autoridades.

Reconocimiento legislativo de la colaboración

Las tres normas bajo análisis contienen, en efecto, disposiciones que reconocen la colaboración de la persona jurídica como un elemento capaz de influir en la sanción que las amenaza. Ello evidencia un interés del legislador en que la persona jurídica actúe como colaboradora.⁵⁵ A continuación se presentarán algunas de ellas.

En el caso argentino, entre los elementos a ponderar para graduar la sanción aplicable, se mencionan: “la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad

⁵⁵ Esto se observa particularmente en la asignación de un rol preponderante a normas como aquellas que contemplan la celebración de acuerdos de colaboración o que otorgan consecuencias jurídicas decisivas a la implementación de sistemas de investigación interna y a la autodenuncia. Pero, asimismo, ello puede observarse en las previsiones que vedan la extinción de la acción por ciertos motivos, que, *prima facie*, serían aplicables. A modo de ejemplo, el artículo 24 de la Ley 20.393 veda la aplicación del principio de oportunidad, previsto en el artículo 170 del ordenamiento procesal.

propia de detección o investigación interna” y una referencia genérica al “comportamiento posterior”.⁵⁶

Asimismo, la denuncia espontánea constituye uno de los tres requisitos exigibles para que la persona jurídica pueda ser eximida de pena.⁵⁷ A su vez, se contempla la posibilidad de que la persona jurídica celebre un acuerdo de colaboración, para lo cual deberá aportar información que tienda hacia alguno de los tres objetivos allí contemplados —el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o la recuperación del producto o las ganancias del delito—. El acuerdo deberá ser evaluado por el juez con relación a la legalidad de las condiciones y, luego de un lapso no mayor a un año, se deberá corroborar la verosimilitud y utilidad de la información aportada, lo que obligará a dictar una decisión que debe atenerse a las condiciones acordadas o, bien, en caso contrario, habilitará la continuación del proceso.

En la normativa chilena, la colaboración también constituye una circunstancia atenuante al determinar la pena. En esta dirección, el artículo 6, inciso 2, establece que es necesaria, para ser valorada en este carácter, una colaboración “sustancial”, y la ley aclara que la asistencia prestada por la persona jurídica se considerará con este carácter “especialmente” cuando hubiese puesto en conocimiento de las autoridades el hecho punible antes de conocer que existía un proceso, independientemente de su existencia objetiva y del estado en el que se encontraba la investigación.

Por su parte, la ley peruana contemplaba, en su artículo 12 original, en calidad de circunstancias atenuantes, la confesión del hecho con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria y la colaboración en cualquier momento del proceso.

A través del Decreto Legislativo n.º 1352, se estableció que la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia, constituye una circunstancia atenuante, cuya incidencia se enmarcará en los límites de las penas previstas, tal como sucedía con anterioridad, mientras que a la confesión

⁵⁶ Ley 27.401, artículo 8.

⁵⁷ Ley 27.401, artículo 9.

del hecho en un momento aún más temprano, esto es, antes de la formalización de la investigación, le fue reconocida como efecto que el juez pueda rebajar la medida de la pena de multa, inhabilitación o clausura hasta un tercio por debajo del mínimo legal fijado.

Como sucede en el caso argentino, esta ayuda prestada por la persona jurídica tendrá relevancia procesal a través de la firma de un acuerdo de colaboración. En tal dirección, la Ley 30.737 estableció expresamente la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal celebre un acuerdo con la persona jurídica.⁵⁸

Algunas consecuencias del diseño legislativo en la creación de incentivos

Aunque una regulación legal sobre los alcances y las consecuencias de la colaboración puede desequilibrar la paridad entre funcionario público y empresa, y romper con el vínculo que fomentaría entre ellos una protección mutua, la colaboración en el marco de un proceso en curso debe distinguirse de la información brindada a las autoridades de un ilícito hasta ese entonces sustraído de su conocimiento.

Desde la perspectiva del Estado, esto último supone la prestación de una ayuda dirimente, precisamente en el momento en el que una gran parte de estos hechos gana la impunidad, esto es, antes siquiera de que comience una investigación. Desde la perspectiva de la persona jurídica, la puesta en conocimiento a las autoridades de un suceso ilícito implica exponerse al riesgo de una sanción que, de otro modo, podría ser un peligro en extremo improbable.⁵⁹

⁵⁸ Ley 30.737, disposición complementaria final decimotercera. No obstante, originalmente, la Ley 30.424 contenía una referencia genérica a las disposiciones del ordenamiento procesal, que permitía entender que se refería también a lo dispuesto en los artículos 472 y ss. del ordenamiento de forma, donde se regula la colaboración eficaz del acusado y sus consecuencias, para, entre otros, los delitos de corrupción de funcionarios, sección en la cual se encuentra previsto el cohecho transnacional y el cohecho en su forma clásica.

⁵⁹ En esta evaluación incidirán, en gran medida, elementos que exceden el ámbito de las soluciones legislativas, pero ello no quita que, desde las normas, se contribuya a orientar correctamente los incentivos. Sobre la base de las enriquecedoras observaciones hechas durante el proceso de discusión del presente trabajo, conviene advertir que podrían configurarse supuestos de eficiencia en el tramo referido a la detección de ilícitos –así, p. ej., a

Un diseño legislativo que atiende a esta distribución de incentivos más y menos intensos o atractivos se aprecia con claridad en el sistema de las *Sentencing Guidelines* norteamericanas a nivel federal. Así, en el marco de un sistema donde la “culpabilidad de la empresa” se mide en puntos –como un elemento que, con otros, influirá en la determinación de la sanción–, las directivas disponen que se suman puntos en casos de obstrucción a la justicia. Al mismo tiempo, establecen que debe reducirse: un punto si la empresa reconoce y acepta su responsabilidad, dos puntos si, además, coopera con la investigación, y cinco puntos si, sumado a todo ello, la empresa puso en conocimiento de las autoridades estatales el hecho, previo a que se formalizara una investigación o a que la amenaza de ello sea inminente y en un tiempo razonablemente breve luego de haberse enterado del suceso ilícito.⁶⁰

Al analizar si las leyes bajo examen prevén una adecuada distribución de incentivos, se advierte que, en Argentina, de acuerdo con una lectura literal de las normas,⁶¹ una persona jurídica que cuente con un programa de integridad adecuado en funcionamiento y tome conocimiento de un hecho ilícito cometido en su seno solo quedará absolutamente librada de la imposición de una pena si denuncia espontáneamente el hecho y devuelve el beneficio obtenido como consecuencia del suceso. Mientras que, si no denunciara el hecho, a la postre descubierto o, bien, si lo hiciera recién al tomar conocimiento de que existe una investigación en curso, tendrá asegurada la imposición de una pena o de alguna clase de sanción. Ello pues, en la medida en que la colaboración no importe la puesta en conocimiento inicial, solo tiene relevancia como pauta de determinación de la pena –que no podría ser reducida hasta un valor cero– o en el marco de un acuerdo de colaboración, cuya aplicación exige el cumplimiento de una serie de condiciones, tales como el pago de una multa, prestar un servicio en favor de la

través de la intervención de agencias estatales especializadas– e ineficiencia en el tramo referido a la posterior investigación, en los que, aunque no habría razón para descartar un incentivo a la puesta en conocimiento, sería especialmente relevante la previsión de incentivos para la colaboración durante el proceso.

⁶⁰ Sentencing Guidelines, §8C2.5 (g).

⁶¹ De conformidad con lo expuesto *supra* (nota 22), el análisis excluirá lo dispuesto en el artículo 6.

comunidad o realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado. Es decir que, igualmente, tendrá un costo.

En cambio, si no se hallaba en funcionamiento un programa de integridad, la persona jurídica no tendrá posibilidad de ser eximida de pena, independientemente de cuál sea su comportamiento posterior. En esta hipótesis, la persona jurídica carecerá de una motivación intensa en pos de poner en conocimiento del Estado el suceso. Sin embargo, es dable pensar, por un lado, que el conocimiento de la persona jurídica en estos casos resulta más improbable en tanto no dispone de los mecanismos que facilitarían este descubrimiento y, por otro, sería razonable, desde la óptica del legislador que construyó un sistema de responsabilidad como el vigente, una solución tal, con miras a alcanzar un equilibrio mediante el cual se incentive también el establecimiento de un programa de integridad adecuado.

En el caso de Chile, aunque su naturaleza en tanto circunstancia atenuante de la sanción no varía según se informe del hecho al Estado o se colabore en el proceso por un delito ya conocido, la normativa asegura que la puesta en conocimiento inicial hará que esa colaboración sea considerada “sustancial”, requisito imprescindible para la ley, al tiempo que no anula la posibilidad de que otra clase de ayuda prestada por la persona jurídica califique de ese modo a fin de ser valorada como una atenuante. De tal manera, promueve la puesta en conocimiento, pero no cancela el interés en colaborar una vez que aquello ya no resulta posible.

Es dable apreciar que la legislación chilena exhibe un interés en verificar la predisposición de la persona jurídica a poner en conocimiento del Estado el suceso, independientemente de si, en el plano objetivo, ello supone para el Estado enterarse del hecho, pues lo determinante será aquello que se representa la persona jurídica: no será relevante si existía un procedimiento judicial dirigido contra ella, sino si ella tenía conocimiento efectivo de que esto era así. De esta forma, el énfasis se pone en que la empresa demuestre su compromiso en poner en conocimiento del Estado los delitos de los que se entera y no en el provecho objetivamente obtenido desde el punto de vista de la persecución.

Por su parte, la ley peruana no receptaba inicialmente esta distinción, y contemplaba tanto la confesión del hecho con anterioridad a la

formalización de la investigación preparatoria como la colaboración en cualquier momento del proceso como circunstancias atenuantes, las cuales revestían igual peso al momento de individualizar la medida aplicable,⁶² con la consecuencia de que no existiera un motivo fuerte para informar el hecho. Pero, a partir de la reforma operada por el Decreto Legislativo n.º 1352, se desbalanceó la igualdad entre ambas formas de colaboración, al dotar de una recompensa mayor a la confesión del hecho en un momento procesal previo, de conformidad con lo arriba expuesto.

Reflexiones finales

El establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción en los países de América Latina analizados pareciera no responder únicamente a la convicción sobre la clase de reproche que merecen las conductas por ellas ejecutadas. Ella se presenta también como consecuencia de la percepción de que, mediante esta vía, se tiende a la prevención de estos hechos, se facilita su detección y se ofrecen herramientas que permiten solucionar problemas de investigación propios de esta clase de ilícitos, lo cual, a su vez, repercutiría en la disuasión que ejerza la sanción esperable.

Frente a la decisión legislativa de establecer esta clase de responsabilidad, resulta conveniente advertir que no toda regulación supone iguales consecuencias. Las distintas leyes examinadas ofrecen modelos para reflexionar acerca de los resultados de ciertas decisiones legislativas y ponen en evidencia que, de existir un interés disuasivo respecto de aquellas conductas, es conveniente efectuar una evaluación sobre *el modo* en que se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Bibliografía

Allen, Ronald J. y Kristin M. Mace: “The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 94 (2), 2004, 243-294.

⁶² Ley 30.424, artículo 15.

- Arlen, Jennifer: “The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability”, en *The Journal of Legal Studies*, 23 (2), 1994, 833-867.
- Bajo Fernández, Miguel y Carlos Gómez-Jara Díez: “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en Miguel Bajo Fernández – Bernardo J. Feijó Sánchez – Carlos Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Pamplona: Civitas, 2016, 313-345.
- Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, notas y traducción de F. Tomás y Valiente, Buenos Aires: Libertador, 2005 (1764).
- Becker, Gary S.: “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en *The Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, 169-217.
- Bonzón Rafart, Juan C.: “Llamamiento al proceso de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Buenos Aires: Depalma, 1993, 69-77.
- Caro Coria, Dino Carlos: “Sobre la responsabilidad ‘administrativa’ (penal) de las personas jurídicas por corrupción y blanqueo de capitales”, en *Lex Latin*, <https://lexlatin.com/opinion/sobre-la-responsabilidad-administrativa-penal-de-las-personas-juridicas-por-corrupcion-y-blanqueo-de-capitales>. (31.5.2019).
- Del Moral García, Antonio: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en José Miguel Zugaldía Espinar – Elena Blanca Marín de Espinoza Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Pamplona: Aranzadi, 2014, 229-310.
- Díaz Pita, María Paula: “La persona jurídica como imputado en el proceso penal español”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol. 2006-1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, 663-678.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo: “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en *La Ley*, 7796, <http://resp-pj.blogspot.com> (29.03.2020).
- Echarri Casi, Fermín Javier: “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, en *Diario La Ley*, 7632, 2011.
- Frister, Helmut y Sara Brinkmann: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, traducido por M. A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- Hernández Basualto, Héctor: “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, 5 (9), 2010, 207-236.
- Hernández Basualto, Héctor: “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, 2015, 217-263

- Khanna, Vikramaditya S.: “Corporate Criminal Liability: What purpose does it serve?”, en *Harvard Law Review*, 109 (7), 1996, 1477-1534.
- Lerman, Marcelo D. y Carla Salvatori: “Die Strafbarkeit juristischer Personen aufgrund von Korruptionsdelikten in Argentinien: Das Gesetzgebungsverfahren bis zum Erlass des Gesetzes 27.401 und das Fehlen eines soliden Fundaments für die Verantwortungszuschreibung”, traducido por T. Wostry, en *ZStW* (en prensa), 2020.
- Moore, Jennifer: “Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines”, en *Arizona Law Review*, 34, 1992, 743-797.
- Morales García, Óscar: “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”, en *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2011, 142-154, <<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>> (29.03.2020).
- Nieto Martín, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008.
- Nieto Martín, Adán: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, en *Política Criminal*, 5, 2008, 1-18.
- Orce, Guillermo: “Fundamentos de la despenalización del cohecho activo. Bases para una discusión”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 12, 2017.
- Orce, Guillermo y Gustavo F. Trovato: *Delitos Tributarios*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Orce, Guillermo y Gustavo F. Trovato: “El *compliance* como fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2018.
- Ortíz de Urbina Gimeno, Íñigo: “El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal ¿es posible la disuasión?”, en Demetrio Crespo (dir.) – Maroto Calatayud (coord.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, Madrid/Buenos Aires: Edisofer/BdeF, 2014.
- Ortíz de Urbina Gimeno, Íñigo y Eugenio C. Sarrabayrouse: “Informe sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Lascano – Montiel (coord.), *Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino*, 2013, <<http://crimint.com.ar/wp-content/uploads/2015/04/Ebook-Informe-CRIMINT-UNC-2012.pdf>> (29.03.2020).
- Peralta, José Milton: “La no obligación de declarar contra uno mismo”, en Julio César Rivera (h.) *et al.* (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. III, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, 399-439.

- Rose-Ackerman, Susan: “Corruption and the Criminal Law”, en *Forum on Crime and Society*, 2 (1), 2002, 3-21.
- Rose-Ackerman, Susan: “The institutional economics of corruption”, en G. d. Graaf – P. v. Maravic – P. Wagenaar (eds.), *The good cause: theoretical perspectives on corruption*, Opladen: B. Budrich, 2010, 47-63.
- Rusca, Bruno: “La persecución penal de la corrupción. Reflexiones y propuestas de política criminal”, en *Revista de la Facultad*, III (2), 2012, 137-154.
- Sanguiné, Odone: “Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal”, en Miguel Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, 413-496.
- Sarrabayrouse, Eugenio C.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo art. 304 CP: ¿una controversia saldada definitivamente?”, en Riquert et al. (coords.), *XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. I Encuentro de jóvenes penalistas*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, 13-59.
- Stordeur, Eduardo (h.): *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

Referencias legislativas

- Código Nacional de Procedimientos Penales (México), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf (29.03.2020).
- Código Penal de la Ciudad de México, https://leyes-mx.com/codigo_penal_ciudad_de_mexico/27%20bis.htm (29.03.2020).
- Decreto Legislativo n.º 1352 (Perú), <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01352.pdf> (29.03.2020).
- Ley 12.846 (Brasil), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm (29.03.2020).
- Ley 20.393 (Chile), <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668> (29.03.2020).
- Ley 27.401 (Argentina), <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/295000-299999/296846/norma.htm> (29.03.2020).
- Ley 30.424 (Perú), <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/> (29.03.2020).

- Ley 30.737 (Perú), <<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-asegura-el-pago-inmediato-de-la-reparacion-civil-a-f-ley-n-30737-1624757-1/>> (29.03.2020).
- Ley 30.835 (Perú), <<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-la-denominacion-y-los-articulos-1-9-y-10-d-ley-n-30835-1676524-1/>> (29.03.2020).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>> (29.03.2020).
- Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 127 (2016), <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/oa-responsabilidad_penal_personas_juridicas_-_proyecto_pen.pdf> (29.03.2020).
- Mensaje del Poder Ejecutivo (Boletín 6423-07), <https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6423-07> (29.03.2020).
- Sentencing Guidelines, Chapter 8, <<https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/2018-chapter-8>> (29.03.2020).

Referencias judiciales

- Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Bunge y Born Ltda. S.A.”, sentencia del 30 de junio de 1964, publicada en Fallos: 259:107.
- “Commonwealth v. Pulaski County Agricultural & Mechanical Ass’n”, 17 S.W. 422 (Ky. 1891).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Fly Machine S.R.L.”, sentencia del 30 de mayo de 2006 F.572.X.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Frigorífico Armour de La Plata S.A.”, sentencia del 9 de septiembre de 1963, publicada en Fallos: 256:491.
- Corte Suprema de los Estados Unidos: “New York Central R. Co. v. United States”, sentencia del 23 de febrero de 1909, 212 U.S. 481.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y CORRUPCIÓN: LA LEY 30424 ENTENDIDA DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

Andy Carrión Zenteno

RESUMEN. El artículo analiza el lugar de la persona jurídica en la corrupción, bajo la Ley 30424. Para ello, se ofrece un modelo construido con elementos de la llamada “metáfora contractual”. Sobre esa base, aquí se propone una reconstrucción de la responsabilidad de la empresa desde el enfoque de la teoría de las normas.

Palabras clave: corrupción; empresas; responsabilidad penal de la persona jurídica; teoría de las normas.

ABSTRACT. This article analyzes the place of legal entities in corruption under Law 30424. It offers a model constructed with elements of the so-called “contractual metaphor.” On that basis, it proposes a reconstruction of a company’s liability from the perspective of the theory of norms.

Keywords: Corruption; companies; criminal liability of legal entities; theory of norms.

La introducción en el ordenamiento peruano de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por delitos no fue el producto de una discusión de procedencia interna, sino del cumplimiento de compromisos adoptados por el Estado con instrumentos internacionales desarrollados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), específicamente la Convención para Combatir el Cohecho en

Transacciones Comerciales Internacionales.¹ Esto explica el *nomen iuris* primigenio de la Ley 30424, *la cual regula la responsabilidad administrativa² de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*. Esta opción legislativa, cabe aclarar, no fue exclusiva de Perú. También la ley chilena al respecto, por solo mencionar un ejemplo, fue concebida de la misma forma,³ esto es, como una exigencia de la OCDE.

En el caso peruano, el primer asunto discutible tras ser publicada la Ley 30424 fue su aplicabilidad. Al estar limitada al delito de cohecho activo transnacional, parecía contradecir la realidad criminógena de la corrupción y las conclusiones derivadas en la discusión político-criminal.⁴ Perú, huelga decirlo, no es un país caracterizado por “exportar” corrupción, sino por ser un prolijo “importador”.⁵ En consecuencia, la virtual aplicación de la Ley 30424 en su versión primigenia resultaba, para efectos prácticos, casi nula.

La primera modificación de la Ley 30424 fue efectuada por el Decreto Legislativo 1352. Pese a incorporar en su ámbito objetivo de aplicación los delitos de cohecho activo genérico (artículo 327 CP), lavado de activos (Decreto Legislativo 1106) y financiamiento del terrorismo (Decreto Legislativo 25475), dejaba fuera los tipos penales que, como se explicará más adelante, con mayor incidencia prefiguran la intervención de empresas.

Fue solo a partir de la modificación legislativa efectuada por la Ley 30835 cuando se incluyeron aquellas figuras típicas que, en mayor medida, suponen la intervención de una persona jurídica. A saber, los delitos de colusión (artículo 384 CP) y tráfico de influencias (artículo 400 CP). También se agregó el delito de peculado (artículo 387 CP), aunque este extremo de la decisión legislativa resulte, a diferencia de los tipos penales antes referidos, discutible, en la medida en que la incidencia y la posibilidad de intervención de las personas jurídicas en el delito de peculado no resultan del todo claras.

¹ Balmaceda Quirós: *Actualidad Penal*, 33, 2017, 15-36.

² Esta denominación puede sugerir que estamos frente a algún tipo de sanción “administrativa”. Sin embargo, la doctrina es unánime al reconocer que es una auténtica sanción penal.

³ Segovia Arancibia: *Revista jurídica del Ministerio Público*, 2010, 43, 218-233.

⁴ García Caveró: *Derecho Penal*, 906 ss.

⁵ Fabián Caparros: *La corrupción*, 41-43.

La decisión de incluir también el delito de peculado se explica porque los criterios utilizados por el legislador para fundamentar la expansión del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 30424 se basaron en datos cuantitativos relativos a la corrupción de funcionarios “en general”. Así, en la exposición de motivos de la Ley 30835, se señala que “la modificación de la Ley 30424 planteada por el Decreto Legislativo 1352 no es aplicable a cerca del 70% de casos de corrupción que se denuncia”.⁶ En este sentido, agrega:

El Decreto Legislativo 1352 mantiene en la impunidad a las empresas nacionales o extranjeras que *se coluden o participan en la apropiación ilícita de fondos públicos*, lo que configura casi el 70% de los casos de corrupción que se investigan en nuestro sistema de justicia.⁷

La afirmación antes acotada, desde luego, requiere partir de una noción previa de corrupción. En este sentido, cabría decir, en primer lugar, que “la corrupción, como tal, no es un delito autónomo”, sino un *modo de ataque* de uno o más bienes jurídicos. Esta particular forma de lesión o puesta en peligro se caracteriza por “la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”.⁸

Los elementos incluidos en la definición de corrupción podrían acoplarse a la denominada “metáfora contractual”. Según ella, la estructura común de los delitos de corrupción puede vincularse con la noción de contrato de orientación ilícita.⁹ Así, se pueden distinguir, como lo hace Kindhäuser, cuatro elementos del acto corrupto. En primer lugar, una relación trilateral en la que intervienen una persona obligada a actuar en interés de un tercero y otra persona que pueda otorgar una ventaja. El ejemplo concreto al respecto es el funcionario público obligado por su posición a actuar en favor de la entidad estatal a la que pertenece. En cuanto aparece la tercera persona (*extraneus*, siguiendo la terminología mayoritaria) se

⁶ Véase Congreso de la República: “Proyecto de Ley 1102/2016 CR” (29.11.18).

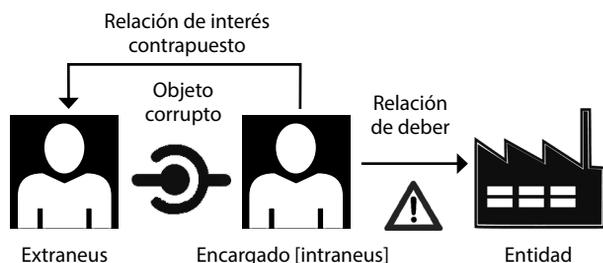
⁷ Cursivas agregadas. Congreso de la República: “Proyecto de Ley 1102/2016 CR”. Esta decisión, un tanto intuitiva, es aceptable por lo menos respecto de los delitos de colusión y tráfico de influencias, junto con las modalidades de cohecho ya comprendidas, si lo que se busca es comprender el arco de posibilidades que plantea la corrupción delictiva de empresas.

⁸ Kindhäuser: *Polít. Crim.*, A1, 2007, 2-7.

⁹ Mañalich: *Revista de Estudios de la Justicia*, 23, 2015, 95.

concreta la relación del eventual acto corrupto. En segundo lugar, la posición de la persona obligada a actuar para el interés del tercero (*posición de deber del encargado*, en los términos de Kindhäuser), idónea con relación al objeto del acto corrupto. En este sentido, el funcionario debe ser capaz de realizar, directa o indirectamente, el beneficio que la contraparte busca obtener. En tercer lugar, el objeto del acto corrupto implica necesariamente una ventaja variable, de acuerdo con el tipo penal, en tanto puede ser ofrecida, solicitada, aceptada. La ventaja no necesariamente consiste en dinero. En cuarto y último lugar, la relación entre los sujetos mencionados se basa en la incompatibilidad de intereses entre el ejercicio del poder otorgado al encargado y la ventaja que se le ofrece. Así, el encargado (el funcionario público) no actúa en función de los intereses del tercero a quien, en teoría, debe responder (la entidad estatal), sino como consecuencia de la ventaja ofrecida.¹⁰ Estos cuatro elementos se articulan en el siguiente modelo:

Figura 1



Fuente: elaboración propia.

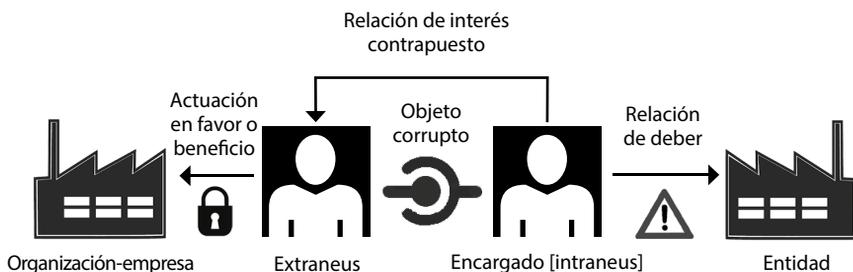
Si bien este modelo formalmente abarca todos los elementos estructurales que requiere la configuración típica de los delitos de corrupción (comprendidas no solo las modalidades de cohecho, sino también el tráfico de influencias y la colusión, conforme al CP), pareciera no contemplar todos los elementos que la realidad criminógena comprende. Y es que, recurriendo al escenario paradigmático de corrupción delictiva, a saber, la contratación pública, el modelo resulta incompleto, al no tener en cuenta

¹⁰ Kindhäuser: *Polít. Crim.*, n.º 3 A1, 2007, p.7.

a la *empresa* (también nombrada la *organización*, entendida como un cuarto interviniente en la relación).

Este cuarto sujeto crea un escenario particularmente interesante de cara a la relación de intereses del modelo planteado. Y es que el rasgo esencial del acto corrupto es la relación paradójica entre los deberes del encargado y el interés por la ventaja ofrecida. Es decir, como en el modelo, el encargado actúa contrario a los deberes relativos a la entidad estatal devenidos de su posición. No obstante, una vez que se comprende a la organización en el modelo, se evidencia que el *extraneus*, vinculado con la organización empresarial, mantiene una relación de interés coherente con esta. Al respecto, el siguiente modelo es ilustrativo:

Figura 2



Fuente: elaboración propia.

Este segundo modelo sí comprende el fenómeno de la corrupción en los términos que prefigura la Ley n.º 30424 en su versión modificada por la Ley 30835. Antes de la entrada en vigor de esta, la actuación de corrupción delictiva en beneficio o por cuenta de la organización solo gatillaba una situación jurídica eventualmente atendida por la responsabilidad civil. Ahora, independientemente del debate respecto a si se trata de responsabilidad penal o administrativa,¹¹ se está en el ámbito del derecho sancionador. Lo que, sin embargo, no deja de acarrear problemas sobre cómo se debería imputar este tipo de responsabilidad plasmada en la Ley 30424, esto es, qué elementos deben concurrir y cómo deben articularse.

¹¹ Caro Coria: *La Ley*, 2016.

Los problemas respecto al denominado sistema de imputación están estrechamente relacionados con la noción que se tenga del lugar del factor organizacional en el derecho penal. El factor organizacional puede ser entendido desde tres perspectivas: como *contexto* de imputación, *objeto* de imputación y *sujeto* de imputación.¹² La organización como *contexto* de imputación hace referencia a “los criterios de responsabilidad aplicables en el ámbito de intervención de varias personas en un mismo hecho delictivo”.¹³ En este ámbito se discute, por ejemplo, la denominada autoría mediata en aparatos organizados de poder. La organización como *objeto* de imputación se refiere, en principio, a los delitos de asociación ilícita u organización criminal, injustos objetivos en donde el objeto de imputación es la organización misma, razón por la cual el injusto individual se configura con la sola pertenencia a la organización. Finalmente, la organización como *sujeto* de imputación (el foco de interés en este trabajo), se refiere a la posibilidad de que la organización sea la receptora de una imputación penal.

La organización como sujeto de imputación

La organización como sujeto de imputación, sobre todo en el derecho continental, suscita dos interrogantes. Uno sobre la viabilidad de una genuina responsabilidad penal de las personas jurídicas y, dado el caso, otro sobre cómo estructurar esa responsabilidad.

Sobre el primer interrogante hay una aceptación cada vez mayor, tanto a nivel teórico como legislativo, de la viabilidad de una responsabilidad penal de la persona jurídica. Es la segunda cuestión la que ha generado varios desacuerdos. Para explicar el *cómo*, se han construido dos “modelos puros”. El modelo de *heterorresponsabilidad* y el de *autorresponsabilidad*.¹⁴ El primer modelo consiste, esencialmente,¹⁵ en la transferencia de la responsabilidad del comportamiento ilícito del sujeto a la organización. De acuerdo con Nieto Martín, los elementos que comportarían este sistema de imputación

¹² Mañalich Raffo: *Revista Chilena de Derecho*, 2 (38), 2011, 279-310.

¹³ Mañalich Raffo: *Revista Chilena de Derecho*, 2 (38), 2011, 284.

¹⁴ Al respecto, véase Nieto Martín: *La responsabilidad penal*, 85 ss.

¹⁵ Véase Laufer: *Corporate Bodies and Guilty Minds*.

serían: a) la comisión de una infracción por un agente de la empresa; b) que dicha infracción se haya realizado en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas; y c) que la infracción se haya realizado con la finalidad de obtener alguna ventaja o beneficio para la empresa.¹⁶ Las críticas a este modelo, por lo general, concuerdan en la posible vulneración del principio de culpabilidad que trae aparejado y, con ello, en su dudosa constitucionalidad. De otra parte, recurriendo a las categorías de *colectividades agregadas* y *colectividades integradas* desarrolladas por Philip Pettit, Mañalich señala que el problema estriba en que, asumiendo que la personalidad artificial (aunque real) de los entes colectivos descansa en la posibilidad de que los agentes individuales que le dan vida puedan suspender sus proyectos, de cuando en cuando, en función del punto de vista del colectivo, nos encontramos ante el escollo de que las normas jurídico-penales “no aceptan semejante suspensión de la agencia individual en pos de la agencia colectiva”, puesto que “se trata del seguimiento de normas que imponen deberes personalísimos”. En consecuencia, el problema no es ontológico, sino normativo.¹⁷

El segundo modelo es el de autorresponsabilidad o modelo de imputación por el hecho propio.¹⁸ En este sistema de imputación, lo transcendente no es la infracción cometida por el agente individual sino la actividad propia de la empresa, tanto anterior como posterior al delito. Cabe destacar las propuestas de Gómez-Jara. Redefiniendo algunas nociones clásicas, como la de culpabilidad, ha buscado brindar el soporte para discutir propiamente una culpabilidad de la empresa.¹⁹ Esta posición, por lo demás, no está exenta de críticas, siendo, a mi juicio, esencial aquella dirigida a la noción de *hecho* en la que se apoya.

De acuerdo con Gómez-Jara, el *hecho* de la empresa debe analizarse desde una perspectiva “normativista” y no naturalística. En ese orden, el hecho de la empresa es *la configuración de un ámbito organizativo*

¹⁶ Nieto Martín: *La responsabilidad penal*, 89.

¹⁷ Mañalich: *Revista Chilena de Derecho*, 2 (38), 2011, 299.

¹⁸ Véase Gómez-Jara: *La culpabilidad de la persona jurídica*, 144 ss.; Gómez-Jara: *Compliance y responsabilidad penal*, 123 ss.; Kubiciel: *Compliance als Strafausschlussgrund*, 76.

¹⁹ Gómez-Jara: *La culpabilidad penal de la empresa*.

determinado,²⁰ la configuración de un ámbito organizativo propio.²¹ La objeción a esta posición radica en que, como señala Mañalich, si partimos de que la organización autorreflexiva de la empresa es el presupuesto de su capacidad de culpabilidad, entonces la definición de hecho antes referida cae necesariamente en un razonamiento circular. La persona jurídica, en este sentido, “sería culpable de un ejercicio de su propia capacidad de ser culpable”.²²

Respecto de esos dos modelos “puros” se sitúa el debate en torno al análisis del sistema de imputación instaurado por la Ley 30424. Conviene advertir que el debate a modo de dilema entre “heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad” se ha tornado un tanto improductivo. Se ha perdido de vista que la función de las categorías dogmáticas mencionadas es justamente dar cuenta, hacer inteligible, el dispositivo legal. No se trata de postulados de valor intrínseco. El orden del debate, tal y como se ha descrito, a su vez, ha contribuido a difuminar la línea que separa lo dicho en términos de *lege lata* de lo que, propiamente, tendría que considerarse *lege ferenda*. Con ello se intenta dar una visión positiva sobre el debate, y no meras propuestas *extra legem*.

Teniendo en cuenta esto, en lo que sigue buscaré ofrecer un modo de comprensión del sistema de imputación recogido por la Ley 30424 desde la teoría, de corte analítico, de las normas.²³ En esta tesitura, el hecho punible es, esencialmente, una contradicción respecto a una norma de comportamiento, sea de mandato o de prohibición. Estas normas de comportamiento, no reconocibles de modo evidente en los cuerpos normativos correspondientes, se pueden construir teóricamente mediante la formulación contradictoria de las normas de sanción, aquellas disposiciones normativas que presentan una estructura condicional que relaciona un supuesto de hecho a una consecuencia jurídica y que comúnmente son conocidas como tipos penales.

²⁰ Gómez-Jara: *La culpabilidad penal de la empresa*, 279.

²¹ Gómez-Jara, 2018, 168.

²² Mañalich: *Revista Chilena de Derecho*, 2 (38), 2011, 300.

²³ Véanse los siguientes textos de Kindhäuser: *Bien jurídico, seguridad y hecho punible*, 2017, 105 ss.; *Gefährdung als Straftat*, 1989; *Zur Logik des Verbrechenaufbaus*, 1997, 77 ss. Asimismo, Mañalich: *Revista de Estudios de Justicia*, 12, 2010, 169 ss.

Ahora bien, el establecimiento de normas de comportamiento dirigidas a las personas jurídicas presupone la existencia de una capacidad de acción y de culpabilidad como condiciones de punibilidad. En este sentido, la capacidad de acción de la persona jurídica se entiende desde una perspectiva *intencionalista*, según la cual:

El colectivo estructurado (como una empresa o una organización gubernamental o no gubernamental) sostiene públicamente compromisos doxásticos con determinadas premisas de razonamiento práctico (expresadas, según French, en los estatutos y reglas internas; según Pettit, en su propósito y necesidad de unidad racional; según Tuomela, en el *ethos*). De esta intención participaría el colectivo en general, por la aceptación de los mecanismos de toma de decisión colectivo estructurado.²⁴

De esta forma, “los miembros de un colectivo pueden realizar aquello que puede decirse es una intención del colectivo, que ha evaluado razones y decidido actuar conforme a ellas, actualizando y madurando una intención previa en una intención en la acción”.²⁵

Por lo demás, no existe mayor inconveniente en aplicar estas categorías en la interpretación de la Ley 30424 a fin de dar cuenta del sistema normativo que ha instaurado. El primer paso corresponde a la ubicación de la norma de comportamiento que, se entiende, puede servir como razón para la acción de la empresa, esto es, la que “determina cuál era la intención que un colectivo debía estar en condiciones de formarse, para no transgredir la norma [de comportamiento]”.²⁶

Para efectuar esta operación, el artículo 3 de la Ley 30424 constituye en buena medida la norma de sanción aplicable a las personas jurídicas:

Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

²⁴ Sepúlveda Penna: *La capacidad de acción*, 122.

²⁵ Sepúlveda Penna: *La capacidad de acción*, 123-124.

²⁶ Sepúlveda Penna: *La capacidad de acción*, 157.

b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

[...]

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Cabe decir, en primer lugar, que el último párrafo resulta redundante en la medida en que su sentido fácilmente se puede extraer del primero. Si la norma de sanción establece que la responsabilidad deviene del delito cometido por el agente individual realizado en beneficio de la empresa, se colige que aquellas actuaciones que no se encuentren dirigidas en favor de esta, sino por el puro interés propio del agente individual, no se encontrarían comprendidas en el ámbito de la norma de sanción.

En lo que respecta al primer párrafo, su estructuración en modo normativo puede enunciarse de la siguiente forma: *Si las personas jurídicas son beneficiadas, directa o indirectamente, por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, en su nombre o por cuenta de ellas, por las personas comprendidas en los literales a), b) y c) del artículo 3, serán responsables administrativamente.*

Si aceptamos esta enunciación, la formulación contradictoria que permite delimitar la norma de comportamiento sería de la siguiente forma: [Persona jurídica] *No te beneficies, en ningún modo, por ciertos delitos que podrían cometer ciertos miembros actuando a nombre tuyo* [persona jurídica].

Como se ve, la norma de comportamiento dirigida a la persona jurídica, en principio, pareciera consistir en una norma de prohibición, esto es, en una razón para la omisión, si nos guiamos por la primera parte del enunciado (“no te beneficies”), cuya consecución se limitaría a la simple omisión de la búsqueda del beneficio por la empresa.

Sin embargo, la particularidad de esta norma de comportamiento es que incluye dos sujetos en su estructura: a la persona jurídica y al posible agente que comete el injusto individual. Vista así, la norma no podría limitarse a la “no-búsqueda” del beneficio, en cuyo caso subsistiría la posibilidad de que el agente individual, *motu proprio*, realizara, igualmente, y a favor de la empresa, alguno de los delitos delimitados por el ámbito objetivo de la Ley. Si se entendiera así, la norma se limitaría a *no promover* el beneficio de la persona jurídica de las acciones ilegales que podrían realizar sus miembros.

No obstante, vista en su total dimensión, la norma de comportamiento está lejos de limitarse a ese ámbito. Al incorporar en su estructura a estos dos sujetos, se establece una suerte de posición de garantía implícita de la persona jurídica. La norma, así, no se limitaría a la “no-búsqueda” de beneficios ilegales por parte de los miembros de la persona jurídica, sino que exigiría a la persona jurídica *impedir* la comisión de delitos que eventualmente la beneficiarían. En esta perspectiva, el hecho de la empresa se configuraría en rigor a partir de la contravención a una norma de mandato, y no da una de prohibición.

Al establecerse como una norma de mandato, su posible contravención pasaría por la no realización de una conducta esperada, vale decir, una norma de requerimiento relacionada con el agente individual, la misma que funge como razón para la acción: impide la comisión de delitos.

Lo antes dicho nos traslada a un escenario semejante al de una omisión impropia. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un padre que deja que su hijo menor se ahogue. La norma quebrantada por el padre es una norma de requerimiento que exige el impedimento de un resultado: la muerte del niño. La norma, pues, requería una acción impeditiva del resultado. En el caso de las personas jurídicas, igualmente, la contravención radicaría en la no realización de acciones que busquen impedir que determinados miembros de la organización cometan ciertos delitos.

La única diferencia entre el caso de la omisión sancionada por el artículo 3 de la Ley 30424 y la estructura de un delito de omisión impropia es que, en el primer caso, no se precisa de una *metarregla* de la parte general que opere como herramienta de transformación de los delitos comisivos de la parte especial.²⁷ Tomando el ejemplo arriba descrito, el tipo penal aplicable tiene, en principio, carácter comisivo, razón por la cual la norma de comportamiento devendría en una de naturaleza prohibitiva y, con ello, en una razón para la omisión. Sin embargo, a esta estructura típica resulta aplicable una *metarregla* (en el caso peruano, el artículo 13 CP) que transforma aquellas normas de comportamiento de naturaleza prohibitiva (un no hacer) en otras de mandato, razón por la cual la norma de sanción que devendría sería una de naturaleza omisiva: no impedir la muerte del niño.

En el caso de la Ley 30424, dicha operación no es necesaria, en la medida en que la propia norma de sanción, tal y como se encuentra enunciada, permite extraer una norma de comportamiento de mandato y, por tanto, para las personas jurídicas, una razón para la acción.

Ahora bien, si, como se ha dicho, la norma de comportamiento que prefigura el artículo 3 de la Ley 30424 exige la realización de acciones destinadas a impedir la comisión de delitos a su favor por parte de sus funcionarios, cabría preguntarnos qué tipo de acciones serían aquellas. Puede servir de ejemplo la norma de sanción de la ley chilena en la materia, que también se encuentra en su artículo 3. En efecto, en los párrafos primero y tercero del referido precepto legal se lee lo siguiente:

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

[...]

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere

²⁷ Mañalich R.: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.º 2, 2014, 225-276.

adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

De la lectura de este artículo es claro que la acción exigida, en su caso, resulta ser el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión o, lo que es lo mismo según su tenor legal, la adopción de un programa de cumplimiento. En consecuencia, “el hecho imputable a la persona jurídica consistiría en la omisión de implementación de un modelo de prevención de delitos”.²⁸

En el caso peruano, determinar cuál sería la acción concreta exigida resulta mucho más complicado porque la enunciación del artículo 3, *per se*, no permite establecerlo. Una propuesta al respecto sugiere la remisión al artículo 17 de la Ley 30424, que nos permitiría colegir que la acción prototípica requerida, en este sentido, sería la adopción de un modelo de prevención:

La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

De esta forma, el artículo 17 es una disposición normativa fragmentaria que dota de sentido el artículo 3. Si se sigue con la comparación con la ley chilena, existe una disposición semejante al artículo 17 (disposición que, en buena cuenta, se trata también de una eximente de responsabilidad). En este sentido, el tercer párrafo del artículo 3:

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

²⁸ Segovia: *Revista jurídica del Ministerio Público*, 43, 2010, 218-233.

La capacidad de rendimiento del modelo planteado se verifica si abordamos los demás aspectos que resultan problemáticos en la Ley 30424. Así, por ejemplo, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la responsabilidad del agente individual, plasmada en el artículo 4 de la Ley 30424, queda plenamente explicada si, como se ha mostrado, se cae en la cuenta de que el hecho propio de la persona jurídica no es el efectuado por el agente individual (lo cual, sin embargo, no implica afirmar una desvinculación total), sino un hecho propio caracterizado por la contravención de una norma de requerimiento mediante la omisión de una acción impeditiva.

Este planteamiento da cuenta de forma idónea de las dos reglas de exclusión de responsabilidad reconocidas en la Ley 30424. La primera, referida al supuesto de que el agente individual haya cometido el delito a favor del interés propio y no del de la persona jurídica (artículo 3 *in fine*). La acción queda aquí fuera del margen de la norma de sanción. La segunda regla se refiere al supuesto de que la acción se ha cometido a pesar de la existencia de un modelo de prevención idóneo y debidamente implementado o, lo que es lo mismo, cuando el agente individual “comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado” (artículo 17.4). En este caso, el supuesto parece establecer una ruptura del nexo causal, en la que la realización del acto no se da como correlato de la omisión de la acción impeditiva requerida a la persona jurídica (esto es, la adopción de un programa de cumplimiento), sino a pesar de ello.

A diferencia de la ley chilena, la Ley 30424 no establece en su artículo 3 que el delito del agente individual deba ser el producto de la no adopción de un modelo de prevención. Sin embargo, si se interpreta el artículo 17.4 con relación al artículo 3, parece que, al menos en un sentido, el delito individual debería poseer un grado de vinculación con la omisión de la persona jurídica. Si la norma dice que la persona jurídica no responde cuando el agente individual elude el modelo de prevención, quiere decir que no es el delito del agente individual *per se* lo que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica, sino la omisión de adoptar un modelo que potencialmente hubiera podido evitarlo. Aceptar que el delito individual no se entienda como el producto de la no adopción del modelo implica que habría una posibilidad en la que, pese a que la persona jurídica

adopta un modelo de prevención efectivo e idóneo, ella respondería por el accionar del agente individual cuando este ha actuado de forma fraudulenta respecto del modelo, es decir, cuando lo ha eludido, lo cual queda expresamente descartado por el artículo 17.4 de la Ley.

El modelo planteado sirve para dar cuenta de la diversa normativa comparada, al margen de sus matices. Ello porque en todos los casos será preciso recurrir a una norma de sanción, cuya formulación contradictoria, tal y como se ha desarrollado precedentemente, permitirá arribar a la norma de comportamiento *propia* de la persona jurídica, independientemente de si trata de responsabilidad administrativa o penal. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 27401 argentina; el artículo 5 del Decreto Legislativo 231 italiano; y en el caso español, el artículo 31*bis* del Código Penal conforme a la modificación efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

Finalmente, otra de las virtudes del modelo es que permite establecer un derrotero probatorio más claro. En efecto, si la imputación a la persona jurídica se expresa como un enunciado adscriptivo²⁹ de una omisión de una acción requerida (el impedimento de la comisión de delitos mediante la adopción de un modelo de prevención), la discusión probatoria queda mejor delimitada.

Al imputarse la existencia de uno de los delitos comprendidos en el artículo 1 de la Ley 30424 a manos de alguna de las personas señaladas en los literales a, b y c del artículo 3, se activan los siguientes escenarios prototípicos relevantes de discusión: i) la persona jurídica contaba con un programa de prevención idóneo y efectivo, en cuyo caso se tiene que explicar cómo i.i) el agente individual, de alguna forma fraudulenta, logró eludirlo; y ii) que el agente individual actuó en su provecho propio.

En el ámbito de la valoración probatoria, la sola comisión del delito del agente individual en los términos requeridos por la Ley 30424 activa una serie de razonamientos presuntivos válidos. El esencial es que la persona jurídica favorecida y por la cual se desarrolló el delito no cumplió la norma de comportamiento. Esto no quiere decir que baste el delito cometido por el agente individual para fundamentar la responsabilidad del ente colectivo.

²⁹ Mañalich R.: *Doxa*, 35, 2012, 663-690.

Lo que se quiere decir es que, en el ámbito probatorio, el delito del agente individual permite extraer una inferencia hipotética válida: que la persona no habría procurado jurídicamente impedir la comisión del delito.

El correlato práctico de esta situación se traslada, entonces, al ámbito de las cargas probatorias, cuyo orden queda configurado de tal forma que correría por cuenta de la persona jurídica imputada probar que el delito se cometió cuando estaba en funcionamiento un programa de prevención efectivo. Asimismo, la persona jurídica tendría que probar, a su vez, cómo el agente individual logró, de forma fraudulenta, evadirlo. Este último enunciado, que se entiende debatible, encuentra su fundamento en que, al momento de pensar sobre la efectividad del modelo de prevención (aspecto requerido para que se active la eximente de responsabilidad) es difícil no dar una explicación sobre cómo fue posible la realización del delito del agente individual, debido al alto valor expresivo que posee este hecho con relación a la efectividad del programa de prevención.

Estas consideraciones probatorias, por lo demás, resultan coherentes con una de las finalidades político-criminales que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber, “la reducción de los costes de esclarecimiento e investigación”,³⁰ que ulteriormente se traducen en una labor más activa de la propia persona jurídica en el esclarecimiento del hecho.

En ese sentido, si consideramos que el hecho de la persona jurídica es un hecho comisivo por infracción de una norma de conducta de prohibición (haberse organizado defectuosamente), entonces las cargas probatorias varían su orden de tal forma que correspondería al órgano acusador probar la “defectuosa organización de la persona jurídica”, descripción, por lo demás, de no menor generalidad e indeterminación. Esta posición dogmática resulta paradójica en relación con los fines que persigue la Ley 30424. Así, se pasa de la dificultad de descubrir la aguja en el pajar a la de determinar cómo el diseño del pajar hizo posible la pérdida de la aguja.

En cambio, si se entiende, como se hizo, que el hecho de la empresa es una conducta omisiva que contraviene una norma de mandato (haber

³⁰ Nieto Martín, *La responsabilidad penal*, 48 ss.

impedido la comisión de delitos de sus miembros), solo que se haya producido el delito es un síntoma de que, en efecto, no se procuró impedirlo con lo cual las cargas probatorias se invierten.

Bibliografía

- Balmaceda Quirós, Justo: “Las personas jurídicas y su responsabilidad ‘administrativa’ autónoma, para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N° 1352”, en *Actualidad Penal*, 33, 2017, 15-36.
- Caro Coria, Dino Carlos: “La responsabilidad ‘administrativa’ de las empresas corruptas”, en *La Ley*, Lima, 5 de abril de 2016.
- Fabián Caparros, Eduardo A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- García Caverro, Percy: *Derecho Penal Parte General*, Lima: Ideas Solución Editorial, 2019.
- Gómez-Jara, Carlos: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Gómez-Jara, Carlos: “La culpabilidad de la persona jurídica”, en Miguel Bajo Fernández *et al.*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Thomson Reuters, 2016, 144 ss.
- Gómez-Jara, Carlos: *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*, Lima: Instituto Pacífico, 2018, 123 ss.
- Kindhäuser, Urs: *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989.
- Kindhäuser, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán”, en *Polít. Crim.*, 3, 2007.
- Kindhäuser, Urs: *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal*, San Justo: Universidad Nacional de La Matanza, 2017.
- Kindhäuser, Urs: “Zur Logik des Verbrechenaufbaus”, en Koch (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neuen Fragen?*, Berlin: Berlin Verlag, 1997, 77 ss.
- Kubiciel, Michael: “Compliance als Strafausschlussgrund in einen künftigen Unternehmensstrafrecht”, En *Festschrift für Jürgen Wessing zum 65 Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2016, 76 ss.

- Laufer, William S.: *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago-London: University of Chicago Press, 2006.
- Mañalich Raffo, Juan P.: “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. en *Revista Chilena de Derecho*, 2 (38), 2011, 279-310.
- Mañalich Raffo, Juan P.: “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, en *Doxa*, 35, 2012, 663-690.
- Mañalich Raffo, Juan P.: “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”. en *Revista de Estudios de la Justicia*, 23, 2015, 95 ss.
- Mañalich Raffo, Juan P.: “Norma e imputación como categoría del hecho punible”, en *Revista de Estudios de Justicia*, 12, 2010, 169 ss.
- Mañalich Raffo, Juan P.: “Omisión del Garante e Intervención delictiva desde la teoría de normas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2 (21), 2014, 225-276.
- Nieto Martín, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008.
- Segovia Arancibia, Antonio: “Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N°20.393”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 43, 2010, 218-233.
- Sepúlveda Penna, Carla A.: *La capacidad de acción de los entes colectivos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2014.

Legislación

Código Penal peruano.

Decreto Legislativo 1352.

Ley 30424.

Ley 30835.

Proyecto de Ley 1102/2016 CR.

Recursos de internet

Exposición de motivos de la Ley 30835, http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0110220170317.pdf (29.11.18).

O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NO DIREITO BRASILEIRO: EXPOSIÇÃO E CRÍTICA DO PANORAMA JURISPRUDENCIAL *

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

RESUMO. O presente informe tem por objetivo principal apresentar um exame detalhado do crime de corrupção passiva no Brasil, tendo em conta especialmente as recentes tendências jurisprudenciais provenientes do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que as recentes alterações jurisprudenciais aproximaram o tratamento da corrupção passiva no Brasil ao de outros países com normas semelhantes, mas ainda são necessários alguns ajustes dogmáticos.

Palavras-chave: corrupção; probidade administrativa; ato de ofício; função pública; competência.

ABSTRACT. The main purpose of this report is to present a detailed analysis of the crime of taking bribes as a public official passive corruption in Brazil, especially in light of the recent jurisprudential tendencies from trends in the Federal Supreme Court. The report concludes that recent jurisprudential changes have approached brought the treatment of taking bribes as a public official passive corruption in Brazil closer to that of other countries with similar rules, but some dogmatic adjustments are still necessary.

Keywords: Corruption; administrative probity; official act; public function; competence.

* Este artigo foi elaborado com a valiosa contribuição de Marcelo Costenaro Cavali, doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo / USP e juiz instrutor no Supremo Tribunal Federal.

Introdução

O termo *corrupção* possui extensão semântica bastante vasta. Por vezes se refere à corrupção como qualquer abuso do poder confiado para a obtenção de um ganho privado. Essa noção permite abranger conceitualmente uma gama enorme de desvios éticos, que vão desde favorecimentos a fornecedores realizados por diretores de empresas até a negociação da função pública por agentes estatais.

Aliás, pode-se mesmo ir além disso, incluindo no conceito de corrupção qualquer forma de uso inadequado de poder ou dinheiro alheio, qualquer atuação contrária à integridade e à responsabilidade na gestão de bens de terceiros.¹ Como apontado astuciosamente pelo Ministro John Paul Stevens, da Suprema Corte dos EUA, ao examinar a influência do poder econômico no resultado de eleições, “existem ameaças de corrupção que são muito mais destrutivas para uma sociedade democrática do que o simples suborno”.²

O enfrentamento do problema da corrupção, nesse sentido amplo, perpassa diversos aspectos, de caráter cultural, educacional, político, de redução de desigualdades sociais e econômicas, etc.. Não cabe ao aparato repressivo do Estado protagonismo nessa luta.

Mesmo no âmbito jurídico existem diversos caminhos preferíveis ao direito penal, como o estabelecimento de regras claras e objetivas para a realização de contratações administrativas, a ampla transparência de gastos e programas públicos, o incentivo a mecanismos difusos de controle da atividade estatal, a previsão de um sistema político-eleitoral eficiente e transparente, a regulação da atividade de *lobby*, entre outras medidas. O ideal, portanto, é criar um ambiente que desestimule, do modo mais eficiente possível, a prática da corrupção.

¹ Mungiu-Pippidi: *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*, 1-2.

² Tradução livre do original [“There are threats of corruption that are far more destructive to a democratic society than the odd bribe”]. Voto divergente proferido em *Citizens United v. Federal Election Comm’n*, 558 U. S. 310 (2010).

De toda forma, mesmo num universo adverso à corrupção o direito penal terá sempre o papel de proteção subsidiária da proibidade administrativa – ou empresarial, na corrupção de natureza privada.

Existem vários tipos penais que, embora possam ser enquadrados no conceito mais amplo de corrupção proposto pela Transparência Internacional, recebem tratamento penal diferenciado no sistema jurídico brasileiro. Além disso, existem figuras típicas que abrangem parcialmente o injusto do delito de corrupção privada – inexistente, como delito abrangente, no direito brasileiro, apesar de previsto em anteprojeto de novo Código Penal.

Porém, neste artigo se focará especificamente na resposta oferecida contra o fenômeno da corrupção pelo direito penal brasileiro. O cerne do estudo recairá sobre o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, que tem sido objeto de exaltadas controvérsias na jurisprudência brasileira recente.

Corrupção e figuras assemelhadas

No direito brasileiro o problema da corrupção *lato sensu* é disciplinado penalmente por meio de diversas figuras típicas – e não por um “delito geral de corrupção”.³ Os crimes de corrupção passiva (CP, art. 317) e corrupção ativa (CP, art. 333) são os protótipos dos crimes contra a Administração Pública, mas não são os únicos. Vários desses tipos penais se encontram no Título XI do Código Penal, como os delitos de peculato (art. 312), concussão (art. 316), prevaricação (art. 319) e advocacia administrativa (art. 321). Mas também existem tipos penais voltados ao combate à corrupção em sentido amplo que não constam do Código Penal, como as fraudes em licitações (Lei nº 8.666/1993, arts. 89 e seguintes) ou em eventos esportivos (Lei nº 10.671/2003, arts. 41-B e seguintes).

Sob a denominação única *corrupção* existem no direito brasileiro tipos penais bastante distintos entre si, alguns dos quais não se enquadrariam sequer nas definições amplas de corrupção apresentadas. Além das já

³ Diferentemente, por exemplo, da estratégia adotada pelo Reino Unido, onde o *Bribery Act* de 2010 veicula um delito geral de corrupção.

mencionadas figuras da corrupção passiva (CP, art. 317) e corrupção ativa (CP, art. 333), ainda no título dos crimes contra a Administração Pública está tipificado o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional (CP, art. 337-B). Em outros títulos do Código Penal a palavra corrupção é utilizada em acepção totalmente distinta daquela aqui tratada: há o crime de corrupção de menores (art. 218), qualificado como crime contra a dignidade sexual, e os crimes de corrupção de água potável (art. 271), de produtos alimentícios (art. 272) e de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais (art. 273), tidos como crimes contra a saúde pública.

Os tipos penais mais assemelhados à corrupção passiva são os delitos de concussão (CP, art. 316) e peculato (CP, arts. 312 e 313).

Na esfera privada não existe um tipo penal específico de corrupção.⁴ Constata-se, pelo contrário, a existência de tipos penais esparsos que captam parcialmente o conteúdo de injusto da corrupção,⁵ como as figuras previstas nos arts. 41-C e 41-D do Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003), introduzidos pela Lei nº 12.299/2010, cuja incidência se encontra restrita ao campo dos eventos esportivos.⁶

⁴ Existe, porém, uma proposta de sua introdução no projeto de novo Código Penal (PLS 236, de 2012) No texto original, o crime de corrupção entre particulares está previsto no art. 167, no Título II – Crimes contra o patrimônio, e pune a conduta de “exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida para favorecer a si ou a terceiro, a fim de realizar ou omitir ato inerente a suas atribuições” com a pena de 1 a 4 anos. Há ainda outros projetos sobre o tema, tanto no Senado Federal (PLS 455, de 2016, apresentado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do futebol) como na Câmara dos Deputados (PL 3163, de 2015), porém estão praticamente parados. É digno de nota, ainda, que a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), rede que reúne diversas entidades públicas e privadas, criada em 2003 pelo Ministério da Justiça, elaborou anteprojeto de lei com o intuito de promover a responsabilização criminal de suborno entre empresas, punindo a conduta de exigir, solicitar, receber, oferecer, prometer ou entregar vantagem indevida, como sócio, gerente, administrador, empregado ou colaborador. Sobre a criminalização da corrupção privada, cfr. Camargo – Lima: RBCC 134, 2017, 219-265.

⁵ Cfr. Teixeira, *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*, 2018, 517-536.

⁶ Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A legislação brasileira tampouco tipifica o delito de infidelidade patrimonial, que em diversos países cobre substancialmente o conteúdo de injusto da corrupção privada e tem sido largamente utilizado para a responsabilização de envolvidos em casos de abuso dos poderes recebidos, especialmente em relações de caráter privado.⁷

Também deve ser mencionado o crime de concorrência desleal, que, entre outras formas típicas, contempla as condutas de oferecimento, pagamento ou recebimento de vantagem indevida no âmbito de empresas concorrentes (art. 195, IX e X, da Lei nº 9.279/1996).⁸ Igualmente aqui a incidência é bastante restrita, limitando-se a ações entre empresas concorrentes. A corrupção é apenas um meio de realização de concorrência desleal.

Pode-se aludir, finalmente, ao crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/1986.⁹ A corrupção à frente da administração de instituição financeira, porém, é apenas uma entre inúmeras outras fraudes que podem preencher o tipo penal extremamente aberto.

Estrutura típica do delito de corrupção passiva

No Brasil as condutas do corrupto e do corruptor são reguladas em tipos penais distintos: o funcionário público que negocia com a função pública é punido por corrupção passiva (CP, art. 317), ao passo que o particular que a ele oferece ou promete a vantagem indevida é sancionado por corrupção ativa (CP, art. 333).¹⁰

⁷ A introdução de tal tipo penal no Brasil, porém, haveria de ser pensada num contexto de reformulação dos diversos outros delitos que, de forma confusa e fragmentária, procuram apreender o conteúdo do injusto, conforme exposto adiante. Nesse sentido, com argumentos convincentes, cfr. Leite – Teixeira: *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, 2016, 15-58. No mesmo sentido, De Grandis: 2018.

⁸ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.

⁹ Lei nº 7.492/1986. Art. 4º Gerir fraudulenta instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

¹⁰ Esta é a redação típica desses dispositivos: Corrupção passiva. Art. 317: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena

O tratamento dos dois delitos em tipos penais separados tem sua razão de ser, na medida em que não há uma reciprocidade necessária entre a ocorrência dos dois crimes, ou seja: é possível que ocorra um dos delitos sem a caracterização do outro. Se o particular oferece a vantagem, mas o funcionário não a aceita, há apenas corrupção ativa; se o funcionário solicita a vantagem, sem ser atendido, existe somente corrupção passiva.¹¹

Por outro lado, porém, a diferença na regulamentação suscita algumas controvérsias, nomeadamente pelo fato de que a corrupção ativa se refere à prática de ato de ofício, ao passo que a forma básica do delito de corrupção passiva não o faz, limitando-se a aludir à solicitação ou ao recebimento de vantagem indevida *em razão da função pública*.

Neste artigo serão feitas algumas considerações sobre o bem jurídico tutelado, para, em seguida, verificar em detalhe a estrutura típica e algumas das questões mais polêmicas referentes à corrupção passiva.

O bem jurídico tutelado

Em geral, a doutrina aponta para conceitos de ampla compreensão semântica quando trata do bem jurídico tutelado pelo tipo penal da corrupção passiva. Refere-se à “Administração Pública (aspecto patrimonial e moral)”;¹² “o regular e correto funcionamento da atividade pública, visando servir aos interesses gerais de forma hígida, objetiva e eficaz”;¹³ à

– reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º: A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. Corrupção ativa: Art. 333: Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena / reclusão, de 2 a 12 anos, e multa. Parágrafo único: A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

¹¹ A rigor, no segundo exemplo, mesmo que a vantagem fosse paga, haveria apenas corrupção passiva, já que o tipo penal se refere apenas às condutas de solicitar e prometer – e não às condutas de dar ou pagar. Incoerentemente, quando se trata de corrupção ativa em transação comercial internacional, a conduta de dar também é considerada típica (CP, art. 337-B). Ou seja, pagar propina solicitada por funcionário público estrangeiro é crime no Brasil; pagar propina para funcionário da Administração Pública brasileira, se houver solicitação prévia por parte deste, não.

¹² Nucci: *Código Penal Comentado*, 2017, 1439.

¹³ Prado: *Comentários ao Código Penal*, 2015, 1073.

“Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa”.¹⁴ Outros autores procuram restringir o bem jurídico, mencionando, por exemplo, “a defesa do conteúdo do ato administrativo, a título de expressão do interesse político comunitário dos cidadãos na configuração do Estado e legitimação”.¹⁵

Adota-se aqui uma concepção larga do bem jurídico protegido. Agentes públicos são a face do Estado em suas relações com os particulares. Sua atuação está submetida aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição).

Essa noção está bem sumarizada no conceito de probidade administrativa, entendida como a atuação honesta, leal e impessoal diante da Administração Pública. Ao atuar em nome do Estado, os servidores públicos devem deixar de lado todos os seus interesses e preferências pessoais e particulares – e agir unicamente com vistas ao atingimento do interesse público. Qualquer utilização do cargo, emprego ou função pública para ganhos pessoais viola esse bem jurídico. Daí que se diga que o dever de probidade “é o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público”.¹⁶

Por outro lado, considerando os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal, somente aquelas violações mais graves desse bem jurídico devem ser reprimidas criminalmente. Por isso, a identificação do bem jurídico é apenas o primeiro passo para o exame da tipicidade penal, que exige, ademais, a constatação de todos os elementos da regra incriminadora.¹⁷

Tendo-se em conta a amplitude não apenas do bem jurídico tutelado, mas também da forma de proteção adotada pelo tipo penal¹⁸ – refletida na largura das balizas do preceito secundário do tipo penal, que prevê

¹⁴ Bittencourt: *Código Penal Comentado*, 2015, 1386.

¹⁵ Ruivo: *RPCC* 25, 2015, 275.

¹⁶ Carvalho Filho: *Manual de direito administrativo*, 2016, 68.

¹⁷ Greco-Teixeira: em Leite *et al.*, 2017, 67, também se referem à “insuficiência da questão do bem jurídico” para a definição da corrupção.

¹⁸ Como se verá, o recebimento de vantagens indevidas de qualquer espécie está compreendido em um tipo penal amplo, com vinculação ou não a ato de ofício ou infração de dever funcional.

penas que vão de 2 a 12 anos de prisão –, caberá ao julgador identificar os diferentes níveis de gravidade das condutas típicas no momento de dosar concretamente a pena. Desse modo, condutas como o mero recebimento de vantagens indevidas devem ser punidas menos severamente do que a percepção de valores especificamente para a omissão ou prática de um ato de ofício, em especial quando em violação ao dever funcional.

Sujeito ativo

O crime de corrupção passiva se encontra, dentro do título dos crimes contra a Administração Pública, no mais restrito capítulo dos “crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”. O crime, portanto, somente pode ser cometido por quem ostente a qualidade de *funcionário público*.

Trata-se, pois, de *delito próprio* ou *especial*. Nestas infrações penais se exige que o autor do delito possua uma certa qualidade especial, que detenha uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato que legitime sua eleição como figura central da ação típica.

O autor do delito, portanto, será sempre o funcionário público, ainda que a conduta descrita na norma seja praticada por um *extraneus*. Se um intermediário solicita vantagem indevida, em nome e com autorização do funcionário público, este será o autor do delito, sendo aquele considerado partícipe.

De acordo com o art. 327, *caput*, do CP, “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Por sua vez, o § 1º do mesmo artigo equipara a funcionário público “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Já o § 2º prevê um aumento de pena nos casos em que os autores do delito ocupem “cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

Essa noção de funcionário público é mais ampla do que os conceitos tradicionais de servidor público e empregado público, oriundos do direito

administrativo. A formulação extensa extraída das normas referidas permite que o tipo penal da corrupção contemple, indiscutivelmente, aqueles que exercem temporariamente funções públicas, como jurados e mesários. Ainda assim, como o próprio conceito de função pública é relativamente indeterminado, persiste a incerteza sobre a sua incidência em relação a outras pessoas, como o estagiário, o empregado terceirizado, o advogado dativo, entre outros.¹⁹

Ato de ofício

Da leitura do tipo penal da corrupção passiva não se depreende a exigência da prática de *ato de ofício* – ou sequer de sua indicação – para a caracterização da figura básica do delito, prevista no *caput* do art. 317: o crime ocorre com a mera solicitação e/ou recebimento de vantagem – ou aceitação de sua promessa – *em razão da função pública*. A eventual prática – ou omissão indevida – do ato de ofício consubstancia hipótese de aumento de pena, prevista no § 1º.

Diferentemente, no crime de corrupção ativa (CP, art. 333), o tipo penal é explícito em afirmar que o oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público deve ser voltado a “determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Uma interpretação histórica também aponta para a desnecessidade da indicação ou prática de ato de ofício para a caracterização da corrupção passiva. Isto porque a legislação penal brasileira anteriormente vigente exigia de modo expresso esse elemento em delitos assemelhados e o Código Penal atual ostensivamente o abandonou. Com efeito, o crime de peita, previsto no art. 130 do Código Criminal do Império, de 1830, tipificava a conduta de “Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa direta, e indiretamente para praticar, ou deixar de praticar algum ato de ofício contra, ou segundo a lei”. Já o primeiro Código Penal da República, de 1890, tipificava como crime de peita ou suborno, na primeira

¹⁹ Sobre as dificuldades interpretativas oriundas da expressão legal, cfr. Quandt: *RBCC* 106, 2014, 184-200. Para uma proposta mais ampla de reinterpretação (restritiva) do conceito de funcionário público no Brasil, a partir do exame da jurisprudência do BGH alemão, cfr. Scalcon, *Revista de Estudos Criminais*, 2019, 111-145.

parte de seu artigo 214, a conduta de “Receber para si, ou para outrem, diretamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida”.

Também do ponto de vista político-criminal compreende-se a opção legislativa pela inexigibilidade de identificação de um ato de ofício para a caracterização da corrupção passiva. A solicitação ou o recebimento de vantagens indevidas por funcionário público, em razão de sua função, é conduta representativa de reprovabilidade suficiente para justificar a sanção penal, dada a gravidade da lesão à probidade administrativa, ainda que não praticado nenhum ato de ofício individualizável.²⁰ Um juiz que recebe dinheiro de advogados atuantes em sua vara deve ser punido ainda que não venda favores específicos, mas apenas a sua “boa vontade”.

A despeito desses fundamentos, que encontram correspondência em ordenamentos estrangeiros,²¹ a maior parte da doutrina brasileira defende a transposição da exigência da indicação de ato de ofício para a corrupção

²⁰ Conforme formulação adotada em julgado do Superior Tribunal de Justiça, “O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização” (RHC 48.400/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. 17.03.2015, DJe 30.03.2015). Todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça citados neste artigo estão disponíveis em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>.

²¹ Interessante notar que, em Portugal, uma das modalidades do crime de corrupção – equivalente à nossa corrupção simples – é adequadamente denominada de “recebimento indevido de vantagem”, sendo punida com pena de até cinco anos de prisão e multa de 600 dias a conduta do “funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida” (art. 372º, 1, do Código Penal). Do mesmo modo, o § 333,1 do Código Penal alemão, disciplina a figura básica da corrupção – chamada de “aceitação de vantagem” –, punindo a conduta do funcionário público que solicita, aceita promessa ou efetivamente recebe, para si ou para outrem, vantagem *para o exercício de sua função*. Também nos EUA, que possui uma intrincada rede de normas penais reguladoras da corrupção, distingue, na Seção 201 do Código Penal (Título 18 do US Code) o suborno (*bribery*), punível com pena de até 15 anos de prisão, do mero recebimento indevido de vantagens (*illegal gratuity*), punível com pena de até 2 anos de prisão. Ver, a respeito, O’Sullivan: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, 2019, 465 ss. No mesmo sentido, Espanha (CP, art. 422) e Itália (CP, art. 318) contêm, em seus Códigos Penais, tipos penais que não exigem uma contrapartida por parte do funcionário público.

passiva, sem sequer esboçar uma fundamentação clara para tanto.²² E essa linha argumentativa foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AP 307/DF (“caso Collor”),²³ ocasião em que decidiu que, assim como ocorre em relação à corrupção ativa, também para a caracterização da corrupção passiva seria necessária a indicação de um ato de ofício a ser praticado pelo funcionário público como contrapartida à vantagem indevida.²⁴

Foram dois os principais argumentos utilizados pelo Relator, Min. Ilmar Galvão, para fundamentar essa exigência. Em primeiro lugar, procurou-se interpretar o tipo penal do *caput* do art. 317 conjuntamente com as figuras dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.²⁵ De acordo com esse argumento, o *caput* veicularia a figura básica da corrupção, o § 1º, sua forma privilegiada e o § 2º sua forma qualificada. Assim, partiu-se da premissa de que, como as supostas figuras qualificada e privilegiada se referem a ato de ofício, a figura básica necessariamente também deveria compreender esse elemento.²⁶

²² Cfr., a respeito da doutrina que defende esse entendimento e da ausência de fundamentação que legitime essa transposição, Quandt, em Leite *et al.*, 2017, 61-72.

²³ O Plenário do Supremo Tribunal Federal é composto da totalidade de seus onze Ministros. As decisões são tomadas – salvo nas hipóteses expressamente previstas, como a declaração de inconstitucionalidade – pela maioria dos votos dos Ministros presentes ao julgamento. De acordo com a Constituição brasileira, são processados e julgados originariamente no Supremo Tribunal Federal os ocupantes de determinados cargos públicos, como o Presidente da República e os congressistas. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal são do tipo *per seriatim*, com a publicação dos votos individuais de cada um dos Ministros – o que, diferentemente do que ocorre no julgamento *per curiam*, pode dificultar a perfeita compreensão da opinião do Tribunal como instituição. Todos os julgados do Supremo Tribunal Federal citados neste artigo estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

²⁴ O ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello foi acusado, enquanto ainda se encontrava no exercício do cargo, pelo recebimento de diversas vantagens indevidas, dentre as quais a realização de obras de restauração de seus imóveis, a aquisição de um veículo e o pagamento do tratamento dentário de sua esposa. Porém, dada a ausência de identificação, já na denúncia, de um ato de ofício ao qual tais contrapartidas se pudessem vincular, Collor foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal, por cinco votos a três.

²⁵ § 1º: A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º: Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena: detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa.

²⁶ O voto do Relator, que se apoia quase que integralmente em parecer de Júlio Fabbrini Mirabete, transcreve, quanto ao ponto, o seguinte trecho da opinião: “Ora, afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave e no fato menos grave a necessidade de relação da

Tal argumento não convence. Em verdade, o elemento comum a todas as figuras típicas do art. 317 é a perversão da imparcialidade e da impessoalidade do exercício da função pública, independentemente da existência ou não de ato de ofício. A rigor, como bem apontado pelo Min. Sepúlveda Pertence, que divergiu do Min. Relator, a figura do § 2º não exige sequer a “venda da função pública” – que, com maior razão, poderia ser considerado o elemento nuclear dos tipos penais em exame –, já que, neste caso, a ação ou omissão é praticada contra dever funcional para atender pedido ou cedendo à influência de outrem. O tipo penal, assim, é muito mais próximo da prevaricação do que da corrupção.

O segundo argumento utilizado pelo Min. Relator – a partir de parecer de Eugenio Raúl Zaffaroni,²⁷ contratado pela defesa do ex-Presidente da República – ressalta a circunstância de que, no direito comparado, quando existente um tipo penal que pune o mero recebimento de vantagens indevidas por funcionário público, normalmente se trata de um delito menos grave do que a corrupção propriamente dita, que exige, essa sim, a indicação do ato de ofício negociado. Assim, por exemplo, no Código Penal argentino convivem o delito do art. 256 – que prevê pena de prisão de um a seis anos para o funcionário público que, por si ou pessoa interposta, recebe dinheiro ou outra dádiva ou aceita uma promessa direta ou indireta para fazer, retardar ou deixar de fazer algo relativo a suas funções – e o art. 259 – que pune com prisão de um mês a dois anos a conduta menos grave

conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou, em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras, que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada, são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, caput, do Código Penal, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa”.

²⁷ Na elaboração deste artigo não se conseguiu obter acesso ao parecer, já que os autos são físicos e estão arquivados. As referências feitas a ele – indiretas, portanto – constam dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

do funcionário público que admite dádivas, entregues em razão do seu ofício, enquanto permaneça no exercício do cargo.

Mais uma vez, o argumento não subsiste. Não apenas o direito brasileiro não está jungido à observância das legislações de outros países, mas, especialmente, a amplitude da escala penal do art. 317 – à época de um a oito anos e, hoje, de dois a doze anos – permite avaliar em concreto a gravidade de cada conduta.

Ao fim, porém, prevaleceu o voto do Relator e o ex-Presidente da República foi absolvido sob o entendimento de que não teria sido “apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido”.²⁸

Já no julgamento da AP 470/MG (“caso Mensalão”), a despeito de alguma turbulência interpretativa, o STF reafirmou o entendimento sobre a necessidade de, ao menos, *indicação* de ato de ofício em troca do qual teria sido solicitada ou recebida a vantagem.²⁹ Conforme expôs o Min. Celso de Mello, “Uma simples análise comparativa entre a decisão plenária proferida na AP 307/DF e o presente julgamento revela que o Ministério Público, neste caso (AP 470/MG), ao contrário do que sucedeu no ‘Caso Collor’, formulou acusação na qual corretamente descreveu a existência de um vínculo entre a prática de ato de ofício e a percepção de indevida vantagem”.³⁰

Numa ação penal mais recente, o Min. Celso de Mello reafirmou que se o agente não agir “ao menos na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais – ou que esteja relacionado com o exercício da sua função –, não se poderá, ausente essa vinculação ao ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva”.³¹

²⁸ AP 307, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, j. 13.12.1994, DJ 13.10.1995.

²⁹ O “caso Mensalão” foi um esquema de desvio de dinheiro público, organizado por membros do Partido dos Trabalhadores (PT), que usavam os valores desviados para pagar deputados federais da base aliada em troca de votos favoráveis aos projetos do governo. O Supremo Tribunal Federal julgou 38 réus, dos quais 12 foram absolvidos, um faleceu no meio do processo e 25 foram condenados por um ou mais crimes.

³⁰ AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.12.2012, DJe 19.04.2013. p. 54058.

³¹ Voto proferido na AP 996, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 29.05.2018, DJe 07.02.2019).

A polêmica sobre o grau de determinação da contrapartida

Embora o STF tenha afirmado a exigibilidade da indicação do ato de ofício, tanto na corrupção ativa como na passiva, restou pouco claro na referida AP 470 o *grau de determinação* necessário desse ato de ofício negociado. Alguns Ministros aceitaram, na fundamentação teórica dos respectivos votos, uma indeterminação maior; outros se mostraram mais exigentes quanto à determinação do que seja ato de ofício. De todo modo, o ponto de consenso, no caso concreto, foi o de que “a ‘compra de votos e de apoio parlamentar para os projetos de interesse do governo’ tem um grau aceitável de determinação já no momento da oferta ou promessa delas”.³²

Adotou-se, portanto, uma visão menos rígida da determinabilidade do ato de ofício, rejeitando-se a perspectiva rigorosamente sinalagmática da corrupção defendida por parte da doutrina. De fato, a partir de uma interpretação teleológica, orientada a partir do injusto que se pretende coibir, deve-se reconhecer que a visão restritiva anteriormente adotada de fato permitia apenas a punição de situações menos graves. Sobre o ponto, valem ser mencionadas as ponderações de *Quandt*:

Creemos que essa visão quase contratual da corrupção (ativa ou passiva, pouco importa) é de difícil aceitação na prática. Em muitas hipóteses ela contraria a máxima segundo a qual a oferta ou solicitação de vantagem pode ser velada, e torna os arts. 317 e 333 do CP inoperantes contra ‘os casos mais graves de simbiose entre o público e o privado’, limitando-lhes a eficácia e relegando-os sobretudo para a punição de banalidades cotidianas: o particular que, num dia ruim, oferece propina para o policial que o surpreende sem o certificado de registro e licenciamento do veículo (CRLV) seria punido por corrupção ativa, porquanto perfeitamente determinado o objeto da vantagem oferecida: a omissão da lavratura do auto de infração; já o sujeito que regularmente pagasse propina para parlamentares deixarem de questionar projetos de lei de interesse de certa facção política e votassem a favor de tais projetos, sem uma predefinição, no momento dos pagamentos, de que projetos seriam esses, – esse sujeito permaneceria impune, embora seja difícil pensar em intromissão mais reprovável na regularidade da atuação de um funcionário público.³³

³² Quandt: *RBCC* 106, 2014, 210.

³³ Quandt: em Leite *et al.*, 2017, 56. Em sentido semelhante, afirmou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto prolatado na AP 307/DF: “É claro que, na corrupção de contínuos, de

Mais recentemente houve confirmação dessa tendência, por exemplo, em voto proferido pela Min. Rosa Weber, no qual restou consignado que “não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas sim uma subsunção causal entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais”.³⁴

Considerada a amplitude da indeterminação do ato de ofício admitida pelo STF, pode-se dizer que o conceito de ato de ofício praticamente foi equiparado ao de exercício da função pública.³⁵ Mais correto tecnicamente, pelas razões expostas, seria reconhecer a superação da exigibilidade de ato de ofício na corrupção passiva, ao invés de se manter o apego a uma jurisprudência que, a rigor, jamais esteve convincentemente fundamentada.³⁶

mensageiros, a diferença prática é insignificante; é óbvio que no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, o que se oferece é um ato específico. Mas o mesmo não ocorre quando se trata de altos dignatários, sobretudo na área fértil de oportunidades da corrupção, que é a da intervenção do Estado no domínio econômico: Presidente da República – estou falando só em tese –... Presidente da República não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica; o Presidente da República não põe em pauta projetos da Sudene, nem os retira; o Presidente da República não dá licença de importação...”

³⁴ AP 695, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 06.09.2016, DJe 09.12.2016.

³⁵ O Min. Luiz Fux quase chega a admitir isso, ao afirmar, em seu voto na AP 470, “O conceito de ato de ofício, portanto, ao aproximar-se da expressão função pública, deixa de corresponder a um ato determinado e concreto, que corresponda sinalgmicamente à vantagem indevida conferida, para assumir uma conotação ampla, menos palpável e, não raro, indefinível”. Em termos semelhantes aos aqui defendidos, ao examinar a AP 470, conclui Salvador Netto, *Revista dos Tribunais* 933, 2013, 50, que “Na realidade, manteve-se o ato de ofício apenas em termos de linguagem, de retórica, porém não mais tornou a sua perfeita identificação um elemento imprescindível para a imputação das práticas de corrupção ativa e passiva”.

³⁶ Percurso semelhante ocorreu no direito italiano. A Lei 190/2012 modificou a rubrica do art. 318 do Código Penal, que deixou de se referir à “corrupção por um ato de ofício” e passou a aludir à “corrupção pelo exercício de uma função”, bem como extirpou a referência a ato de ofício do tipo penal. Tal alteração nada mais fez do que adequar a letra da lei ao entendimento jurisprudencial, que atribuía ao ato de ofício um significado muito amplo, compreendendo uma vasta gama de comportamentos, efetiva ou potencialmente reconduzíveis às atribuições do funcionário público, prescindindo da necessária individualização, para fins de configuração do delito, de um ato específico vinculado ao acordo ilícito. Ver, nesse sentido, Schiattone: *Le Nuove Norme Anticorruzione: guida operativa alla riforma*, n. 3, 2019, 17. Mais recentemente, a Lei 3/2019, mantendo as alterações, aumentou a pena de reclusão prevista para o delito do art. 318 para o intervalo de 3 a 8 anos. No Brasil, diferentemente, se acolhidas as proposições dogmáticas formuladas neste artigo, será a jurisprudência que, enfim,

Exercício da função

A despeito da inexigibilidade da identificação de um preciso ato de ofício para a caracterização da corrupção passiva, a vantagem indevida deve estar vinculada às funções públicas exercidas pelo funcionário.³⁷ Essa afirmação, à primeira vista, parece óbvia. Assim, por exemplo, um auditor da Receita Federal que, concomitantemente, exerce a função de síndico do seu prédio não comete o delito de corrupção passiva ao receber pessoalmente valores de uma sociedade empresarial para o fim de com ela firmar um contrato de administração do condomínio. Neste caso, o recebimento do valor, ainda que moral e civilmente reprovável, não gera a incidência do tipo penal da corrupção passiva, dada a total desconexão com o exercício da função pública.

A situação se torna menos clara nos casos em que existe relação entre a vantagem indevida e a função, mas a providência esperada/prometida não se encontra claramente incluída – ou mesmo está formal e/ou materialmente excluída – da competência do funcionário público. Nesse ponto, devem ser diferenciadas algumas hipóteses.

Em primeiro lugar, nos setores em que atuam altos funcionários com larga margem de discricionariedade é por vezes difícil se traçar uma linha clara definidora de suas atribuições funcionais. Uma apreciação restritiva do rol de competências restringiria a punição exclusivamente aos funcionários de “baixo escalão”, que praticam atos eminentemente vinculados, como o agente de trânsito que deixa de aplicar uma multa em troca de vantagem oferecida pelo particular, deixando de fora os casos, certamente mais reprováveis do ponto de vista político-criminal, de funcionários de cúpula que se movem dentro de um campo de atuação bastante discricionário.

Assim, a jurisprudência tem reconhecido como inerentes ao exercício da função as atividades que, de acordo com as práticas constatadas na realidade daquele setor público, são efetivamente influenciáveis pelo titular do cargo. Em especial no âmbito da criminalidade política de parlamentares federais, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a necessidade, para a

se adequará à previsão legal já existente, sem que haja necessidade de qualquer alteração legislativa.

³⁷ Hungria: *Comentários ao Código Penal*, 1959, 371; Noronha: *Direito Penal*, IV, 1962, 343-344.

configuração da corrupção passiva, de que a atuação do agente decorra das suas funções congressuais em sentido estrito, dado que, na realidade típica do “presidencialismo de coalizão” brasileiro,³⁸ tais cargos compreendem também outros poderes, como os de interferência política em outros órgãos e sustentação de determinadas indicações para cargos em empresas estatais e paraestatais. No caso das atividades parlamentares, a extensão da punibilidade a casos de sustentação política a determinados cargos pode ser normativamente justificada pela amplitude da atribuição parlamentar, que, para além de sua clássica função legislativa, envolve, de modo lato, a fiscalização ampla dos atos do Poder Executivo (Constituição da República, art. 49, X).

Esse entendimento amplo das competências dos agentes políticos também foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de apelação criminal interposta pelo ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Ao condená-lo, o Tribunal entendeu que deveria ser compreendida como inserida em sua competência a “capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros”.³⁹

Em segundo lugar, é preciso definir se há corrupção passiva também naqueles casos em que o funcionário público exerce efetivamente uma

³⁸ A expressão é do cientista político Abranches. De acordo com o autor, o presidencialismo brasileiro possui peculiaridades que o distinguem dos congêneres, as quais exigem um constante processo de negociação. Na sua definição, a “formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição de uma aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda (...). Esse é, naturalmente, um processo de negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória. Tal processo se faz por uma combinação de reflexão e cálculo, deliberação e improviso, ensaio e erro da qual resulta a fisionomia do governo”. Abranches: *Revista de Ciências Sociais* 31, 1988, 22 e 27..

³⁹ TRF4, ACR 5046512-94.2016.4.04.7000, Oitava Turma, Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 24.01.2018.

determinada competência material, embora de modo formalmente ilegítimo. Já na AP 470, aduziu o Relator, Min. Joaquim Barbosa, que “basta, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente”.⁴⁰ De modo semelhante, em voto prolatado na AP 996, o Min. Celso de Mello defendeu que o ato de ofício negociado pode “ajustar-se ao âmbito tanto dos poderes de direito quanto dos poderes de fato exercitáveis pelo ‘intransus’”.⁴¹ Esses “poderes de fato” devem ser entendidos como aquelas prerrogativas exercidas, como se de modo legítimo, ostensiva e publicamente pelo funcionário, porém fora de sua competência de direito; não se confundem, porém, com a mera possibilidade material de cometimento de ilícito propiciada pelos recursos e facilidades inerentes ao cargo. Assim, por exemplo, um agente policial que, em desvio de função, atua faticamente como delegado de polícia e, nessa condição, recebe dinheiro para deixar de promover um indiciamento – ato privativo do delegado (Lei nº 12.830/2013, art. 1º, § 6º) –, comete o delito de corrupção ainda que atue formalmente fora de sua competência de direito.⁴²

Mais controversa é a hipótese em que o valor é solicitado/recebido para a realização de alguma providência que não se encontra dentro do feixe de atribuições exercidas, seja formal ou materialmente, pelo funcionário, embora seja facilitada justamente pelo exercício dessa função.⁴³ Um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ilustra graficamente esse

⁴⁰ AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.12.2012, DJe 19.04.2013.

⁴¹ AP 996, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 29.05.2018, DJe 07.02.2019.

⁴² Esse tipo de atuação irregular de funcionário público não é raro. Confira-se, por exemplo, a ADI 3415, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 24.09.2015, em que a inconstitucionalidade de uma lei amazonense foi reconhecida pelo STF, que, legitimando uma situação já faticamente existente, previu a transformação, sem concurso público, dos cargos de comissário de polícia em cargos de delegados.

⁴³ Essa questão também foi objeto de controvérsia na França, onde a jurisprudência, desde 1935, no julgamento do caso *Bonny*, tem compreendido que também o funcionário que age fora de sua área de competência, mas que se vale da facilidade proporcionada pela função pública para o recebimento da vantagem indevida, comete o delito de corrupção passiva, previsto no art. 432-11 do Código Penal – que, desde 1943, adequando-se ao entendimento jurisprudencial, passou a prever expressamente que o delito pode ser cometido também quando “facilitado por sua função, sua missão ou seu mandato”. Cfr., a respeito, Jean-didier: *Corruption et trafic d'influence*, 2019, 44-45.

problema.⁴⁴ De acordo com a descrição dos fatos, um dos réus teria oferecido propina aos demais corréus, empregados de concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves em aeroporto, para que estes facilitassem a entrada clandestina de estrangeiros no Brasil. Uma vez desembarcados, os estrangeiros eram conduzidos pelos funcionários por áreas restritas, evitando a passagem pelo setor de fiscalização pelas autoridades aduaneiras. Não havia vínculo direto entre as atribuições dos funcionários – serviços gerais em empresa encarregada de operação de carga e descarga no aeroporto – e a conduta ilícita deles esperada e por eles praticada, consistente na facilitação da burla do controle de entrada de estrangeiros no território nacional. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, que, para a consumação do delito, a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, pode estar relacionada, conforme o voto da Min. Laurita Vaz, com “atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada”.

Essa compreensão contraria o entendimento doutrinário tradicional, segundo a qual

o ato ou abstenção a que se refere a corrupção deve ser da competência do funcionário, isto é: deve estar compreendido nas suas especificadas atribuições funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração.⁴⁵

Esse argumento não convence, já que também nos casos em que o funcionário atua valendo-se de alguma facilidade provocada materialmente pelo exercício de sua função, embora fora de sua competência, há dano ao regular funcionamento da administração. Não é necessária aparência de legalidade do ato para a prática da corrupção, até porque a conduta costuma ser praticada mesmo na clandestinidade. Pode não estar sendo

⁴⁴ REsp 1745410/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/Acórdão Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 02.10.2018, DJe 23.10.2018.

⁴⁵ Mirabete: *Manual de Direito Penal. Parte especial: arts. 235 a 361 do CP*, 2018, 303. Em sentido contrário, cfr. Baltazar Junior: *Crimes federais*, 2014, 331 .

negociado qualquer ato de atribuição daquela função pública, mas trata-se, ainda, de um ato que somente pode ser negociado em razão do exercício daquela função – e o funcionário público dela se vale para a obtenção de uma vantagem indevida.

Outra objeção possível é a de que existe um tipo penal específico para os casos de atuação fora da área de competência do funcionário público. Trata-se do delito de tráfico de influência, previsto no art. 332 do Código Penal.⁴⁶ Essa objeção é, porém, apenas parcialmente persuasiva, já que esse crime somente se consuma nas hipóteses em que o recebimento/solicitação de vantagem tem conexão com a influência em ato de competência de outro funcionário – e não nos casos de atuação própria. Nestes, a controvérsia subsiste.

No caso concreto examinado pelo STJ existiria um tipo penal com maior potencial para afastar a incidência da corrupção a partir do princípio da especialidade. Tratava-se, à época, do delito de “introdução irregular de estrangeiro em território nacional” (art. 125, XII, da Lei nº. 6.815/1980)⁴⁷ – já revogado e substituído pelo crime de “promoção de migração ilegal” (CP, art. 232-A, introduzido pela Lei nº 13.445/2017).⁴⁸ De todo modo, se não fosse este o caso, nem fosse a conduta abarcada pelo tipo penal do tráfico de influência, o problema persistiria.

Há, ainda, dois argumentos favoráveis à interpretação defendida pelo Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles é de natureza literal. O tipo penal de corrupção pune as condutas “ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela”. A expressão “fora da função” costuma ser interpretada como uma referência aos casos em que o recebimento da vantagem ocorre somente depois que o funcionário deixa o cargo, embora

⁴⁶ Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena: reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.

⁴⁷ Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: (...) XII – introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular. Pena: detenção de 1 a 3 anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

⁴⁸ Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro. Pena: reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.

tenha praticado o ato antes. Porém, não há obstáculo semântico que impeça que a locução englobe, também, a situação em que o funcionário se compromete com um ato que se encontra fora de sua competência funcional, mas cuja realização somente lhe é possível “em razão” da função ocupada.⁴⁹

O segundo é de natureza político-criminal. A razão de ser da criminalização da corrupção, segundo vemos, é o acesso privilegiado que o funcionário público possui aos serviços e bens públicos. A investidura no cargo e o seu exercício específico em determinado setor não somente se fazem acompanhar de um dever de proteção dos bens jurídicos públicos, mas também colocam o funcionário numa posição especialmente privilegiada para lesioná-los. Essa posição privilegiada existe não somente em relação aos bens colocados diretamente sob dever de cuidado e supervisão do funcionário, mas também, em muitos casos, em relação a bens que não lhes compete proteger diretamente, mas aos quais tem especial acesso em razão da função.⁵⁰

Há condutas graves que podem ser praticadas por funcionários públicos que não se enquadram em sua competência funcional, mas que, indubitavelmente, somente se tornam possíveis – ou ao menos são facilitadas – pelo exercício de sua função. Por exemplo, a redação de ofícios, mandados, cartas precatórias e demais atos que pertençam ao seu ofício é de competência do escrivão ou chefe de secretaria (CPC, art. 152, I). Ao oficial de justiça, cujas atribuições funcionais estão enumeradas no art. 154 do CPC, não incumbe, desse modo, a expedição de alvarás. Se, não obstante, solicita vantagem indevida para, valendo-se de sua função e vinculação com determinada serventia judicial, redigir um alvará de levantamento de valores e agilizar a assinatura do magistrado competente, sua conduta

⁴⁹ Conforme já decidiu o TRF4, “A corrupção passiva não está ligada exclusivamente aos poderes relacionados com o cargo ocupado pelo funcionário público. Não se exige que o agente esteja no exercício do cargo público, pois o delito existirá se a vantagem for solicitada ou recebida no exercício da função pública, conceito mais amplo do que cargo público” (TRF4, ACR 95.04.50621-6, Segunda Turma, Rel. Fernando Quadros da Silva, DJ 24.01.2001).

⁵⁰ Essa lógica orienta o legislador ao, por exemplo, tipificar como uma das modalidades de peculato a subtração de dinheiro, valor ou bem “valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário” (CP, art. 312, §1º, parte final).

– além de formalmente típica – é tão reprovável quanto se o ato tivesse sido praticado pelo próprio escrivão.⁵¹

É preciso frisar, de qualquer sorte, que não se podem equiparar os elementos normativos “funcionário público” e “em razão da função”. Para além da condição de funcionário público é preciso que o recebimento/solicitação tenha relação direta com a função exercida, ainda que não exista competência formal. Se, por exemplo, um servidor da justiça estadual recebe dinheiro para sumir com autos da justiça federal, sua função pública em nada facilita a prática da conduta. É necessária, frise-se, a existência de uma facilidade material para a lesão do bem jurídico, decorrente da função exercida.⁵²

Para concluir esse ponto, destaque-se que na corrupção ativa, por outro lado, dado que o tipo penal exige expressamente que a vantagem indevida seja oferecida ou prometida ao funcionário “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, não restará caracterizado o delito caso não seja identificada a potencial contrapartida da vantagem

⁵¹ Caso bastante semelhante foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – HC 135.142/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 10.08.2010, REPDJ e 01.08.2011, DJ e 04.10.2010. O réu foi acusado de ter oferecido a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a servidora pública federal para que esta agilizasse a expedição de precatório em ação judicial. Embora a expedição do precatório não fosse de sua atribuição, considerou-se que ela, executando suas atividades no Gabinete do juiz da causa, ao qual se reportava diretamente, poderia agir para o fim esperado. De acordo com o STJ, a atividade visada pelo suborno teria, ao menos, uma “relação funcional imediata” com o desempenho do cargo da servidora, o que seria suficiente, portanto, para a configuração do delito do art. 317 do C. P. Em sentido semelhante, o TRF4 condenou por corrupção um servidor que, embora sem competência para decidir procedimentos licitatórios, facilitava a contratação das empresas do corruptor. De acordo com o Tribunal, “Os delitos de corrupção passiva e corrupção ativa são crimes formais, de mera conduta, e não estão vinculados exclusivamente aos poderes embutidos no âmbito da competência do funcionário público. Se o funcionário público obtém a vantagem em razão da função pública, ele comete o crime de corrupção passiva, independentemente de formalmente o ato caber em suas atribuições” (TRF4, ACR 2002.04.01.004954-7, Sétima Turma, Rel. Néfi Cordeiro, D.E. 11/07/2007).

⁵² No julgamento do AgRg no REsp 1.765.139 (Rel. Min. Feliz Fischer, Quinta Turma, j. 23.04.2019), referente ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o STJ confirmou o entendimento adotado na instância inferior, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que “não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. E, no caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros”.

indevida. Assim, na hipótese em que o particular pretende apenas comprar a “boa vontade” futura do funcionário público, sem qualquer possibilidade de identificação dos favores indevidos esperados, não haveria crime de corrupção ativa; ainda assim, restaria caracterizada a corrupção passiva do funcionário, dado que, repise-se, o art. 317 não prevê o elemento do ato de ofício.⁵³

A vantagem indevida

Finalmente, para a consumação do delito, a vantagem tem de ser indevida. Embora seja preciso algum esforço para se definir em que consiste o caráter indevido da vantagem, é certo que – tendo em conta a abrangência do delito de corrupção passiva vinculado unicamente ao exercício da função pública – esse elemento tem um importante papel restritivo na contenção da abrangência do tipo penal.

Por vantagem entende-se majoritariamente qualquer benefício, material ou imaterial, que melhore, de maneira objetivamente mensurável, nos campos econômico, jurídico ou pessoal, a situação do funcionário público ou de terceiro.⁵⁴ Será indevida a vantagem em relação à qual esse funcionário ou terceiro não possui uma pretensão legítima.

Não se nega que existe uma zona cinzenta na qual é pouco clara a fronteira entre o lícito e o ilícito. Mas, na maior parte dos casos, a (i)licitude será evidente. Para verificar o caráter indevido da vantagem é preciso examinar, entre outros critérios, a especial relação de proximidade entre o corruptor e o corrupto, o tratamento privilegiado recebido pelo corruptor, o sigilo e a dissimulação do pagamento, a proporcionalidade do

⁵³ Greco-Teixeira: em Leite *et al.* 2017, 43. Para Nucci (*Código Penal Comentado*, 2017, 1439), na hipótese referida, em que não identificado um ato de ofício, o particular seria partícipe no crime de corrupção passiva cometido pelo funcionário que aceita a vantagem.

⁵⁴ Que se trata de entendimento majoritário confirma Bittencourt (*Código Penal Comentado*, 2015, 1391). Confira-se, por exemplo, o conceito apresentado por Nucci (*Código Penal Comentado*, 2017, 1456): “Conceito de vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício”.

pagamento, a existência de uma causa legítima para o pagamento, a violação de regras de conduta.⁵⁵

Um juiz que ganha um carro “de presente” de um advogado que atua perante a vara que titulariza recebe, é evidente, uma vantagem indevida, ainda que não tenham sido combinados atos específicos a serem praticados. Já o mesmo juiz que recebe, da faculdade na qual o mesmo advogado exerce o cargo de diretor, pagamento em troca de aulas não comete ilícito algum. Se, porém, as aulas forem remuneradas em valor acima do praticado no mercado, por pessoa que possui interesses relacionados à função jurisdicional exercida pelo magistrado, poderá restar caracterizado o delito, a ser apurado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Não estão abarcadas pelo tipo penal, ademais, as contribuições socialmente admitidas, consideradas como meras gentilezas, como a entrega de quitutes para funcionários públicos na época de Natal. A admissibilidade de tais pequenas doações, pelo costume social ou até previstas por normas de condutas, descaracteriza o caráter indevido da vantagem.⁵⁶

Conclusão

O tratamento penal da corrupção no Brasil necessita de aperfeiçoamento, para, a um só tempo, fechar lacunas de punibilidade e conferir maior segurança jurídica na aplicação da lei penal.

Espera-se que a jurisprudência consigne de modo mais claro a desnecessidade de um ato de ofício para a caracterização da corrupção em sua forma básica, concentrando esforços, por outro lado, na delimitação do caráter indevido da vantagem percebida pelo funcionário público.

⁵⁵ Wittig: *Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, 412. As considerações, pertinentes ao direito alemão, são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro, dada a necessidade, tanto em um ordenamento como no outro, de demonstração, para a ocorrência do delito, do caráter indevido da vantagem recebida/paga.

⁵⁶ Exemplo de norma de conduta delimitadora do risco permitido ao bem jurídico, que afasta a tipicidade material da corrupção, encontra-se no art. 9º do Código de Alta Conduta da Administração Federal; ele veda a aceitação de presentes por autoridades públicas, salvo: a) de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade; b) nos casos de brindes sem valor comercial ou distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, que não ultrapassem o valor de R\$ 100,00

Referências bibliográficas

- Abranches, Sérgio: “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, em *Revista de Ciências Sociais* 31, 1988, 5-34.
- Baltazar Junior, José Paulo (2014): *Crimes federais*, São Paulo: Saraiva, 2006.
- Bittencourt, Cezar Roberto (2015): *Código Penal Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- Camargo, Rodrigo Oliveira de, – Lima, Vinicius de Melo: “Sobre a criminalização da corrupção entre particulares e a tutela dos direitos humanos e fundamentais”, *RBCC*, 134, 2017, 219-265.
- Carvalho Filho, José dos Santos: *Manual de direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2016 (1997).
- Greco, Luís – Teixeira, Adriano: “Aproximação a uma teoria da corrupção”, em Leite, Alaor – Teixeira, Adriano (orgs.), *Crime e política. Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, 59-88.
- Hungria, Nelson: *Comentários ao Código Penal*, v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- Jeandidier, Wilfrid: *Corruption et trafic d'influence*, Paris: Dalloz, 2019.
- Mirabete, Júlio Fabbrini: *Manual de Direito Penal. Parte especial: arts. 235 a 361 do CP*, São Paulo: Atlas, 2018 (1980).
- Mungiu-Pippidi, Alina: *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Noronha, Edgard Magalhães: *Direito Penal*, v. IV, São Paulo: Saraiva, 1962.
- Nucci, Guilherme de Souza: *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro: Forense 2017, (2000).
- O’Sullivan, Julie R.: *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, St. Paul: West Academic, 2019, (2001).
- Prado, Luiz Regis: *Comentários ao Código Penal*, São Paulo: RT 2015 (2002).
- Quandt, Gustavo de Oliveira: “Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva a propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470 do STF)”, *RBCC* 106, 2014, 181-214.
- Quandt, Gustavo de Oliveira: “O crime de corrupção e a compra de boas relações”, em Leite, Alaor – Teixeira, Adriano (orgs.). *Crime e política*, São Paulo: FGV, 2017, 53-76.
- Ruivo, Marcelo de Almeida: “O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público”, *RPCC* 25, 2015, 263-283.

- Salvador Neto, Alamiro Velludo: “Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG”, *Revista dos Tribunais* 933, 2013, 47-59.
- Scalcon, Raquel Lima: “O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP)”, *Revista de Estudos Criminais* 72, Porto Alegre, 2019, 111-145.
- Schiattone, Pierpaolo: “Le Nuove Norme Anticorruzione: guida operativa alla riforma” (L. 9 gennaio 2019, n. 3), Piacenza: La Tribuna, 2019.
- Teixeira, Adriano: “Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada”, em Lobato, José Danilo Tavares – Martinelli, João Paulo Orsini– Santos, Humberto Souza (orgs.), *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*, Belo Horizonte: D’ Plácido, 2018.
- Wittig, Petra: *Wirtschaftsstrafrecht*, Munique: Beck 2011 (2010).

FUNDAMENTOS Y DOGMÁTICA

DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. La presente contribución analiza los delitos de corrupción privada en el ámbito peruano, sobre la base del derecho comparado y los aportes de la doctrina penal. Se descarta la tesis que los considera una manifestación simbólica, asumiendo que el merecimiento y la necesidad de pena se encuentran justificados, en especial, porque sí se puede identificar un bien jurídico-penal vinculado a la libre competencia en el mercado. Por un lado, un análisis dogmático (insuficientemente realizado en el ámbito peruano) muestra ya algunos problemas de la regulación, generados, sobre todo, por una deficiente técnica legislativa y por una amplitud punitiva. Por otro lado, desde la perspectiva del cumplimiento normativo, se examina la relevancia que podrían cobrar los denominados *compliance programs* para la determinación del riesgo permitido frente a comportamientos en el marco de este nuevo (y amplio) ámbito de punibilidad. **Palabras clave:** corrupción privada, *compliance*, política de regalos, corrupción pública, sobrecriminalización, derecho penal simbólico.

ABSTRACT. This article analyzes the crimes of private corruption in Peru, based on comparative law and the contributions of criminal doctrine. It dismisses the thesis that considers them to be a symbolic manifestation, assuming that punishment is justifiably deserved and needed, especially because it is possible to identify a legal-criminal good linked to free competition in the market. On the one hand, a dogmatic analysis (insufficiently carried out in Peru) already shows some problems with regulation, generated above all by a deficient

legislative technique and by a punitive breadth. On the other hand, from the perspective of regulatory compliance, it examines the relevance of so-called compliance programs in determining the risk allowed with respect to behaviors in the framework of this new (and broad) scope of punishment.

Keywords: Private corruption, compliance, gift policy, public corruption, overcriminalization, symbolic criminal law.

Introducción

El 4 de septiembre de 2018 fue publicado el Decreto Legislativo (DL) 1385, a través del cual se incorporaron en el Código Penal (CP) peruano los artículos 241-A y 241-B, que regulan los delitos de corrupción en el ámbito privado y de corrupción dentro de los entes privados,¹ respectivamente. La criminalización de prácticas corruptas en el sector privado –también denominadas “corrupción en los negocios”– no constituye una novedad en el derecho comparado. De hecho, diversas legislaciones sancionan estas prácticas, aunque con diversos matices. Así, por ejemplo –para mencionar dos ordenamientos jurídicos especialmente influyentes para el derecho peruano–, este delito se encuentra tipificado en el artículo 299 del Código Penal alemán,² y, desde la Ley Orgánica 5/2010, hace lo propio el artículo 286 *bis*³ del Código Penal español.

¿Corrupción en el sector privado?

No es incorrecto decir que tanto las ciencias sociales como las legislaciones han entendido el fenómeno de la corrupción preferentemente ligado al

¹ Este tipo penal parece regular un supuesto de *administración desleal* (fraude en la administración de personas jurídicas), por lo que, en rigor, no correspondería ubicarlo, ni analizarlo, como delito de corrupción privada o en el ámbito de los negocios. Véase Gómez-Jara Díez: *Revista Peruana de Ciencias Penales* 29 (23), 2016, 116-122.

² Véase el texto en Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz: “§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr” (23.06.2020). Con relación al §299, Mommsen y Laudien: *BeckOK StGB*, § 299 nm. 1 ss.; Bannenberg: *Gesamtes Strafrecht*, 2017, nm. 1 ss.; Sahan: *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, nm 1 ss.; Heger: *StGB* § 299, nm. 1-9; Krick: *Münchener Kommentar, StGB* § 299 nm. 1 ss.

³ Modificado por la Ley Orgánica 1/2015.

ámbito de lo público.⁴ Esto explica por qué, aunque ni en la literatura ni en la legislación comparada existe un consenso acerca de aquello que ha de valer como corrupción,⁵ el concepto ha sido relacionado con el inadecuado y arbitrario manejo del poder público.⁶ En ese contexto, “corrupción” vale como un término genérico que incluye diversidad de conductas. Entre estas se cuentan, por ejemplo, el soborno, el cohecho, la prevaricación, el nepotismo o el tráfico de influencias.⁷ En todas ellas, el escenario es el del abuso del poder público en beneficio personal o de terceros.⁸ En ese sentido, se entiende la razón por la que, para Rodríguez-Drincourt Álvarez, la corrupción pública es un asunto de gran importancia en la teoría y en la práctica de la política, la administración pública y el derecho.⁹

Sin embargo, la preocupación por la incorporación de una regulación jurídico-penal de la corrupción privada ha ganado nuevos aires en los últimos años, como puede apreciarse en una rápida mirada al ámbito internacional.

Aunque es cierto que desde 1977 la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) proscribe la corrupción privada, la comunidad internacional comenzó a conocer y definir este tipo de corrupción recién a partir de la década de los noventa. En ese sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CIC)¹⁰ contemplaba en su artículo VI¹¹ diversos actos que podían ser catalogados como

⁴ Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 84. Para una visión panorámica del estado de los enfoques sobre la corrupción, Bahoo, Alon y Paltrinieri: *International Business Review*, 2019.

⁵ Cfr. Zimmermann: *Das Unrecht der Korruption*, 55 ss.; Ambos y Urquiza: *Corrupción punible y 'Unrechtsvereinbarung'*.

⁶ Según Pérez Pinzón, “la corrupción es la utilización de un cargo, una relación o un puesto, en beneficio particular, fuera de las normas –jurídicas, morales, éticas– que normalmente lo regulan [...]; en general, la corrupción ha sido relacionada, preferentemente, con la actividad torcida –por acción o por omisión–, de los servidores del Estado”. Pérez Pinzón: *Revista Penal* 11, 165. Cfr. Rodríguez-Drincourt: *Corrupción pública*, 104.

⁷ Cfr. también Zimmermann: *Das Unrecht der Korruption*, 55 ss.

⁸ En el mismo orden de ideas, Salinas y Salinas: *Causas y efectos*, 23 s.

⁹ Rodríguez-Drincourt: *Corrupción pública*, 101.

¹⁰ Adoptada en la ciudad de Caracas el 29 de marzo de 1996, en la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, entró en vigor el 3 de junio de 1997.

¹¹ Dice el artículo: “a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo

corrupción, como consecuencia de lo cual conseguía una regulación de considerable amplitud. Además, incluía una cláusula abierta en virtud de la cual dos o más Estados parte podían acordar aplicar el tratado a cualquier otro acto de corrupción no contemplado en él. De todos modos, esto tropezó con el hecho de que el fin del referido instrumento era preservar el buen ejercicio del poder público y no del privado. Pocos años después, en 1999, el Consejo de Europa adoptó el Convenio Penal sobre la Corrupción (CPC).¹² Este instrumento prevé distintos actos de corrupción en sus artículos 2 y 3,¹³ pero, a diferencia de la CIC, incorpora como actos corruptores conductas desarrolladas en el seno de la actividad empresarial privada. Como consecuencia, los efectos de ese instrumento se extienden también a las conductas previstas en sus artículos 7 y 8.¹⁴ Con posterioridad, en 2003, fue adoptado el primer instrumento de alcance universal: la

o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

¹² En vigor desde el 1 de julio de 2002.

¹³ *Corrupción activa de agentes públicos*: “El hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”. *Corrupción pasiva de agentes públicos*: “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”.

¹⁴ *Corrupción activa en el sector privado*: “Cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes”. *Corrupción pasiva en el sector privado*: “Cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes”.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC).¹⁵ Aunque ella incluía como casos de corrupción conductas relacionadas con el ejercicio arbitrario del poder público,¹⁶ su artículo 21 (soborno en el sector privado)¹⁷ puso a consideración de los Estados la posibilidad (no la obligación) de tipificar como delito conductas desleales en el marco de la actividad privada.

A pesar de que este breve repaso muestra la creciente relevancia de la corrupción en el ámbito privado, también confirma la menor atención que ha concitado en comparación con la corrupción pública.¹⁸ Ello da pie a una situación confusa en la que, a pesar de la existencia de voces que defienden un concepto de corrupción aplicable más allá del ámbito público,¹⁹ la criminalización de la corrupción en el ámbito privado parece asomar como un plus disponible y un caso de simbolismo punitivo. En otras palabras, que su criminalización no persigue efectos reales, sino que constituye una respuesta a demandas sociales de producción normativa desvinculada de efectos concretos. Pero esto, como veremos *infra*, queda descartado con relativa facilidad como consecuencia de la identificación de la existencia de un interés digno de tutela penal.²⁰

¹⁵ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

¹⁶ “a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b. La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

¹⁷ “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”.

¹⁸ Prueba de ello es la casi inexistencia de investigaciones sobre corrupción en el campo de los negocios internacionales antes de la década de los ochenta del siglo pasado. Cfr. Bahoo, Alon y Paltrinieri: *International Business Review*, 2019, 1.

¹⁹ Carbajo Cascón: *Iustitia* 10, 2012, 287; Queralt Jiménez: *Revista Crítica Penal y Poder* 2, 2012, 22; Kindhäuser: *Política Criminal* 3, 2007, 15.

²⁰ En el mismo sentido, Nieto Martín: *El nuevo delito de corrupción privada*.

Breve referencia al bien jurídico protegido en los delitos de corrupción en el ámbito privado y dentro de los entes privados

En el derecho penal comparado no existe consenso sobre el bien jurídico protegido. En este sentido, “mientras que en algunos ordenamientos (Alemania, Austria) el bien a tutelar es la competencia, en otros se pone el acento o bien en la lealtad de la relación laboral (Francia) o en la protección del patrimonio de la empresa a la que pertenece el empleado corrupto (Italia)”.²¹ En el ámbito español la doctrina conoce diversas tesis relacionadas con el bien jurídico protegido, con una notable relevancia de la libertad de competencia.

Para Zugaldía Espinar el bien jurídico protegido es la competencia justa y honesta en el mercado.²² En el mismo sentido, Gil Nobajas sostiene que el bien jurídico protegido es la competencia leal o el correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores al ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales.²³ De modo similar, para Otero González el bien jurídico tutelado es la “competencia equitativa y leal puesto que la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo

²¹ Nieto Martín: *Revista Penal* 11, 175. Con respecto al bien jurídico protegido en el § 299, Dölling, Duttge, König y Rössner: *StGB*, § 299 nm. 3 s.; Krick: *Münchener Kommentar, StGB*, § 299 nm. 15 s. Ver además Teixeira: *Das Unrecht*, 218 ss.

²² Zugaldía Espinar: *Delitos contra la propiedad*, 243.

²³ Lo que, a su juicio, permitiría comprender que el sujeto activo infringe sus obligaciones en las modalidades activa y pasiva, e, igualmente, facilitaría la delimitación respecto de otras figuras delictivas, particularmente la administración desleal y la apropiación indebida. Sobre ello, Gil Nobajas: *Corrupción*, 242-243. En el mismo sentido, pero con ciertos matices, Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 274: “A nuestro juicio, el bien jurídico protegido por el delito del artículo 286 bis CP es la competencia leal, lo que nos obliga a definir qué se considera como tal. La competencia en sentido económico es entendida como el esfuerzo humano por mejorar las condiciones de oferta y/o de demanda de bienes y servicios, disputándose una misma clientela y/o proveedores con otros competidores. Tal esfuerzo merece protección jurídica, en la medida en que esa protección cumple una doble función: la primera político-económica, incentivando la calidad de la producción y precio; y, la segunda, político-social, protegiendo a los consumidores y terceros competidores e impidiendo una excesiva concentración del poder económico. Mediante su protección se estimula a los sujetos económicos a superarse y fomenta la óptima asignación de los recursos, en el marco objetivo del mercado, sobre todo si es una competencia por el esfuerzo, por la eficiencia o las prestaciones”.

económico sólido”.²⁴ Haciendo una distinción, según Gili Pascual lo que se tutela directamente es la capacidad competitiva de los competidores del operador en el mercado –*de eficiencia del mercado como objeto de ataque*– y solo mediatamente la competencia en general.²⁵ De modo integral, Bolea Bardón señala que lo que se intenta proteger a través de este delito es la afectación de la capacidad competitiva de la empresa *ad extra y ad intra*.²⁶ Una concepción más amplia del bien jurídico protegido es defendida por Fernández Bautista, para quien además de la competencia también se perjudica el interés económico del propio titular de la empresa, al servicio de la cual trabaja quien recibe, solicita o acepta la ventaja o el beneficio.²⁷

Si se asume la diferenciación entre bien jurídico y objeto de la acción,²⁸ y se considera lo anterior, entonces el tipo de corrupción en el ámbito privado tutela la competencia en el mercado –a través de la cual es posible una estabilización de los precios (bien jurídico *inmediato*)– así como intereses patrimoniales de la empresa (bien jurídico *mediato*, intermedio u objeto con función representativa)²⁹ a la que pertenece el destinatario del soborno.³⁰

²⁴ Otero González: *Eunomía*, 2012-2013, 175.

²⁵ Agregando que corrobora especialmente esta posición la exigencia de que la conducta se realice para favorecer indebidamente a otro, para que le favorezca(n) a él (al corruptor) o a un tercero frente a otros. En este sentido, Gili Pascual: *El delito de corrupción*, 78.

²⁶ O sea, por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la empresa por que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado. Al respecto, Bolea Bardón: *El delito de corrupción privada*, 110.

²⁷ Fernández Bautista: *Corrupción entre particulares*, 215. En el mismo sentido, García Albero: *Corrupción en los negocios*, 563 s.

²⁸ Por todos, Hefendehl: *El bien jurídico*, 180: “El significado de la distinción entre el bien jurídico y el objeto de la acción suele ejemplificarse en la literatura de la mano de los bienes jurídicos colectivos. Así, en la falsedad documental, el bien jurídico protegido sería la pureza [*Reinheit*] del tráfico probatorio o la confianza en el tráfico probatorio con documentos, mientras que el objeto de la acción sería el documento falsificado en el caso concreto. El objeto material surge de la contemplación del curso puramente externo de la norma incriminada sin tener en cuenta la contrariedad a la norma”.

²⁹ La posición que se asume también es objeto de crítica. El pago de sobornos es un tipo de administración desleal, por lo que la solución podría ser la introducción de una nueva modalidad de dicho delito. En este sentido, Nieto Martín: *Revista Penal*, 2002, 56.

³⁰ Sobre el bien jurídico entendido como la protección del patrimonio de la empresa en la que se encuentra el destinatario del soborno, Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 265.

A favor de esta posición se resalta su coherencia con la *voluntas legislatoris* plasmada en la Exposición de Motivos del DL 1385, en donde según el legislador el tipo penal de corrupción en el ámbito privado se ubica bajo el título “Delitos contra el orden económico”. Además, en la Exposición de Motivos hay referencias puntuales al bien jurídico tutelado:

Las conductas comprendidas en la corrupción privada deterioran la *libre y leal competencia* entre privados, pues impiden el normal desenvolvimiento de las reglas comerciales y participación de los interesados en una determinada esfera económica; en síntesis, atentan contra un conjunto de reglas económicas que configuran un determinado orden económico del Estado, que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema.³¹

De todos modos, a pesar de su ubicación sistemática dentro de los “delitos contra el orden económico” —¡lo que tampoco puede jugar un rol decisivo en la interpretación!—, los comportamientos de corrupción en el ámbito privado no afectan al orden económico en general, sino fundamentalmente la libre competencia, la buena fe en los negocios y el patrimonio de las empresas.

Esto sirve para superar una eventual objeción consistente en identificar la corrupción en el ámbito privado como un caso de simbolismo penal, pues en una norma penal que recoge un interés protegido tendría que verse al menos un efecto preventivo y, con ello, un efecto legislativo real. La legitimidad de la criminalización de la corrupción en el ámbito privado tampoco resultaría afectada por una eventual crítica dirigida a objetar la identificación del bien jurídico concreto que defiende en el contexto peruano. Pues incluso en el caso de que esa identificación no fuera correcta y siguiera moviéndome en la falta de consenso al respecto, la cuestión seguiría siendo *cuál* es el bien jurídicamente protegido y no *si* existe un bien jurídico protegido.

Adicionalmente, la necesidad de criminalización de las prácticas corruptas en el sector privado es incluso menos difícil de deducir con base en una perspectiva político-criminal contextualizada en el escenario

³¹ Exposición de Motivos del DL 1385, punto 5.1 (ubicación sistemática), 11 (resaltado del autor).

latinoamericano. En ese contexto, el conocimiento de la estructura estatal, de los procesos históricos y de la ubicación/participación de las empresas en el tejido y la estructura social, exige una visión crítica (¡no persecutoria!) del rol de las empresas. En ese sentido, el solo hecho de que en la región las empresas desarrollen actividades de indudable importancia (por ejemplo, prestación de servicios básicos, administradoras de fondos de pensiones, etc.) como consecuencia de los procesos de privatización y el correspondiente repliegue del Estado, muestra que una protección ante actividades corruptas en su seno es fundamental.

Análisis dogmático de los preceptos penales

El delito de corrupción en el ámbito privado (artículo 241-A CP)

Tipo objetivo

Para efectos de un estudio sistemático de esta figura delictiva es oportuno analizar el cohecho privado pasivo (artículo 241-A del CP, primer párrafo) y el cohecho privado activo (artículo 241-A del CP, segundo párrafo).³²

a. Cohecho privado pasivo

El delito de corrupción privada en su modalidad pasiva contiene una restricción en sede de autoría, acotando los sujetos activos a un determinado

³² Artículo 241-A. Corrupción en el ámbito privado: “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 artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, 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”.

círculo de personas.³³ Puede ser autor el socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica. En otras palabras, están incluidas las funciones directivas (tanto si se trata de un miembro del órgano de administración de la empresa como de personal de la alta dirección), las funciones laborales de cualquier índole (lo que incluye a los trabajadores en general), así como las funciones de representación (a quienes actúan en nombre de la persona jurídica que opera en el sector privado, esto es, representantes, apoderados generales, dependientes o mancebos).³⁴

La conducta típica sancionada consiste en que el agente *acepta, recibe* o *solicita* promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero, con el fin de realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro, en el marco de una adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en las contrataciones de servicios comerciales o en las relaciones comerciales.

El agente puede cometer el delito por sí mismo o indirectamente, es decir, por persona interpuesta.³⁵ Esto puede generar problemas de autoría y participación, pues, aunque actúe de este modo, el agente valdría como autor del delito siempre que se asuma que estamos ante un delito de infracción de deber. Esto se debería a que este delito representa en realidad un solo hecho, pero contemplado desde distintas perspectivas. Es decir, un solo hecho respecto del cual se construye una respuesta generalizada en autoría, a pesar de que en realidad algunas intervenciones se acercan más a modos de participación.³⁶

Sea como fuere, el artículo 241-A constituye un tipo mixto alternativo (aceptar, recibir o solicitar). Por consiguiente, su consumación se alcanza con la realización de una sola de las conductas descritas.³⁷ La aceptación, el recibimiento o la solicitud deben estar dirigidas al objeto de la corrupción privada, esto es, a un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o

³³ Fernández Bautista: *Corrupción entre particulares*, 224.

³⁴ Para mayor detalle, Faraldo Cabana: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 29, 2016, 22-23.

³⁵ De igual manera, en los artículos 286 bis CP español y 250-A CP colombiano.

³⁶ Fernández Bautista: *Corrupción entre particulares*, 217.

³⁷ Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 318.

beneficio indebido. Esto significa, correctamente, que el tipo no se restringe a los beneficios económicos o patrimoniales, sino que más bien apunta a su carácter injustificado. Esta ventaja vale al mismo tiempo como la contracara del incumplimiento de las obligaciones que vinculan al agente (acuerdo ilícito),³⁸ las cuales pueden provenir de normas generales, legales o procedentes de la regulación del sector que tengan como objeto directo la protección de la competencia.³⁹

b. Cohecho privado activo

El delito de corrupción privada en su modalidad activa no restringe el ámbito de la autoría a un determinado tipo de agentes (como en la corrupción privada pasiva). Este delito puede ser cometido por cualquier persona, de manera directa o a través de persona interpuesta. Sin perjuicio de ello, es válida la apreciación de Nieto Martín, quien sostiene que esta persona (sujeto activo), en realidad, debe ser el competidor a quien se pretende favorecer o debe actuar en conexión con este.⁴⁰ En tal sentido, el delito puede ser cometido por un empresario que ofrece o entrega la dádiva a otra persona, por un subordinado del empresario o por una persona que no ocupe cargos o empleos en la empresa beneficiada por el trato de favor frente a terceros.

La conducta típica sancionada consiste en que el agente, de manera directa o indirecta (es decir, por persona interpuesta), *promete, ofrece o concede* a los 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 este u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales.

³⁸ Para una explicación del concepto, Ambos y Urquiza: *Corrupción punible*. En la literatura alemana, véase Eisele: *StGB* § 299 nm. 21 ss.

³⁹ Mendoza Calderón: *Corrupción en el sector farmacéutico*, 622.

⁴⁰ Nieto Martín: *Delitos de corrupción en los negocios*, 440.

Es resaltable que, al igual que en la corrupción privada pasiva, aquí existen problemas de autoría y participación, pues, aunque estamos ante un delito común, por imposición de la propia norma se reconocería la autoría del agente que actúa a través de una persona interpuesta. Pero esto parece desconocer que esta última, con su actuación, configuraría la tipicidad objetiva del delito, al menos, en cuanto a los verbos *prometer*, *ofrecer* o *conceder*, lo cual genera serias dudas sobre la técnica legislativa empleada.⁴¹

Los verbos típicos del delito de corrupción privada activa son tres: *prometer*, *ofrecer* y *conceder*. Esta promesa, ofrecimiento o concesión debe dirigirse a los accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de la persona jurídica. A diferencia de lo que ocurre en el tipo penal de cohecho privado pasivo, donde el socio de la persona jurídica es considerado como potencial agente del delito, la norma los excluye del tipo.

Sin embargo, al igual que en los supuestos de cohecho privado pasivo, en este tipo penal el objeto corruptor está representado por una ventaja o beneficio indebido, sin importar su naturaleza. En ese sentido, resultan aplicables las explicaciones realizadas *supra*.

Ámbito subjetivo

El tipo penal de corrupción privada tanto pasiva como activa es de comisión dolosa. El autor obrará con dolo cuando conozca que realiza la acción en el marco de una concurrencia de ofertas y que ofrecía, prometía o concedía una ventaja o beneficio no justificado o que solicitaba, aceptaba o recibía tal ventaja o beneficio.⁴² Aunque se trata de un delito eminentemente doloso, debe tenerse presente lo expuesto por Castro Cuenca, quien señala, por un lado, que el precepto exige la concurrencia de una intencionalidad específica en los sujetos, al requerir que la promesa, ofrecimiento o concesión deban realizarse para favorecerlo a él o a un tercero frente a otros, y, por otro lado, que la recepción, solicitud o aceptación se realicen

⁴¹ En el mismo sentido, Mendoza Calderón: *Corrupción en el sector farmacéutico*, 622: "El delito de corrupción entre particulares supondría un adelantamiento de las barreras de protección [...] convirtiendo en autoría conductas de participación".

⁴² Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 369.

con el fin de favorecer, frente a terceros, a quien otorga o del que espera el beneficio o ventaja.⁴³

Consumación

Los tipos penales de corrupción privada pasiva y activa son delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman con la realización de las conductas descritas en los verbos nucleares.⁴⁴ En efecto, en el tipo penal de *corrupción privada pasiva*, la consumación se da con la aceptación, recepción o solicitud, mientras que, en la *corrupción privada activa*, la consumación se da con la mera promesa, el ofrecimiento o la concesión. El delito castiga tanto el concierto fraudulento (*acuerdo ilícito*)⁴⁵ entre las partes como la mera proposición de concierto (*punibilidad adelantada*), sancionando todas las posibles formas del mismo y con independencia de quién adopte la iniciativa. En realidad, todas las fases posibles del hecho están equiparadas a estos efectos.⁴⁶

El delito de corrupción dentro de entes privados

(artículo 241-B CP)⁴⁷

Ámbito objetivo

Al igual que en el tipo penal de corrupción privada (artículo 241-A del CP), este delito circunscribe la figura del agente a determinado tipo de

⁴³ Respecto al contexto colombiano (aplicable al peruano), Castro Cuenca: *La corrupción pública y privada*, 329-330.

⁴⁴ En el mismo sentido, véase Bolea Bardón: *InDret*, 2013, 17.

⁴⁵ Sobre esto véase *supra* nota.

⁴⁶ Encinar del Pozo: *El delito de corrupción privada*, 370-371. Con una posición similar, Gili Pascual: *El delito de corrupción*, 385.

⁴⁷ Artículo 241-B. Corrupción dentro de entes privados: "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, recibe 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 en perjuicio de la persona jurídica, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. //Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, promete, ofrece o concede a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de

sujetos relacionados de alguna manera con la persona jurídica perjudicada, aunque dicha relación no necesariamente sea de carácter laboral. Continuando la sistematicidad del estudio de estos tipos penales, debe analizarse el tipo objetivo haciendo una distinción entre la corrupción pasiva dentro del ente privado (artículo 241-B del CP, primer párrafo) y la corrupción activa dentro del ente privado (artículo 241-B del CP, segundo párrafo).

a. Corrupción pasiva dentro del ente privado

Al igual que en el delito de cohecho privado pasivo, en este tipo penal también hay una restricción con respecto al sujeto activo. Estos son los mismos que en ese delito, esto es, el socio, accionista, gerente, director, administrador,⁴⁸ representante legal, apoderado,⁴⁹ empleado o asesor de una persona jurídica. Por lo tanto, se trata de un delito especial propio,⁵⁰ que exige un vínculo de representación entre el agente y la persona jurídica. Esto constituye la esencia misma de este delito, con lo cual y, por consiguiente, al autor le puede ser asignado el estatus de “enemigo interno” del ente privado.⁵¹

Toda la explicación dogmática en relación con los sujetos del delito de cohecho privado pasivo se aplica directamente a este delito. En este tipo penal, el sujeto pasivo es la persona jurídica, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, los cuales son formas societarias expresamente

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 en perjuicio de la persona jurídica. En los supuestos previstos en este artículo solo se procederá mediante ejercicio privado de la acción penal”.

⁴⁸ Sea de hecho o de derecho, lo relevante es la función fáctica como órgano de gestión y representación de la sociedad. Véase Faraldo Cabana: *Delitos societarios*, 203.

⁴⁹ Sobre los conceptos de socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal y apoderado de las personas jurídicas de derecho privado, conforme a la Ley 26887, véase Elías Laroza: *Derecho Societario*, 61 ss.

⁵⁰ García Caverro: *Derecho penal económico*, 403.

⁵¹ En el mismo sentido, sobre la esencia de la administración desleal, Nieto Martín: *Administración desleal y apropiación indebida*, 250.

reconocidas en la legislación societaria y civil del Perú.⁵² De esta forma, puede vislumbrarse lo planteado desde el inicio de la presente investigación. En este delito de corrupción dentro de los entes privados es protegido como bien jurídico mediato el interés patrimonial de la persona jurídica,⁵³ es decir, de modo similar a lo que ocurre en el contexto del fraude en la administración de las personas jurídicas.

La conducta típica sancionada consiste en *aceptar, recibir o solicitar* (por persona interpuesta) promesa, donativo o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza (objeto material) para sí o para un tercero, con el fin de realizar u omitir un acto en perjuicio de la persona jurídica. Aunque el agente puede cometer el delito por sí mismo o a través de la persona interpuesta, no deben perderse de vista los problemas de autoría y participación que esto último podría generar, pues el deber infringido le compete a quien tiene la relación de representación para con la persona jurídica y no a cualquier tercero.⁵⁴

El objeto de este tipo penal, previamente descrito, debe estar destinado al propio agente o a un tercero, sin que sea necesaria la existencia de una relación entre ambos (ya sea familiar, personal, laboral o institucional). Conforme a la descripción de la conducta típica, este tipo penal se clasifica como un delito de mera actividad.⁵⁵ En ese sentido, basta con la aceptación, recibimiento o solicitud de parte del agente, sin necesidad de que la contraprestación sea efectivamente realizada, ni que se cause un perjuicio concreto al ente privado. En este tipo penal, la simple realización de la acción constituye una afectación del bien jurídico.⁵⁶

b. Corrupción activa dentro del ente privado

Conforme a la descripción típica de este delito, se puede observar que se trata de un delito común, en el sentido de que cualquiera puede realizar

⁵² En el mismo sentido, pero con relación al concepto de sociedad mercantil, Faraldo Cabana: *Delitos societarios*, 203.

⁵³ Véase Faraldo Cabana: *Delitos societarios*, 356.

⁵⁴ Véase Fernández Bautista: *Corrupción entre particulares*, 217.

⁵⁵ Sobre los delitos de mera actividad, Zugaldía: *Lecciones de Derecho Penal*, 90.

⁵⁶ Zugaldía: *Fundamentos de Derecho Penal*, 254.

la conducta prohibida. En estos casos, el legislador emplea fórmulas como “el que” o “quien”,⁵⁷ al igual que sucede en el delito de cohecho privado activo. Por tanto, nada impide que el delito sea cometido por el propio empresario o por alguno de los sujetos que finalmente reciben la *promesa, ofrecimiento* o *concesión*. Dada su calidad de delito común, el hecho de que la acción de *prometer, ofrecer* o *conceder* sea cometida por persona interpuesta no generará problemas de autoría y participación.

La conducta típica sancionada consiste en *prometer, ofrecer* o *conceder* de manera directa o indirecta (por persona interpuesta) a los accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de la entidad privada una ventaja o beneficio indebidos de cualquier naturaleza (para ellos o para un tercero) como contraprestación para realizar u omitir un acto (acción u omisión) en perjuicio de la persona jurídica. Aquí ha de advertirse que se excluye del ámbito del tipo a los socios de la persona jurídica. Ello muestra que el afectado directo es la persona jurídica, así como que el bien jurídico patrimonio –de modo similar a lo que sucede con el delito de fraude en la administración de personas jurídicas– es protegido mediatamente. En todo caso, la referencia a la contraprestación por un acto que realizará un funcionario de la empresa en perjuicio de la persona jurídica puede verse como una referencia directa a un *acuerdo ilícito*. Por otro lado, el perjuicio al que se proyecta el acto u omisión no se reduce a consideraciones patrimoniales, sino que se extiende a los intereses en general del ente colectivo. En ese sentido, podría pensarse, por ejemplo, en un desmedro reputacional.

Ámbito subjetivo

El tipo penal de corrupción tanto pasiva como activa dentro del ente privado es de comisión dolosa, no encontrándose regulada la posibilidad de cometer el delito por negligencia.

⁵⁷ Sobre los delitos comunes, véase Zugaldía: *Fundamentos de Derecho Penal*, 231.

Consumación

Se trata de un delito de mera actividad, pues el tipo de corrupción pasiva dentro del ente privado se consume con las conductas de aceptar, recibir y solicitar una ventaja o beneficio indebido. En relación con el delito de corrupción activa dentro del ente privado, este se consume con las conductas de prometer, ofrecer o conceder ventaja o beneficio indebido.

Imputación objetiva y rol del *compliance*

A pesar de que, como se ha señalado,⁵⁸ la criminalización de las prácticas de corrupción en el ámbito privado es del todo legítima, como surge del breve análisis dogmático realizado,⁵⁹ el ámbito de punibilidad generado como consecuencia de la estructura de los tipos ostenta una amplitud evidente. La cuestión de la imputación al tipo objetivo adquiere una relevancia importante, porque ayuda a trazar la línea para definir el ámbito de las prácticas comerciales que no están sujetas a indeseables y contraproducentes riesgos penales.

Como ha señalado García Caveró, la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber está constituida por el incumplimiento de un deber específico, que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional. En este primer nivel de la imputación objetiva, debe responderse fundamentalmente a tres cuestiones: quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y cuáles son los límites de la competencia institucional.⁶⁰

En el ámbito empresarial esto está vinculado en gran medida con la posición de garante del empresario, una cuestión sin consenso en la doctrina.⁶¹ A pesar de ese diagnóstico, hay esfuerzos dirigidos a dotar de contenido a ese deber de garantía del empresario. En ese sentido, Requena Juliani sostiene que la delimitación del alcance de la posición de garante

⁵⁸ Véase *supra* apartado "Breve referencia al bien jurídico protegido en los delitos de corrupción en el ámbito privado y de corrupción en el interior de los entes privados".

⁵⁹ Véase *supra* apartado "Análisis dogmático de los preceptos penales".

⁶⁰ García Caveró: *Derecho Penal*, 471.

⁶¹ Sobre la posición de garante del empresario, por todos, véase Lascuráin: *La responsabilidad penal individual*, 84.

del empresario debe ser realizada a partir de una delimitación del riesgo permitido,⁶² es decir, atendiendo a la organización y gestión que se le da a la empresa. Este deber de garante del empresario comprendería así los deberes de organizar la empresa (ya sea una organización funcional, divisional o matricial)⁶³ y de gestionarla de un modo adecuado a la prevención, evitación o detección de riesgos penales (adecuada administración del riesgo).

En buena cuenta, se trata de verificar si se contó con un *compliance program* que permitiera que la organización y gestión de la empresa se conservaran dentro del marco del riesgo permitido.⁶⁴ Esto también es asumido por la Fiscalía General del Estado Español, que en la Circular 1/2016 consideró insuficiente la existencia de un programa de *compliance* sin la realización de un juicio de idoneidad sobre su contenido en relación con el ilícito penal cometido. Esto admite indudablemente la siguiente lectura: “Si la empresa cuenta con un *compliance* penal idóneo, entonces se mantiene dentro del riesgo permitido” (ausencia de imputación objetiva). Dicho resumidamente, la determinación del riesgo permitido para el agente pasa por analizar si en el contexto de las operaciones de una persona jurídica: i) se contó con un programa de *compliance* penal, y ii) si era idóneo en relación con el delito concreto. De ese modo, y en el marco de una minimización –no supresión– de riesgos, el hecho del individuo particular puede ser visto como un acto deliberadamente fuera del comportamiento de la organización.⁶⁵ Dicho de otra forma, la conducta individual del agente, contraria a la norma, no puede ser vista como expresión del

⁶² Requena Juliani: *La posición de garante*, 165.

⁶³ Para mayores referencias sobre la organización empresarial funcional, divisional o matricial, Gallego Soler: *Criterios de imputación*, 78-100.

⁶⁴ Por eso, Kuhlen acierta al sostener que el *compliance* puede encasillarse sin dificultad en una tendencia secular hacia el derecho penal del riesgo. Pues, así como la percepción del aumento de los riesgos jurídico-penales de las empresas es el motor, la minimización de estos riesgos es el objetivo de los esfuerzos actuales que giran en torno al *compliance*. Véase Kuhlen: *Cuestiones fundamentales*, 65.

⁶⁵ Puesto que la superación del riesgo permitido se produce si el agente inobservó deliberadamente el programa de *compliance* penal, toda vez que, como señala Galán Muñoz: *Fundamentos y límites*, 132, no se trata de eliminar el riesgo de comisión de delitos, sino de mantenerlo en niveles tolerables o permitidos.

comportamiento colectivo de la organización, sino, a lo sumo, como un *factum* que escapa a todo esfuerzo razonable de control.

Cómo ha de regularse el programa es un asunto que compete a la organización y depende de su capacidad reflexiva sobre su propio ámbito de actuación. Si en el binomio libertad/paternalismo⁶⁶ la balanza es inclinada hacia la libertad, entonces se le reconoce al mismo tiempo una cierta capacidad para autogestionarse. Pero esto presupone que esa capacidad reflexiva sea decisivamente autocrítica. Por eso la cuestión crucial no es cuánto riesgo le es permitido a la organización, sino cuánto riesgo ella (o sus directivos) decide(n) correr tras un (deseable y exigible) ejercicio de autocrítica a la vista de su recorrido, actuación y proyección, las cuales constituyen las dimensiones esenciales de la experiencia “vital” de esa organización. Es decir, como resultado de su “reflexión” sobre cuestiones vitales (¿cómo se ha operado y cómo se operará?) y con el tamiz de sus reales opciones de control (¿cómo se enriquece el control de las operaciones pasadas?, ¿cómo se aplica ese control enriquecido en las operaciones actuales? y ¿cómo prevengo riesgos en operaciones futuras con base en el control actual enriquecido por las experiencias pasadas?).

Más allá de esto, la definición del riesgo permitido también da cuenta del espacio para la intervención del *soft law* (autorregulación empresarial en un contexto de debida diligencia del empresario), de las buenas prácticas corporativas, de los programas de *compliance*, las normas técnicas de calidad –como ISO 37001 (Sistema de Gestión Antisoborno);⁶⁷ norma UNE-ISO 19600 (Sistema de Gestión de *Compliance*)⁶⁸ y norma UNE 19601 (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal)–.⁶⁹ Esto no es nada nuevo. Ya algunas normas jurídicas de referencia en el ámbito del *compliance* penal como las *guidelines* apuntan a la relación entre normas administrativas y

⁶⁶ O, en palabras de Navas Mondaca: *Deberes negativos y positivos*, 21, libertad de comportamiento para la persona/responsabilidad por las consecuencias del uso de esa libertad.

⁶⁷ Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de Gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

⁶⁸ Norma Española UNE-ISO 19600, Sistemas de Gestión de *Compliance*. Directrices. Asociación Española de Normalización (AENOR), abril de 2015.

⁶⁹ Norma Española UNE 19601:2017, Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR), mayo de 2017.

estándares de calidad (normas ISO, etc.), por un lado, y programas de cumplimiento, por el otro.

La infracción de estas normas es, entonces, un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz. Como señala Gómez-Jara, si existe una serie de prácticas estandarizadas en el sector, la persona jurídica tiene que implementar un programa de *compliance* que las incorpore. De otra forma difícilmente podrían considerarse adecuados los programas desde una perspectiva *ex ante*.⁷⁰ Pero regreso al punto central: la incorporación del criminal *compliance* hace que el (subsistente) riesgo de que el miembro individual pueda cometer un delito en el marco de la organización sea calificado como un riesgo permitido o tolerado.⁷¹ Cobra especial relevancia lo señalado por Gili Pascual. Según él, en la concreción de la tipicidad también vienen en consideración las pautas de los códigos de conducta eventualmente existentes en las empresas. Esta opción alcanzaría relevancia para la precisión de las conductas típicas ante la ausencia de disposiciones legales que concreten los márgenes del riesgo permitido en el ámbito de la corrupción privada. Con dichas pautas, se complementaría el concepto de *adecuación social* que tanta importancia tiene en la interpretación de los delitos de cohecho.⁷²

También resulta relevante lo expuesto en las normas técnicas internacionalmente aceptadas (normas ISO), en la medida en que persiguen el cumplimiento de las funciones marcadas en su ámbito u objeto de aplicación,⁷³ y recogen de cierto modo los usos y costumbres empresariales internacionalmente aceptados a la hora de organizar adecuadamente una empresa. En general, las normas técnicas son una clase especial de reglas técnicas fijadas por escrito. En los casos en los que esta fijación es llevada a cabo por los organismos de normalización autorizados se habla de

⁷⁰ Gómez-Jara Díez: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 246.

⁷¹ García Caverro: *Compliance y teoría del delito*, 184.

⁷² Gili Pascual: *El delito de corrupción*, 94. En el ámbito alemán, sobre la problemática de la adecuación social y en el contexto del § 331 StGB ("aceptación de ventajas"), véase Korte: *Münchener Kommentar*, StGB § 331 nm. 134 ss.

⁷³ Montaner Fernández: *Gestión empresarial*, 141.

una “norma técnica reconocida”.⁷⁴ La norma técnica es definida entonces como una norma no jurídica que supone la fijación escrita del contenido de la regla técnica mediante su sistematización por los organismos de normalización –como la Asociación Española de Normalización y Certificación (Aenor) para los sectores industriales y de servicios–.⁷⁵

De conformidad con el apartado 8.7 de la norma ISO 37001 (Sistema de Gestión Antisoborno), por ejemplo, las organizaciones no tienen prohibido tener políticas de regalos, hospitalidades, donaciones y beneficios similares. De hecho, es una práctica aceptada internacionalmente en el sector empresarial, la cual hasta antes del DL 1385 no estuvo prohibida en el ordenamiento jurídico peruano, y menos en el contexto empresarial transnacional. Sin embargo, cuando la oferta, suministro o aceptación de las liberalidades puedan percibirse razonablemente como soborno, la organización empresarial sí tiene que implementar procedimientos destinados a prevenirlos.

Si esta norma técnica opera plenamente en el caso concreto, entonces el sujeto se mantiene dentro del riesgo permitido. En consecuencia, Puyol señala que la forma en la que esta norma técnica operaría sería mediante la prohibición de regalos, pagos, propinas, servicios, privilegios, etc., que superen cierta cantidad, pues podrían interpretarse como una violación de la honradez e independencia de juicio con respecto a quien los recibe o que pueden poner en peligro el buen nombre de la empresa. En cambio, cuando la aceptación de esos regalos resulte algo “obligado”, para no enturbiar el clima de los negocios, entonces, siempre habrá que anunciar su recepción en nombre de la empresa y entregarlos a la persona designada para su uso apropiado –lo cual debe excluir la utilización que hace aquel que ha recibido el regalo (llevando a cabo entonces un sorteo entre el personal, regalando el bien a una institución benéfica, etc.)–.⁷⁶

⁷⁴ De esta clase son, por ejemplo, las normas técnicas UNE (Una Norma Española), DIN (Deutsches Institut für Normung) e ISO (International Organization for Standardization).

⁷⁵ Montaner Fernández: *Gestión empresarial*, 143.

⁷⁶ Puyol: *Criterios prácticos*, 172.

Conclusiones

Debe reconocerse el esfuerzo del legislador penal peruano por atender a la real extensión del daño causado por la corrupción, no exclusivo del ámbito público, aunque atendido menos en el ámbito privado. Por una parte, un acercamiento genérico a la existencia de un interés legítimamente protegido permite descartar una expresión del derecho penal simbólico. Por otra parte, un acercamiento más concreto permite determinar que los delitos de corrupción privada afectan la competencia en el mercado —que permite la estabilización de precios (bien jurídico inmediato)—, así como intereses patrimoniales de la persona jurídica —donde está el destinatario del soborno (bien jurídico mediano u objeto con función representativa)—. Esta es la razón por la que en Perú no se excluye como sujeto activo al empresario, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado (por ejemplo, en el Código Penal español o alemán). Esta conclusión resulta coherente con una interpretación de la *voluntas legislatoris* plasmada en la Exposición de Motivos del DL 1385. Una necesidad de criminalización también está indicada, además, por la importante presencia de las empresas en actividades vitales. De todos modos, un análisis dogmático muestra algunos errores —generados también por una deficiente técnica legislativa— que sería deseable superar en el futuro inmediato, sobre todo considerando la amplitud del ámbito de punibilidad. En cualquier caso, los *compliance programs* pueden desempeñar un rol esencial para mantener las prácticas privadas en el ámbito permitido. Que esto debería reforzar el interés de las empresas y sus directivos por contar con programas de *compliance* idóneos para poner obstáculos reales a eventuales desenlaces delictivos es una conclusión obvia, pero no trivial.

Bibliografía

- Amelung, Knut: “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 227-264.
- Bahoo, Alon y Paltrinieri: en *International Business Review*, 2019, en <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0969593119309473?token=8DF106DB833>

[F2E5ED6A0886729333313C8BA88AFDFA18740510087F99DF40750E52EE81778B26BE2AD4D2D572C241469](https://doi.org/10.1080/10087F99DF40750E52EE81778B26BE2AD4D2D572C241469).

- Bannenbergh, Britta: “§ 299”, en Dölling, Duttge, König y Rössner, eds., *Gesamtes Strafrecht*, 4.ª ed, Nomos, 2017.
- Bolea Bardón, Carolina: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret*, 2, 2013, 1-29.
- Bolea Bardón, Carolina: “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en Abraham Castro Moreno – Pilar Otero González (dir.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid: Dykinson, 2016, 101-114.
- Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz: “§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, Strafgesetzbuch (StGB), en https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_299.html.
- Carbajo Cascón, Fernando. “Corrupción en el sector privado (I): La corrupción privada en el derecho privado patrimonial”, en *Iustitia* 10, 2012, 281-342.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo: *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.
- De la Mata Barranco, Norberto: *Derecho Penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Dölling, Duttge, König y Rössner: “§ 299”, Sen *Gesamtes Strafrecht*, 4.ª ed, 2017.
- Elías Lazora, Enrique: *Derecho Societario peruano. Ley General de Sociedades del Perú*, Tomo I, 2.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Encinar del Pozo, Miguel Ángel: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona: Aranzadi, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia: “Delitos societarios”, en Liz María Puente Aba (coord.), *Derecho Penal económico y de la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 201-247.
- Faraldo Cabana, Patricia: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* 29 (23), 2016, 15-36.
- Fernández Bautista, Silvia: “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): una interpretación restrictiva”, en Joan Queralt Jiménez y Dulce M. Santana Vega (dir.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 211-238.
- Galán Muñoz, Alfonso: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

- Gallego Soler, José-Ignacio: “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2016, 49-134.
- García Albero, Ramón: “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona: Aranzadi, 2015, 553-576.
- García Caverro, Percy: *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores, 2012.
- García Caverro, Percy: “Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa”, en Celorio Vela – Carrasco Parrilla (dirs.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, vol. 3, 2018, 259-282.
- Gil Nobajas, María Soledad: “Corrupción en los negocios privados: ¿Es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?”, en Joan Queralt Jiménez – Dulce M. Santana Vega (dirs.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 239-255.
- Gili Pascual, Antoni: *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Gimeno Beviá, Jordi: *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Madrid: Thomson Reuters, 2016.
- Gómez-Jara Díez, Carlos: “Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* 29 (23), 2016, 107-123.
- Gómez-Jara Díez, Carlos: “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Bajo Fernández – Feijóo Sánchez – Gómez Jara-Díez (coords.), *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2016, 221-250.
- Hefendehl, Roland: “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 179-196.
- Heger, Martin: “§ 299”, en Lackner – Kühl, *StGB*, 29.^a ed., 2018.
- Kindhäuser, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política Criminal* 3, 2007, 1-18.

- Korte, Matthias: “§ 331”, en *Münchener Kommentar, StGB*, 3.ª ed., 2019.
- Krick, Carsten: “§ 229”, en *Münchener Kommentar, StGB*, 3.ª ed., 2019.
- Kuhlen, Lothar: “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en Lothar Kuhlen – Juan Pablo Montiel – Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 51-76.
- Lascuráin, Juan Antonio: “La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa”, en Norberto De la Mata Barranco – Jacobo Dopico Gómez-Aller – Juan Antonio Lascuráin Sánchez – Adán Nieto Martín, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, 87-128.
- Mendoza Calderón, Silvia: “La corrupción en el sector farmacéutico. Análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho Penal español”, en María del Carmen Gómez Rivero – Abraham Barrero Ortega (dirs.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 587-634.
- Momsen, Carsten y Sebastian Laudien: “§ 299”, en *BeckOK StGB*, 45.ª ed., 2020.
- Montaner Fernández, Raquel: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medio ambiental*, Barcelona: Atelier, 2008.
- Navas Mondaca, Iván: *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal. Sobre los deberes de solidaridad y cooperación en un Estado liberal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Nieto Martín, Adán: “Administración desleal y apropiación indebida”, en Norberto J. De la Mata Barranco – Jacobo Dopico Gómez-Aller – Juan Antonio Lascuráin Sánchez – Adán Nieto Martín, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, 237-284.
- Nieto Martín, Adán: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista Penal* 10, 2002, 55-69.
- Nieto Martín, Adán: “Delitos de corrupción en los negocios”, en Norberto J. De la Mata Barranco – Jacobo Dopico Gómez-Aller – Juan Antonio Lascuráin Sánchez – Adán Nieto Martín, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, 415-445.
- Nieto Martín, Adán: “El nuevo delito de corrupción privada. A propósito del Decreto Legislativo n.º 1385”, en *LI Conversatorio del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, https://www.youtube.com/watch?v=_IjvF2SunoxA&feature=youtu.be (20.10.2018).
- Otero González, Pilar (2013). *Corrupción entre particulares, en: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 3, 174-183.

- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. “Sistemas penales comparados. Corrupción en el sector privado”, en *Revista Penal* 11, 2003, 165-169.
- Puyol, Javier: *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Queralt Jiménez, Joan: “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, en *Revista Crítica Penal y Poder* 2, 2012, 18-35.
- Requena Juliani, Jaime: “La posición de garante del empresario”, en Enrique Bagigalupo (dir.), *Curso de Derecho Penal económico*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Rodríguez-Drincourt Álvarez, Juan: “Democracia y corrupción pública”, en Joan Queralt Jiménez – Dulce M. Santana Vega (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 101-115.
- Salinas, Javier y María del Mar Salinas: “Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio empírico para los países de la OCDE”, en *Instituto de Estudios Fiscales y Universidad de Extremadura*, P. T. n.º 6/06, 2006.
- Sahan: en Graf – Jäger – Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2.ª ed., 2017.
- Schönke/Schröder/Eisele: “§ 299”, *StGB*, 30.ª ed., 2019, 21 ss.
- Teixeira, Adriano: *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Tiedemann, Klaus: *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona: PPU, 1993.
- Zimmermann, Till: *Das Unrecht der Korruption*, Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Zugaldía, José Miguel: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Zugaldía, José Miguel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Zugaldía Espinar, José Miguel: “Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico”, en Elena Marín de Espinosa Ceballos (dir.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 231-252.

Legislación

Código Penal alemán.

Código Penal colombiano.

Código Penal español.

Código Penal peruano.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Decreto Legislativo n.º 1385 de Perú.
Ley General de Sociedades de Perú.

Normas técnicas

Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de Gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

Norma Española UNE-ISO 19600, Sistemas de Gestión de *Compliance*. Directrices. Asociación Española de Normalización (AENOR), abril de 2015.

Norma Española UNE 19601: 2017. Sistemas de Gestión de *Compliance* Penal. Requisitos con orientación para su uso, Asociación Española de Normalización (Aenor), mayo de 2017.

**MECANISMOS PROCESAL-PENALES
E INSTITUCIONALES PARA
LA PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN**

COLABORAÇÃO PREMIADA E PERSECUÇÃO DA CORRUPÇÃO ORGANIZADA.

OS CONFLITOS ENTRE EFICIÊNCIA
E GARANTISMO. LEITURAS A PARTIR
DO CASO *LAVA-JATO*

Marcos Zilli

RESUMO. O estudo examina os conflitos que emergem entre a eficiência persecutória e o resguardo de garantias processuais no contexto da colaboração premiada. Tomando como pano de fundo o *Caso Lava-Jato*, um gigantesco esquema criminoso centrado na corrupção organizada e sistêmica de agentes públicos e com projeções político-partidárias, o trabalho destaca as principais questões que emergiram ao longo da operacionalização do instituto, recentemente introduzido no direito brasileiro.

Palavras-chave: colaboração premiada; corrupção; operação Lava-Jato; eficiência e garantismo no processo penal.

ABSTRACT. This study examines the conflicts that arise between prosecutorial efficiency and the protection of procedural guarantees in the context of plea bargaining. Taking as a backdrop the Lava-Jato case, a gigantic criminal scheme centered on the organized and systemic corruption of public agents with partisan political overtones, the study highlights the main issues that arose during the operationalization of plea bargaining, recently introduced in Brazilian law.

Keywords: plea bargaining; corruption; Lava-Jato operation; efficiency and guarantees in criminal proceedings.

Introdução

O trabalho se propõe a fazer um estudo sobre o instituto do acordo da colaboração premiada¹ e a perseguição dos crimes de corrupção, especialmente daqueles vinculados às organizações criminosas.² Para tanto, foram estabelecidos recortes metodológicos.

A análise se voltou para o que se convencionou denominar de *Caso Lava-Jato*. Trata-se de uma emblemática operação voltada à perseguição de crimes de corrupção, organização criminosa, lavagem de ativos, entre outras infrações, e que não guarda precedente no Brasil. A magnitude dos fatos revelados, especialmente a descoberta de conexões entre empresas públicas, grandes corporações privadas e o sistema político partidário,

¹ A expressão *delação premiada* se consagrou no uso corriqueiro, tendo sido reforçada pela cobertura midiática. A delação, contudo, é uma das formas pelas quais se materializa a colaboração. Por ela, o delator, além de confessar a sua responsabilidade, identifica outros envolvidos. A colaboração não está limitada a tal mecanismo. Pode envolver a indicação do paradeiro da vítima, possibilitando a sua liberação; pode levar à localização de ativos com a sua recuperação, e, por fim, pode assumir um caráter preventivo com a apresentação de informações relevantes que impeçam uma prática criminosa ou mesmo a sua continuidade. Nesse sentido, ver Fernandes: *RBCCrim*, 16 (70), 2008, 229-268.

² Foi somente com a publicação da Lei 12.850 de 2013 que os contornos da chamada organização criminosa foram explicitados, superando-se assim antigo e insistente vácuo normativo no ordenamento penal brasileiro. A Lei, que bebeu na fonte da Convenção de Palermo – internalizada pelo Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004 –, definiu a organização criminosa como a associação composta por pelo menos quatro pessoas que, de forma estruturada, agregam esforços e dividem tarefas visando à obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a quatro anos ou quando evidenciado o caráter transnacional (art. 1º, par. primeiro). A Lei 9.034/95, primeira experiência normativa, foi bastante representativa do mau caminho percorrido. A preocupação foi a de regulamentar os meios de obtenção de prova aplicáveis às organizações criminosas sem que estas, contudo, houvessem sido definidas. A bem da verdade, a definição se operou por vias transversas. Assim é que as organizações criminosas foram equipadas às quadrilhas ou bandos, então tipificadas pelo art. 288 do CP. O resultado foi a distribuição aleatória de medidas restritivas de direitos fundamentais sem que se tivesse noção exata de seu campo de incidência. Em nova oportunidade para superar o desconforto normativo, veio à luz a Lei 10.217/01. Muito embora o seu artigo 1º tenha destacado as ações praticadas pelas organizações criminosas daquelas executadas pelas quadrilhas ou pelos bandos, o vazio conceitual com relação as primeiras foi mantido. Em meio àquele contexto de incerteza normativa, a jurisprudência passou a reconhecer a validade interna da definição dada pela Convenção de Palermo. A solução, contudo, não ficou imune a controvérsias. Assim, por ocasião do julgamento do HC 96.007, o STF sacramentou posição quanto à imprestabilidade da aplicação do conceito convencional para preenchimento do vácuo normativo interno por força do princípio da legalidade penal.

catalisou a atenção da mídia e da opinião pública nos últimos cinco anos. Influenciou – e vem influenciando – os rumos da política nacional.³ Para além dos vários desdobramentos nos diferentes graus de jurisdição nacional, a operação teve projeção internacional, alcançando diversos países em diferentes continentes.⁴

Os acordos de colaboração premiada tiveram um importante – se não fundamental – papel para a expansão das investigações e dos processos durante a *Operação Lava-Jato*. Foram mais de 48 acordos firmados apenas no núcleo original da *Operação* na Justiça Federal de Curitiba.⁵ Houve, portanto, um efeito dominó. À época, não havia uma compreensão mínima sobre o instituto. Os acontecimentos atropelaram a tudo e a todos. Assim, o estudo da colaboração premiada e de sua operacionalização em tão emblemático caso é roteiro obrigatório da comunidade acadêmica.

³ Em Batista: *Corrupção política e avaliação do governo*, trabalho que buscou confrontar a percepção da corrupção, a atividade da mídia e a avaliação do governo, Erica Baptista, após examinar dados colhidos de três revistas de circulação nacional, desde o início da Operação Lava-Jato (março de 2014) até o impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff (agosto de 2016), conclui que a cobertura da mídia não só alimentou os índices de percepção da corrupção, como também colaborou para a imagem negativa do então governo. O tema da corrupção permeou também o debate político durante as eleições de 2018. Levantamentos feitos pelo Twitter durante o período eleitoral indicaram o impressionante número de 165 milhões de tuites. A corrupção foi, de longe, o tema mais debatido (Exame: *O tema mais comentado nas eleições 2018 no twitter: corrupção*). A relação entre a persecução da corrupção e o ambiente político não se limita aos efeitos produzidos no processo eleitoral como produto do desgaste da classe política e especialmente do grupo político ocupante do governo. Salvatore Sberna e Alberto Vannucci chamam a atenção para uma espécie de contra movimento capitaneado, sobretudo, pelos grupos atingidos. O objetivo é o de desacreditar a legitimidade das persecuções de modo a minimizar, senão estancar, a crise de confiabilidade dos eleitores e, dessa forma, assegurar a sobrevivência do grupo político e de seu projeto de poder (Sberna – Vannucci: *Crime Law and Social Change*, 60, 2013, 565-593).

⁴ A internacionalização da Lava-Jato ganhou força em 2016 quando a Odebrecht firmou acordo com o Departamento de Justiça dos E.U.A. Na ocasião, a empresa admitiu o pagamento de US\$ 788 milhões em propina a autoridades de diferentes países, valendo-se, para tanto, de instituições bancárias americanas. Em 2017 foram indicados 11 países, a saber: Angola, Argentina, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Moçambique, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. Nesse sentido: Charleaux: *Nexo*, 17 (11), 2017.

⁵ Conforme dados informados pelo próprio Ministério Público Federal. Os números não levam em conta as investigações em curso perante os tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, em razão da competência por prerrogativa de foro das autoridades apontadas como suspeitas e/ou acusadas. Nesse sentido: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>> (12.10.2019).

Não será possível esgotar todos os polêmicos aspectos que emanam da colaboração premiada. Não integrará o enredo do estudo o valor probatório dos elementos fornecidos pelo colaborador. Tal matéria demanda estudo próprio que supõe um aprofundamento em questões conceituais que circundam a atividade probatória, a cognição e a valoração judicial. Os limites do trabalho não permitem tal ampliação dos horizontes.

Assim, tomando-se tais recortes, o trabalho resgata o contexto da *Operação*, apresentando uma síntese dos fatos apurados. O que se revelou até o presente momento aponta para uma criminalidade centrada na corrupção organizada e sistêmica de agentes públicos e com projeções político-partidárias. A complexidade dos acontecimentos exige uma explanação inicial. Na sequência, descortina-se o instituto do acordo de colaboração premiada. O objetivo é o de esclarecer os pressupostos e os requisitos que cercam o instituto, definindo os papéis reservados aos atores negociantes, assim como a função da autoridade judiciária no exercício de controle de regularidade, de legalidade e de licitude.

Tais premissas pavimentam o caminho para a análise sobre a operacionalização do acordo de colaboração premiada no âmbito do *Caso Lava-Jato*. O olhar se voltará para as questões que foram acomodadas pelos operadores e que careciam de detalhamento normativo. Afinal, foi no preenchimento das lacunas legais, realizada sob o signo da pressão dos acontecimentos, que o choque entre os valores da eficiência e do garantismo se revelou com mais vigor. Muitas das questões foram recentemente resolvidas com a promulgação da Lei 13.964/19.⁶ Outras ainda permanecem em aberto. O objetivo é o de provocar reflexões sobre um importante meio de obtenção de prova acerca das estruturas e das responsabilidades das organizações criminosas e dos crimes conexos. Não se toma aqui – é importante esclarecer – qualquer premissa de descarte do instituto. A questão é de

⁶ A Lei, publicada no dia 24 de dezembro de 2019, trouxe significativas alterações na legislação penal e processual. No ponto específico da colaboração premiada, os novos dispositivos regulamentaram vários aspectos que não tinham sido tocados pela Lei 12.850/19 e cuja necessidade de regulamentação foi escancarada pela dinâmica operativa do instituto e pela visibilidade alcançada pela *Operação Lava-Jato*. A regulamentação da fase das negociações preliminares é um exemplo. Outros pontos, por sua vez, foram clarificados, como é o exemplo do reforço dado ao princípio da tipicidade legal dos benefícios punitivos.

calibragem da ideologia utilitarista⁷ que informa colaboração premiada à luz do devido processo.

A conclusão é uma síntese analítica dos pontos conflituosos que decorrem da aplicação do acordo de colaboração premiada. Ou seja: a partir do estudo de caso que por muito tempo representará uma referência na pesquisa científica se procura a resposta à indagação central do trabalho: qual o legado que se extrai do modelo da justiça negociada no enfrentamento da corrupção?

O Caso Lava-Jato

O uso de uma rede de postos de combustíveis para a lavagem de recursos ilícitos inspirou o nome da operação que foi deflagrada em março de 2014.⁸ A *Operação Lava-Jato*, que já se antevia como emblemática, assumiu proporções gigantescas, representando, atualmente, a maior investigação de corrupção e de lavagem de ativos no Brasil⁹

⁷ Bentham, que concordava com os efeitos deletérios dos prêmios concedidos aos criminosos colaboradores, reconhecia, contudo, a validade do método caso não houvesse outra forma de se assegurar a punição dos demais agentes. Nesse sentido: “But if there be no other means, this method is good; since the impunity of a single criminal is a less evil than the impunity of many” (Bentham: *The rationale of reward*, 1825, 104).

⁸ A data se refere ao início da fase ostensiva da operação. As investigações foram iniciadas em 2009 com a investigação de crimes de lavagem de dinheiro de recursos do então deputado José Janene, em Londrina, Paraná, com o envolvimento dos doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater. Mediante interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, apurou-se que o doleiro Alberto Youssef doara uma Land Rover ao ex-diretor de abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa. A partir dos dados apurados nas interceptações é que teve início a fase ostensiva da operação, com o cumprimento de mandados de busca e apreensão e de prisão temporária. Ver: “Investigação na Petrobras começou com um estranho presente de luxo”. <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/01/politica/1417472349_354451.html> (12.10.2019).

⁹ O núcleo original da *Operação Lava-Jato* é dado pela 13ª Vara Federal de Curitiba no estado do Paraná. Os fatos ali investigados envolvem contratos celebrados com a Petrobras. As primeiras medidas cautelares foram ali determinadas, o que fixou a prevenção daquele juízo para o processamento dos casos conexos.

com desdobramentos em vários estados,¹⁰ graus de jurisdição¹¹ e outros países.¹²

Os números, de fato, impressionam. Tomando-se apenas o núcleo central e originário da *Operação* dado pela Justiça Federal de Curitiba,¹³ ao longo dos últimos cinco anos foram realizadas 68 operações policiais. Foram expedidos 1302 mandados de busca e apreensão, 165 mandados de prisão preventiva e outros 162 de prisão temporária.¹⁴ Foram celebrados 49 acordos de colaboração premiada. 116 acusações criminais foram apresentadas por crimes de corrupção, contra o sistema financeiro nacional, tráfico internacional de drogas, formação de organização criminosa e

¹⁰ Em outubro de 2015, o STF determinou a remessa para o Rio de Janeiro de denúncia apresentada pela Força-tarefa da Lava-Jato em Curitiba, que apontou irregularidades em contratos para a construção da Usina Nuclear Angra 3. Paralelamente ao curso desta ação penal na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal deu início ao aprofundamento das investigações. Diante da complexidade das investigações, em junho de 2016, foi criada uma força-tarefa para investigar supostos crimes de corrupção, desvio de verbas e fraudes em licitações e contratos na Eletronuclear, subsidiária da Eletrobrás. Ver: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/rio-de-janeiro>>. Acesso em 12.10.2019. No Distrito Federal, os primeiros casos aportaram em 2016, por decisão do STF que desmembrou casos que não tinham conexão clara com os fatos relacionados com a Petrobras. Ver: <<http://www.mpf.mp.br/df/atuacao/desdobramentos-da-lava-jato>>. Acesso em 12.10.2019.

¹¹ Quando da segunda fase da Operação, ainda no âmbito da 13ª Vara Federal de Curitiba, Paulo Roberto Costa, ex-Diretor de Abastecimento da Petrobras, foi preso. Cinquenta e nove dias após, atendendo a reclamação formulada pela defesa de Paulo Roberto Costa (Reclamação 17.623), o então Ministro do STF, Teori Zavascki, ordenou, em caráter liminar, a soltura de Paulo Roberto Costa após reconhecer a possibilidade de afirmação da competência do próprio STF diante das notícias de envolvimento de parlamentares que gozavam de foro privilegiado. No julgamento da reclamação, contudo, se determinou a cisão do processo, fixando-se a competência do Supremo Tribunal tão somente para investigação dos parlamentares e outras autoridades com prerrogativa de foro. Ver: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>>. Acesso em 12.10.2019.

¹² Ver nota 5 *supra*.

¹³ Informações atualizadas até 29.02.2020. Ver: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>.

¹⁴ A legislação brasileira prevê duas modalidades de prisão cautelar processual. A prisão temporária é prisão imposta por prazo determinado e no curso de investigação criminal instaurada para apuração de condutas criminosas específicas. O seu propósito é o de viabilizar a investigação criminal afetada pela liberdade do investigado. O marco regulatório é dado pela Lei 7.960/89. A prisão preventiva, por sua vez, é a prisão processual tradicional. Funda-se na cautelaridade e, portanto, nos juízos de necessidade e indispensabilidade. Não tem prazo de duração fixo. A regulamentação é dada pelo Código de Processo Penal (arts. 312 a 316).

lavagem de ativos, entre outros. Até o presente momento há 159 condenados e 4 bilhões de reais foram restituídos aos cofres públicos.¹⁵

As primeiras investigações indicaram que Alberto Youssef, doleiro,¹⁶ mantinha negócios escusos com Paulo Roberto Costa, ex-diretor da área de abastecimento da Petrobras. Preso cautelarmente, Costa firmou, meses após, acordo de colaboração premiada. Os seus relatos e informações abriram um imenso flanco de investigação de diversos desvios de recursos da empresa petrolífera ocorridos na última década. Os procedimentos investigatórios, as acusações e os julgamentos proferidos identificam um quadro complexo e estruturado de desvio de recursos públicos em diversos contratos celebrados entre a Petrobras e empresas prestadoras de serviço, especialmente, as grandes empreiteiras.

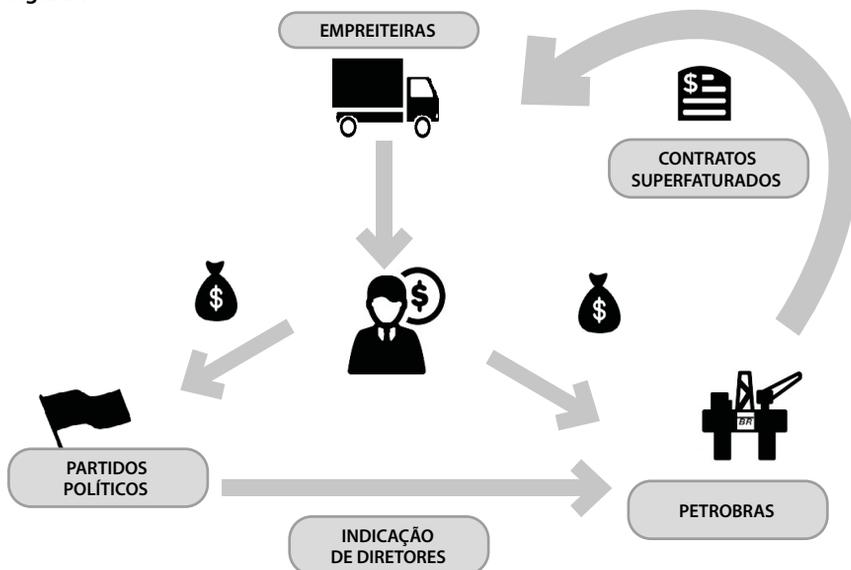
Conforme apurado, as empreiteiras atuavam em esquema de cartel nas licitações públicas com a Petrobras. Além de receberem informações privilegiadas acerca de novos projetos, articulavam-se em reuniões secretas nas quais se decidiam os valores e os vencedores de licitações.¹⁷ Os contratos superfaturados permitiam o pagamento de propina em montante variável de 1% a 5%. O suborno era distribuído por meio de doleiros em diferentes operações de lavagem. Parte da propina era entregue a altos funcionários da Petrobras cujos postos eram ocupados por indicação partidária. Estavam não só cientes do cartel das empreiteiras, como também emprestavam colaboração. Outra parte da propina retornava aos próprios partidos políticos de sustentação da base governista no Congresso em forma de doações – contabilizadas ou não – às campanhas eleitorais. Assim, a indicação política dos altos funcionários da Petrobras assegurava a permanência do esquema criminoso. De um lado, enriquecia uma oligarquia

¹⁵ US\$ 888 milhões de dólares em valores aproximados para o dia 29.10.2019.

¹⁶ Aquele que negocia dólares no mercado paralelo.

¹⁷ De acordo com o apurado nas investigações e nos processos criminais instaurados, a conexão política se revelou evidente em relação às seguintes diretorias: de Abastecimento, ocupada por Paulo Roberto Costa entre 2004 e 2012, de indicação do PP (Partido Progressista), com posterior apoio do PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro); de Serviços, ocupada por Renato Duque entre 2003 e 2012, de indicação do PT (Partido dos Trabalhadores); e Internacional, ocupada por Nestor Cerveró entre 2003 e 2008, de indicação do PMDB. Nesse sentido: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 12.10.2019.

Figura 1



Fuente: elaboração própria.

empresarial. De outro, assegurava a conjugação das forças políticas que sustentavam o governo. Por fim, com os caixas repletos de recursos, em evidente abuso do poder econômico, os partidos políticos agraciados contratavam campanhas publicitárias eleitorais milionárias na tentativa de se perpetuarem no poder¹⁸ (Figura 1).

O acordo de colaboração premiada. Compreendendo o instituto¹⁹

Até o advento da Lei 12.850/13, a concessão de benefícios punitivos ao agente colaborador era matéria que encontrava eco exclusivo na seara penal

¹⁸ Chemin: em *Corrupção: Lava-Jato e mãos limpas*, 2019, 184-216. Netto: *Lava-Jato. O juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, 2016. Paduan: *Uma história de orgulho e vergonha*, 2016.

¹⁹ A figura do arrendido colaborador não é inédita. No direito anglo-saxônico há a *crown witness*. É a situação do imputado que passa a figurar como testemunha no processo em troca de sua imunidade penal. Para uma visão crítica sobre o prêmio da imunidade ao colaborador, ver: Bauer: em *Journal of Criminal Law and Criminology*, 67 (2), 1976, 143-154. No

e pela fórmula das causas de diminuição da pena.²⁰ A Lei 12.850/13 inovou ao regulamentar o procedimento de barganha de prova relacionada à criminalidade organizada e aos crimes conexos.²¹ Trata-se de um meio de obtenção de prova.²² Afinal, a promessa e o acordo que a formaliza buscam

direito italiano, os chamados *collaboratori della giustizia* ou *pentiti* foram decisivos no contexto da perseguição dos crimes de terrorismo e dos grupos mafiosos nas décadas de setenta e oitenta do século XX. Nesse sentido, ver: Chelazzi: *La dissociazione dal terrorismo*, 1981; Laudi: *I casi di non punibilità dei terroristi pentiti*, 1983; e Ferracuti: em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 11, 1986, 303-312.

²⁰ No Brasil, coube à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) a inauguração destes mecanismos. Ao fixar um novo patamar punitivo para o crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), o legislador previu uma causa de diminuição da pena em favor do integrante que denunciasse o bando à autoridade, possibilitando, assim, o seu desmantelamento. A mesma lógica foi empregada pela Lei 9.080/95 que alterou a lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86) e pela lei que define os crimes contra ordem tributária, a ordem econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/90). Para ambas, previu-se uma causa de diminuição da pena em favor do agente colaborador. A Lei 9.269/96, por sua vez, acrescentou um parágrafo ao artigo que tipifica a extorsão mediante sequestro (art. 159, §4º do CP), fixando mais uma causa de diminuição da pena, condicionada ao fornecimento de informações que facilitassem a liberação da vítima. A primeira experiência legislativa sobre organização criminosa, a Lei 9.034/95, fez alusão expressa à “colaboração espontânea”, fixando causa de diminuição da pena, cuja aplicabilidade estaria condicionada ao esclarecimento das infrações e autoria (art. 6º). Nessa linha evolutiva, a Lei 9.807/99 (Lei de proteção às vítimas e testemunhas) adotou um modelo mais aperfeiçoado de regulamentação premial da colaboração processual. Claramente a fórmula ali regulamentada serviu de matriz para o instituto que finalmente foi desenhado pela Lei 12.850/13. A expressão “colaborador” foi sacramentada. A ela se acrescentou a referência à figura do réu. Buscou-se, assim, explicitar a condição especial de quem, ao mesmo tempo em que figura como alvo da perseguição, presta efetiva colaboração para o deslinde dos fatos e identificação dos responsáveis.

²¹ O vácuo legal não impediu, contudo, que algumas experiências de acordos de colaboração entre investigados e Ministério Público fossem concretizadas já nos idos de 2004, no que se convencionou denominar de “Escândalo do Banestado”. O caso envolveu a investigação sobre a remessa ilegal de divisas para o exterior na segunda metade da década de 1990. Durante o processo instaurado para apurar aquele escândalo, Alberto Youssef, que posteriormente viria a ser um dos protagonistas do “Caso Lava-Jato”, celebrou, em 2003, o primeiro acordo de colaboração processual com o Ministério Público, no qual se obrigou a prestar colaborações, comprometendo-se, ademais, a não praticar novos ilícitos. Ver: Aras: *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*, 2011, p. 431.

²² Ou de busca de prova, que não se confunde com os meios de produção de prova. Estes são os instrumentos (depoimentos, exames periciais, etc.) que transportam para o universo processual os elementos de prova. Aquelas são as medidas que asseguram a revelação de fontes de prova (busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, etc.). Colocam-se em momento logicamente anterior à produção probatória. Nesse sentido, ver: Grinover: *Revista dos Tribunais*, 1982, 201-203; Cordero: *Procedimiento penal*, 2000, 171; e Gomes Filho: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, 2005, 303-318. Sobre a natureza jurídica da colaboração premiada, ver ainda: Zilli: Cunha Filho - Brittes de

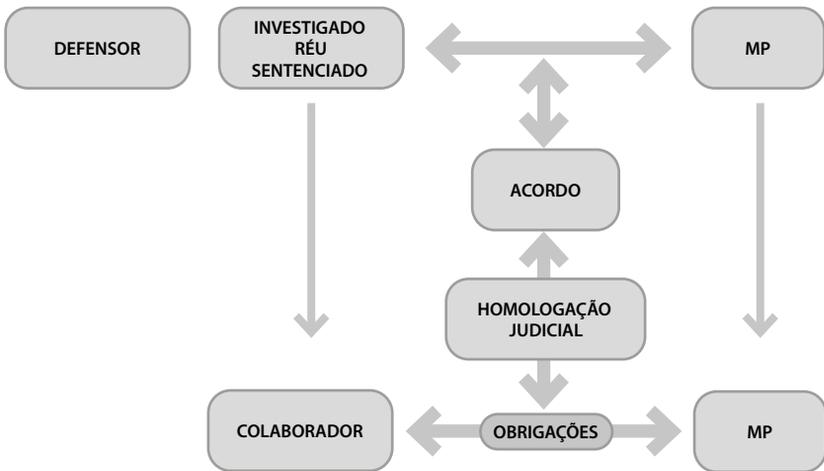
romper com a solidariedade interna da organização e revelar caminhos probatórios que esclareçam a sua estrutura, a divisão de responsabilidades e os crimes cometidos.²³ Uma vez homologado, o acordo suscita uma metamorfose de posições jurídicas. O alvo da persecução é erigido à condição de fonte de prova, assumindo, igualmente, o papel de colaborador.²⁴ (Figura 2)

Araújo (coords.), *48 Visões sobre a corrupção*, 2016, 22-25; Bechara: em *Boletim IBCCrim* 23 (269), 2015, 6-7; Essado: em *RBCCrim*, 21, (101), 2013, 211; e Zanellato: em *A delação/colaboração premiada em perspectiva*, 2016, 112. A natureza jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de prova foi reafirmada quando do julgamento pelo STF do HC 127.483 de relatoria do Min. Dias Toffoli, em 27 de agosto de 2015, do qual se destaca o seguinte trecho: “No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova”. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> (12.10.2019).

²³ A solidariedade se move pelo objetivo comum que, via de regra, envolve a acumulação de poder econômico. As organizações criminosas de caráter econômico fomentam círculos viciosos que são impulsionados pela energia da acumulação do capital. Ao seu redor gravitam os seus membros. O enriquecimento e o poder intimidatório os mantêm unidos ao círculo. A solidariedade se expressa pela lei do silêncio que, por sua vez, assegura a sobrevivência da organização. Nesse sentido: Costa: *RBCCrim*, v. 34, 2001, 09-25.

²⁴ É posição jurídica *sui generis*. Não se trata de testemunha. Afinal, a condição de testemunha supõe o não envolvimento no fato delituoso. Ademais, não está sujeito o colaborador às penas do crime de falso testemunho, muito embora esteja obrigado, pelos termos do acordo, a não se manter em silêncio e a falar a verdade dos fatos que souber. A mentira implica, portanto, a violação do acordo e a proibição de obtenção dos benefícios ali acordados. Nesse sentido: Zilli: em Ambos – Zilli – Mendes, *Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava-Jato*, 2019, 109; e Romero: em Ambos – Romero, *Crime organizado. Análise da Lei 12.850/2013*, 2017, 264. A questão é bastante controversa. Afinal, a depender da situação do processo, o colaborador, na condição de réu, será submetido a interrogatório, momento em que fornecerá o seu “testemunho” com relação aos fatos que envolvam terceiros. Ver, igualmente: Bittar: *Delação premiada*, 2011; e Leite – Greco: em *Jota – Penal em foco*, 2019. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019 (12.10.2019). Em estudo sobre o réu colaborador em perspectiva comparada, Isabel García de Paz destaca a existência de três modelos regulatórios da figura do réu colaborador. Pelo primeiro, o réu colaborador figura como testemunha e, nessa perspectiva, está obrigado a depor como condição de obter o benefício punitivo. Pelo segundo, o colaborador intervém fornecendo vários esclarecimentos sobre o fato e os seus responsáveis, restando à autoridade judiciária a faculdade de redução ou de exclusão da pena. Por fim, um modelo misto que agrega aspectos dos dois modelos anteriores. É o exemplo do sistema italiano. (García de Paz: em *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 2005, 3-4).

Figura 2



Fuente: elaboração própria.

Não há liberdade de pactuação. Os prêmios e o conteúdo da colaboração são dados por lei.²⁵ Ademais, o acordo, uma vez formalizado, se submete a controle judicial. A homologação inicial – que não afasta o controle quando do julgamento final – confere o selo da eficácia jurídica à relação negocial²⁶ estabilizando, dessa forma, as posições jurídicas das partes negociantes.

²⁵ Cf. art. 4º, caput da Lei 12.850/13. A vinculação à legalidade premial foi reafirmada pela Lei 13.964/20 com a inclusão do inciso II, do §7º ao art. 4º.

²⁶ A compreensão do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual foi afirmada pelo acórdão paradigma do STF proferido quando do julgamento do HC 127.483/PR: “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração” (STF, 27/08/2015, HC 127.483/PR). A questão, que até então expressava afirmação jurisprudencial, ganhou afirmação normativa. De fato, a Lei 13.964/19 acrescentou o art. 3º-A pelo qual afirma ser o acordo de colaboração premiada um negócio jurídico processual. Assim, pelo acordo, as partes processuais voluntariamente ajustam os termos da colaboração processual – que será prestada pelo investigado, acusado ou condenado – e o prêmio punitivo correspondente – que será perseguido pelo acusador público durante o processo. O efeito do negócio jurídico processual é o de construir uma nova relação jurídica entre as partes do processo, fixando-lhes direitos, ônus e faculdades. Dessa forma, como negócio jurídico que é, a colaboração

Pela perspectiva do agente colaborador, o acordo envolve ato de disposição do exercício do direito ao silêncio, seguido da assunção da obrigação de prestar efetiva colaboração processual.²⁷ Assim, além de confessar os seus crimes, o colaborador fornece elementos que visam: identificar os demais agentes e/ou esclarecer os meandros da estrutura criminosa (colaboração repressiva); impedir a consumação de outras infrações e/ou localizar a vítima com a preservação de sua integridade (colaboração preventiva); ou recuperar o produto ou proveito das atividades criminosas.²⁸ Todas as informações de conhecimento do agente se projetam no campo de reserva de sua privacidade. Mais do que isto: não está ele obrigado a cooperar em face da garantia do *nemo tenetur se detegere*.²⁹ Logo, não só o acordo deve

premiada estabelece entre as partes negociantes compromissos, direitos e deveres de índole processual. O cumprimento dos termos do acordo não se confunde com a relação jurídica construída. Esta emerge do acordo. Aquela envolve a etapa de cumprimento ou de realização do acordo. Nesse sentido: Zilli: *O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual. O controle judicial em face dos operadores-legisladores*, 2020. Para uma análise mais detida sobre a categoria dos negócios jurídicos processuais, ver: Rodrigues Júnior: em *Revista Jurídica*, v. 321, 2004, 51-72; Didier JR. – Nogueira: *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2012, 59-60; e Brandalise: em Mendes – Pereira, *Prova penal teórica e prática*, 2019, 221.

²⁷ Conforme prevê o §14º do art. 4º da Lei 12.850/13, assim redigido: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. Há vozes que proclamam a inconstitucionalidade do dispositivo, sob argumento de não serem admissíveis renúncias aos direitos e às garantias constitucionais. Nesse sentido: Bitencourt – Busato: *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, 2014. Não se concorda com o posicionamento. O exercício ou não do direito ao silêncio é ato voluntário do investigado ou acusado. Assim se manifesta quando no interrogatório opta por responder as perguntas que lhe forem feitas ou decide pela permanência em silêncio. Nas negociações sobre o acordo de colaboração há que se resguardar a mesma liberdade de decisão, a qual também se expressa pela voluntariedade. Ao decidir pelo acordo, manifesta vontade em colaborar, situação de todo incompatível com o silêncio. Não há óbice para que, futuramente, venha a exercer o direito ao silêncio, o qual permanece intacto. A questão toca a eficácia da colaboração, implicando quebra do acordo com a sua rescisão ou redimensionamento dos padrões punitivos inicialmente pactuados. Sobre a constitucionalidade do dispositivo, ver: Mendonça – Dias: em Sidi – Bezerra Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 133-135.

²⁸ Ver: Silva: *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, 2014, 52.

²⁹ De fato, o *Nemo tenetur se detegere*, como princípio-garantia engloba não só o direito ao silêncio, como também vários aspectos sensíveis de preservação da intimidade. Nesse sentido: Queijo: *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2003, 481-482.

ser produto de ato voluntário, mas o próprio procedimento de negociação que se antecede deve ser acompanhado pela assistência de defensor.³⁰

Da parte do órgão acusador público, o ato de disposição recai sobre o poder de oferecer a ação penal que assume a figura de imunidade processual, ou de suspensão por seis meses – prorrogáveis por igual período –, do prazo para o oferecimento da denúncia ou, mesmo, do processo.³¹

A concessão de imunidade processual supõe a observância de três requisitos: a colaboração se refere a infração penal de cuja existência o Ministério Público não tinha prévio conhecimento;³² o agente colaborador não pode ser o líder da organização e deve ter sido o primeiro a prestar a efetiva colaboração.³³ A concessão do benefício extremo exige, por óbvio, uma contrapartida colaborativa equiparável. Ou seja: o que se desvenda deverá ser substancialmente eficaz³⁴ para o desmantelamento da estrutura criminosa que se investiga. Mais do que isto: deverão ser consideradas a personalidade do agente colaborador, a natureza, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso que se investiga. Todos estes aspectos, que foram indicados pelo legislador como parâmetros orientativos dos benefícios punitivos, se estendem, por interpretação lógico-sistemática, ao benefício extremo da imunidade processual.

A suspensão do prazo para o oferecimento de denúncia, ou mesmo do processo, não constitui um benefício. Até mesmo porque o curso do prazo prescricional será igualmente suspenso. Não há, portanto, redução da perspectiva de exercício do poder punitivo. A medida visa pôr à prova a eficácia da colaboração. Assim, a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia abre vácuo na trajetória persecutória para que os resultados da

³⁰ Cf. §15º do art. 4º da Lei 12.850/13.

³¹ Cf. art. 4º, §3º da Lei 12.850/2013.

³² Requisito incluído pela Lei 13.964/19. Há conhecimento prévio quando já tiver sido instaurado inquérito policial ou procedimento investigatório para apuração dos fatos (cf. Art.4º, §4º-A da Lei 12.850/13 com redação dada pela Lei 13.964/19).

³³ Cf. §4º, incisos I e II do art. 4º da Lei 12.850/13.

³⁴ Efetividade e eficácia não se confundem. A primeira se relaciona com a postura do colaborador. É o seu comprometimento com o acordo e com as autoridades na concretização dos atos de colaboração. Eficácia, por sua vez, se liga ao resultado. É medida de avaliação dos objetivos da colaboração. Ver: Azevedo: em *Boletim IBCCrim*, 7 (83), 1999, 5-7.

colaboração sejam mais bem apreciados e quantificados. Aqui a eficácia da colaboração poderá conduzir a várias consequências.

Perdão judicial, redução da pena em até 2/3 (dois terços) e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos são os benefícios que tocam o padrão punitivo.³⁵ Tais benefícios, contudo, são cabíveis caso a colaboração tenha operado na fase preliminar de investigação ou no curso do processo de conhecimento, antes da prolação de sentença. Após esta, a pena imposta poderá ser reduzida da metade ou será admitida a progressão de regime prisional, ainda que ausentes os requisitos objetivos.³⁶

É fato que o órgão acusador não tem poder sobre a imposição da sanção penal, matéria que está circunscrita à reserva de jurisdição.³⁷ Assim, o acordo sobre padrões punitivos previstos em lei, se de um lado estabelece em favor do colaborador um direito subjetivo de ver respeitados os termos pactuados na medida da eficácia de sua colaboração, por outro fixa deveres ao órgão acusador, que se manifestam em posturas processuais. Dito de outro modo: para além do interesse em recorrer das decisões que não respeitem o acordo, o órgão acusador terá um dever processual em desafiar aquelas decisões.

De qualquer modo, para além das cláusulas pactuadas, ao colaborador assistem direitos que emanam de sua situação jurídica, a qual se aperfeiçoa com a homologação judicial do acordo, quais sejam: usufruir das medidas de proteção previstas em lei,³⁸ ter preservados o nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia

³⁵ Conforme art. 4º, caput da Lei 12.850/13.

³⁶ Conforme art. 4º, §5º da Lei 12.850/13. O requisito objetivo consiste no resgate de certa quantidade de pena no regime prisional anterior. A quantidade é de 1/6 para os chamados crimes comuns e 2/5 (se o condenado for primário) ou 3/5 (se reincidente) para os crimes hediondos ou equiparados aos hediondos.

³⁷ É o que emana do disposto no §11º do art. 4º, com a seguinte redação: "A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia".

³⁸ Cf. Lei 9.807/99 que estabelece normas para a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas. A Lei contém um capítulo específico para a proteção dos chamados réus colaboradores (arts. 13 a 15).

autorização por escrito, e cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.³⁹

Não são partes do acordo o defensor e a autoridade judiciária. O primeiro assiste o agente colaborador por imperativo irrenunciável da defesa técnica. Não assume obrigações. O segundo é o sujeito controlador da regularidade, da legalidade e da licitude. Afinal, tratando-se de meio de obtenção de prova, a observância dos direitos à personalidade (intimidade e privacidade) é fundamental. No marco regulatório original da colaboração estavam reservados ao juiz os poderes de veto e de adequação dos termos do acordo. A nova redação, contudo, manteve apenas o poder de veto, o que se mostra correto. Afinal, enquanto o veto é uma decorrência lógica do controle de regularidade e legalidade, a adequação extrapolava o sentido da colaboração como ato resultante de acordo bilateral do qual o juiz não tomava parte. Assim, a devolução integral do acordo permite que as partes novamente debatam os termos do pacto.⁴⁰

A colaboração premiada no contexto da Operação Lava-Jato. A retórica em torno da eficiência persecutória

As organizações se ajustam e se movem à luz de uma finalidade que, via de regra – embora não exclusivamente –, é de matriz econômica.⁴¹

³⁹ Cf. art. 5º, incisos I a VI da Lei 12.850/13.

⁴⁰ Muito embora a Lei 12.850/13, em seu art. 4º, parágrafos 2º e 6º conceda legitimidade, igualmente, à autoridade policial para a propositura de acordo de colaboração premiada, a previsão nos parece inconstitucional. De fato, a autoridade policial não detém legitimidade para ocupar posições de disposição de direitos, de faculdades ou de poderes, simplesmente porque não assume posições jurídicas que suscitem espaços de disposição. Não é titular do exercício da ação penal de iniciativa pública, a qual foi reservada privativamente ao Ministério Público conforme disposição constitucional. Não tem interesse na fixação de uma resposta punitiva específica, até mesmo porque não é ela quem provoca o Estado-Juiz com o oferecimento da ação penal. Sequer, aliás, pode dispor do inquérito policial. A questão, contudo, foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 5508) que, por maioria, reconheceu a constitucionalidade da iniciativa da autoridade policial em conduzir acordos de colaboração processual. Ver: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>>. Acesso em: 12.11.2018. No sentido da inconstitucionalidade, ver: Bitencourt –Busato, *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, 2014, 122-124; Mendonça: em *Revista Custos Legis*, 4, 2013, 14; e Silva: *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, 2014, 59-60.

⁴¹ Gomes – Cervini: *Revista dos Tribunais*, 1997; Costa: em *RBCCrim*, 34, 2001, 09-25; e Gomes –Silva: *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, 2015, 11.

O acúmulo de capital, se de um lado agrega os seus membros, de outro fortalece o poder da própria organização, fixando-a como um espectro paralelo às estruturas formais e legais de poder. O poder econômico alimenta o poder de corrupção e por ele é fomentado.⁴² A corrupção, por seu turno, muito embora não represente um elemento genético de toda e qualquer organização criminosa, por certo lhe confere sobrevida.⁴³ Para alguns, grandes organizações criminosas não poderiam manter-se à parte dos esquemas corruptivos.⁴⁴ A corrupção se materializa tanto no impedimento das ações fiscalizatórias e repressivas, como também na obtenção de informações privilegiadas que viabilizem o crescimento do grupo.⁴⁵ Nessa perspectiva, apagar e esconder os rastros ilícitos provocados pelo acúmulo de capital são ações necessárias e que se materializam mediante complexas operações imobiliárias e financeiras que visam apagar o rastro delituoso.⁴⁶

Se a corrupção, por si, envolve um natural pacto de silêncio entre o corruptor e corrupto, no contexto da criminalidade organizada o pacto se fortalece à medida que as vantagens obtidas se multiplicam. Assim, a

⁴² Gomes – Cervini: *Revista dos Tribunais*, 1997; Ziegler: *Os assenhores do crime: novas máfias contra a democracia*, 1998, 254; Gomes – Silva: *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, 2015, 12.

⁴³ Nesse sentido: Albanese: em *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 16 (4), 2000, 411. Para Liz Campbell, mais do que um elemento indissociável do crime organizado, a corrupção é uma estratégia das organizações criminosas. Nesse sentido: “I suggest that organized crime may, but need not, involve corrupt acts: rather than being a necessary component, corruption is a strategic mechanism used by OCGs” (Campbell: em *Current legal problems*, 69 (1), 2016, 132). Sobre a definição de organizações criminosas e suas relações com a corrupção, ver: Maltz: em *Crime and Delinquency*, 22 (3), 1972, 338.

⁴⁴ Ao tratar das organizações criminosas tradicionais como a máfia italiana, Louise Shelley (Shelley: em *Brown Journal World affairs*, 11 (2), 2005, 104) observa: “By corrupting and sometimes penetrating the state, these crime groups create a collusive relationship, expending significant amounts of human and financial capital to influence the state. They may, therefore, contribute to political campaigns, run candidates for office, or vote as a bloc to influence the electoral process, as has happened in Italy”.

⁴⁵ Gomes – Silva: *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, 2015, 12. Para Michael Levi, nos locais onde for difícil desenvolver alianças corruptas entre a organização criminosa e os funcionários do sistema de justiça criminal e políticos, será improvável que uma criminalidade altamente estruturada floresça. Nesse sentido: “Where it is hard to develop corrupt alliances between criminal justice officials, politicians and suppliers of illicit commodities or predatory criminals, highly organised crime is unlikely to flourish.” Levi: em *Handbook of policing*, 2. ed., 2008, 522.

⁴⁶ Gomes – Silva, *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, 2015, 13.

energia irradiada pela organização criminosa estabelece uma força centrípeta que mantém os agentes interligados e fidelizados ao seu núcleo. Nessa perspectiva, as peculiaridades de uma criminalidade organizada fundada na corrupção justificariam a adoção de novos mecanismos de investigação. É nesse contexto que sobressaem os novos meios de investigação e de obtenção de prova que alimentem os contrastes internos da organização, rompendo, assim, com a solidariedade e com a fidelidade de seus membros. É neste ponto que se coloca a colaboração processual. A sua eficácia, contudo, depende de seu poder persuasivo de modo a atrair a atenção e a disposição do membro infiel. É nesse ponto que se mostra presente a lógica do direito premial, o qual supõe acenos em favor de respostas punitivas mais brandas.

Para os defensores, a colaboração premiada confere racionalidade à investigação, direcionando os recursos e a energia investigatória para os caminhos onde as perspectivas de sucesso são maiores.⁴⁷ Além disso, em esquemas especialmente complexos de criminalidade com o envolvimento de vários agentes, a colaboração produz um efeito dominó. A revelação de fatos e de responsabilidades por um colaborador escancara novos fatos e novas linhas de investigação que até então eram desconhecidos. Produz-se, assim, um efeito cascata.⁴⁸ Este aspecto foi especialmente verdadeiro no contexto da *Operação Lava-Jato*.

Há várias razões que podem ser apontadas para a significativa expansão dos acordos de colaboração premiada. A regulamentação do procedimento foi, sem dúvida, um importante aspecto. Com efeito, a Lei 12.850/13 conferiu bases jurídicas mais sólidas sobre a atuação das partes, sobre os seus poderes e deveres e, sobretudo, sobre os benefícios que poderiam ser alvo da negociação. Mas é evidente que a regulamentação normativa não seria, por si, a responsável pela proliferação dos acordos na

⁴⁷ Deltan Dallagnol, em *Revista Época*, 4 (7), 2015.

⁴⁸ Deltan Dallagnol: *Revista Época*, 4 (7), 2015. Segundo Deltan Dallagnol, no contexto da Operação Lava-Jato os sucessivos acordos de colaboração premiada e os elementos de prova por eles revelados elevaram o patamar da investigação. Em seu início a investigação apurava o pagamento de propinas no valor de R\$ 26 milhões em propinas. Com as colaborações, atingiu-se o valor de R\$ 6.2 bilhões.

quantidade verificada. A ela devem ser conjugados aspectos circunstanciais que cercaram a própria *Operação Lava-Jato*. De fato, desde o seu início a *Operação* sempre esteve sob os holofotes da mídia, o que direcionou as expectativas de boa parte da opinião pública. A magnitude da *Operação* evocou sentimentos de cruzada contra a corrupção e de combate à impunidade. Houve forte pressão da sociedade que alimentava a cobertura midiática, que a retroalimentou. Criou-se, assim, um cenário de pressão que aumentava à medida que novos fatos e nomes vinham à tona com a revelação do conteúdo das colaborações.⁴⁹ Ademais, a *Operação* navegou na maré do denominado *Caso Mensalão*, outro emblemático caso de corrupção que resultou na condenação de vários políticos e de um empresário – este último à pena de 40 anos de prisão.⁵⁰

Desde então vários acontecimentos sucederam no âmbito daquela *Operação*, os quais vêm provocando uma mudança de percepção sobre os métodos de investigação empregados. As críticas se intensificaram com a divulgação de mensagens hackeadas dos aparelhos de telefonia móvel de alguns dos membros do Ministério Público Federal.⁵¹ Sem dúvida o ambiente de críticas impulsionou a recente revisão do marco regulatório da colaboração premiada. As alterações eram, de fato, necessárias. A regulamentação da fase inicial das tratativas, por exemplo, era um ponto que

⁴⁹ Manzano –Essado: em Vaz et al., *Eficiência e garantismo no processo penal*, 2017, 206.

⁵⁰ Deve também ser ponderado nesse contexto o que se denominou de “efeito Marcos Valério”. A expressão evoca o caso do empresário que em 2012 foi condenado, pelo Supremo Tribunal Federal, a mais de 40 anos de prisão pela prática de crimes de corrupção ativa, lavagem de ativos, evasão de divisas e formação de quadrilha no não menos emblemático “*Caso Mensalão*”. O “*Caso Mensalão*” foi o nome popular que se consagrou para designar um escândalo de corrupção política que teve por objeto a compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional, durante os anos de 2005 e 2006, no primeiro mandato do então Presidente Lula. Os fatos foram alvo da ação penal 470, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal em razão do foro especial por prerrogativa de função de alguns dos réus. A eclosão da *Operação Lava-Jato* e a dimensão dos fatos que foram inicialmente revelados criaram na elite empresarial o receio de que a ela fosse selado o mesmo destino, o que, portanto, estimulou a celebração de acordos de colaboração premiada.

⁵¹ Nesse sentido: “Site divulga trechos de mensagens atribuídas a Procuradores da Lava-Jato e a Sergio Moro”. <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/09/site-divulga-trechos-de-mensagens-atribuidas-a-procuradores-da-lava-jato-e-a-sergio-moro.ghtml>> (12.10.2019).

carecia de um norte normativo.⁵² Por outro lado, a afirmação do princípio da legalidade dos prêmios – em contraposição com a liberdade de pactuação –, que já havia sido sinalizada no marco normativo original, foi agora reforçada.⁵³ O que se tem, portanto, é uma restauração da imagem inicialmente desenhada pelo legislador e que foi desvirtuada pelas sucessivas camadas de tinta dadas pelos operadores.

A colaboração premiada e os conflitos entre eficiência e garantismo⁵⁴

Pressuposto do acordo de colaboração premiada: a justa causa

Cuidando-se de meio de obtenção de prova especialmente desenhado para a apuração da criminalidade organizada e dos crimes a ela conexos,

⁵² Cf. arts. 3-A e 3-B da Lei 12.850/13 com redações dadas pela Lei 13.964/19. O início das negociações é demarcado pelo recebimento da proposta de formalização do acordo. Muito embora os novos dispositivos não sejam expressos, conclui-se que a legitimidade para a apresentação da proposta pertença ao interessado em prestar a colaboração. É que, na indicação dos requisitos da proposta, a lei alude à assinatura do interessado e de seu defensor (requisito formal), à descrição detalhada dos fatos ilícitos da futura colaboração e à indicação das provas e dos elementos de corroboração (requisitos materiais). A proposta não instaura, automaticamente, a fase das negociações. Até mesmo porque pode ser sumariamente indeferida. Não sendo o caso de indeferimento, o celebrante deverá firmar os termos de recebimento e de confidencialidade. O recebimento demarca o início da fase das negociações e o manto da confidencialidade. Trata-se de um dever de sigilo que recai sobre todos os sujeitos (colaborador, defensor e celebrante). A violação implica quebra de confiança e de boa fé, autorizando o encerramento das negociações.

⁵³ Cf. art. 4º, §7º, II da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19. A proliferação dos acordos esticou os limites da legalidade premial. Assim, muitos acordos incluíram benefícios que não tinham sido contemplados pelo legislador. A reforma trazida pela Lei 13.964/19 buscou corrigir a distorção, reforçando o que já se mostrava evidente. Assim, além de impor ao juiz, no controle da legalidade, uma análise da adequação dos benefícios pactuados àqueles legalmente previstos, o legislador proclamou, desde logo, a nulidade das cláusulas que violem os critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes prisionais e os requisitos de progressão de regime estabelecidos em lei. As referências são meramente exemplificativas e não diminuem o vigor do princípio da premialidade legal.

⁵⁴ Eficiência e garantismo são fatores que podem e devem ser compostos no desenho do processo penal. A eficiência leva em consideração a finalidade do processo. Assim, tomando-se como finalidade a satisfação do poder-dever punitivo – instrumentalidade do processo penal –, a maior eficiência implicaria aprimoramento dos mecanismos processuais de concretização daquele poder-dever. A equação assim posta é, contudo, monocromática. Daí a importância da observância, igualmente, do garantismo. A legitimidade do processo impõe

a celebração do acordo de colaboração – e sua respectiva homologação – exige a convergência de um quadro de justa causa, representado pela identificação da prática delituosa e pela convergência de indícios de autoria da parte do colaborador. São pressupostos da colaboração que se busca concretizar na fase investigatória ou mesmo no curso da ação penal.⁵⁵ É a certificação da viabilidade da imputação e da adequação penal típica proposta.⁵⁶

Tais aspectos são fundamentais. Além de circunscreverem a operatividade do acordo ao padrão da legalidade – meio de obtenção de prova especialmente desenhado para a criminalidade organizada e crimes conexos –, revelam elementos de definição do juiz natural e da atribuição do órgão do Ministério Público. De fato, a indicação dos bens jurídicos afetados ou mesmo a especial qualidade dos supostos agentes podem ser elementos-chave na definição da competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual, ou mesmo na afirmação da competência originária dos Tribunais.

A negociação do acordo

O acordo celebrado, e que é submetido ao juiz competente para homologação, supõe uma fase de negociação. Sobre esta, o marco regulatório original sobre a colaboração premiada carecia de maiores detalhamentos. As únicas proclamações expressas diziam respeito à não participação do juiz e à exigência de assistência de defesa técnica.⁵⁷ A Lei 13.964/19 alterou substancialmente o panorama ao incluir uma detalhada regulamentação sobre a fase inicial das tratativas, que se projeta no antecedente lógico da formalização e confirmação do acordo.

O início das negociações é demarcado pelo recebimento da proposta de formalização do acordo.⁵⁸ Muito embora os novos dispositivos não sejam expressos, conclui-se que a legitimidade para a apresentação da

o resguardo do feixe de garantias processuais protetivas do acusado e que asseguram o selo do *fair trial*. Nesse sentido: Fernandes – Almeida – Moraes: *Revista dos Tribunais*, 2008, 9-28.

⁵⁵ No caso de colaboração após a condenação, obviamente os elementos da justa causa registram uma maior densidade, que é dada pelo julgamento de mérito.

⁵⁶ Zilli: em Vaz *et al.*, *Eficiência e garantismo no processo penal*, 2017, 241.

⁵⁷ Cf. art. 4º, § 6º da Lei 12.850/13.

⁵⁸ Cf. art. 3-B, *caput*, da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

proposta pertença ao interessado em prestar a colaboração. É que na indicação dos requisitos da proposta, a lei alude à assinatura do interessado e de seu defensor (requisito formal), à descrição detalhada dos fatos ilícitos da futura colaboração e à indicação das provas e dos elementos de corroboração (requisitos materiais).⁵⁹ Os requisitos somente podem ser atendidos pelo interessado.

A apresentação de proposta não instaura, automaticamente, a fase das negociações. Até mesmo porque ela pode ser sumariamente indeferida. Não sendo o caso de indeferimento, o celebrante⁶⁰ deverá firmar os termos de recebimento e de confidencialidade.⁶¹ O recebimento demarca o início da fase das negociações e o manto da confidencialidade.⁶² Trata-se de um dever de sigilo que recai sobre todos os sujeitos (colaborador, defensor e celebrante). A violação implica quebra de confiança e de boa fé, autorizando o encerramento das negociações.⁶³

Mais do que antecedente lógico da formalização do acordo, a fase de negociação envolve situações jurídicas, direitos e deveres, assim como expectativas de direito que há muito exigiam a devida regulamentação. O recebimento da proposta implica, portanto, uma aceitação formal para

⁵⁹ Cf. art. 3-C, *caput* e §4o da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

⁶⁰ A expressão “celebrante” não constava da redação original da Lei 12.850/13 tendo sido introduzida pela Lei 13.964/19. Possivelmente tenha sido a solução achada para abarcar tanto a autoridade policial como o representante do Ministério Público. Muito embora a Lei 12.850/13 conceda legitimidade à autoridade policial para a propositura de acordo de colaboração premiada, a previsão sempre nos pareceu ser inconstitucional. De fato, não detém legitimidade para ocupar posições de disposição de direitos, de faculdades ou de poderes, simplesmente porque não assume posições jurídicas que suscitem espaços de disposição. Não é titular do exercício da ação penal de iniciativa pública, a qual foi reservada privativamente ao Ministério Público conforme disposição constitucional. Não tem interesse na fixação de uma resposta punitiva específica, até mesmo porque não é ela quem provoca o Estado-Juiz com o oferecimento da ação penal. Sequer, aliás, pode dispor do inquérito policial. A questão, contudo, foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu como inconstitucional a legitimidade da autoridade policial. No sentido da inconstitucionalidade, ver: Bitencourt –Busato: *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, 2014, 122-124; Mendonça: em *Revista Custos Legis*, 4, 2013, 14; e Silva: *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, 2014, 59-60.

⁶¹ Não há um prazo estabelecido, o que é fonte de incerteza e de insegurança jurídica.

⁶² Cf. art. 3-B, §5o da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

⁶³ Conforme expressamente proclama a parte final do art. 3o-B da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

o início das tratativas. Estabelece-se, assim, um vínculo jurídico entre as partes. Por óbvio não se trata de vínculo impositivo da celebração final do acordo e tampouco da própria relação jurídica colaborativa. São, sobretudo, deveres de conduta ética que orientam a fase das negociações. Assim, o encerramento das negociações após o recebimento da proposta somente é possível quando configurada a justa causa.⁶⁴ Para além da violação do sigilo, a ausência de utilidade e/ou interesse público na colaboração é outra razão para o encerramento das negociações.⁶⁵

Voluntariedade

A renúncia ao direito ao silêncio e a assunção da obrigação de dizer a verdade exigem voluntariedade. Não há colaboração válida quando submetida ao manto da coação, seja física ou psicológica. Nestas situações há violação das garantias da privacidade e da intimidade, tornando ilícitos os elementos de prova obtidos pela colaboração.⁶⁶ Por imperativo constitucional a

⁶⁴ É o que se infere da leitura do novo §2o do art. 3º-B da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19, assim redigido: "Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa".

⁶⁵ São princípios orientativos do instituto da colaboração premiada e expressamente indicados pelo art. 3-A da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

⁶⁶ Independentemente das intermináveis conceituações que gravitam em torno das provas ilícitas, consagrou-se em terras brasileiras a definição construída por Nuvolone e que aqui foi abraçada por Ada Pellegrini Grinover. Segundo tal sistematização, enquanto as provas ilícitas estariam associadas à violação de direitos fundamentais da personalidade cometida por ocasião dos procedimentos de obtenção, as ilegítimas resultariam da inobservância de normas processuais quando da produção probatória. O grande mérito dessa distinção é o de evitar a confusão entre os diferentes padrões de ilegalidade. A ilicitude probatória está jungida ao momento de obtenção da prova - vale dizer a sua descoberta. Via de regra, tal ocorre na fase investigatória. Afinal, é justamente nesta fase que reside a apuração, a pesquisa, o rastreamento do fato criminoso e de sua autoria. É, portanto, a fase da persecução em que os poderes dos agentes públicos se manifestam com toda a sua força e energia. É onde a proteção dos direitos fundamentais da liberdade é mais sensível. É por isso que se fala em inadmissibilidade quando a problemática se volta para a ilicitude probatória. A violação escancarada de direitos fundamentais é intolerável de modo que o produto desta violação - e que, no caso, é a própria prova obtida - deve ser totalmente desconsiderado. Ainda que a prova tenha existência material, deve ela ser ignorada no plano jurídico, o que somente seria possível com a proibição de sua integração ao processo. Trata-se, portanto, de uma "não-prova" o que remete a questão para o plano da inexistência jurídica. Daí a solução dada por alguns ordenamentos em inutilizar a prova ilicitamente obtida. Evita-se, com isto, apagar qualquer rastro material de algo que não tem existência jurídica. Ver: Nuvolone: em *Rivista di*

prova ilícita é inadmissível,⁶⁷ efeito que se estende às provas derivadas.⁶⁸ A voluntariedade não se confunde com a espontaneidade.⁶⁹ Assim, são irrelevantes as considerações sobre as intenções do colaborador. Se a decisão em prestar a colaboração e firmar o respectivo acordo resultar de uma ponderação sobre os riscos provenientes das incertezas do processo, haverá ato voluntário.

Questão tormentosa emana da delicada situação do colaborador preso. A restrição da liberdade, por si, acentua a vulnerabilidade daquele que é o alvo da perseguição. Muito embora não seja adequado fixar uma relação direta e automática entre prisão cautelar e comprometimento do requisito da voluntariedade,⁷⁰ é evidente que a condição, por si, exige maior zelo da autoridade judiciária no exercício do controle de licitude. É este, aliás, o seu papel, o qual se materializa quando da audiência para a oitiva do colaborador. Ademais, não se pode condicionar a futura liberdade ao cumprimento do acordo. Tais cláusulas fixam dúvidas sobre a voluntariedade na

Diritto Processuale, v. XXI, 1966, 442-475; Grinover: *Revista dos Tribunais*, 1982, 67; Aranha: em *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 16, (75), 1982, 19-24.; Fernandes: *Revista dos Tribunais*, 2010, 81-83; e Zilli: em Santiago, *Gazeta Jurídica*, 2013, 98-102.

⁶⁷ Cf. art. 5º, LVI da CF.

⁶⁸ A ilicitude por derivação não foi tratada expressamente no texto constitucional, mas na legislação processual e por ocasião da reforma produzida em 2008. A ilicitude por derivação não é absoluta. O legislador fez expressa referência à fonte independente como fator a romper o nexo causal contaminatório. Ver, para tanto, o art. 157, §2º do CPP.

⁶⁹ Nesse sentido: Aires – Fernandes: em *Revista Brasileira de Direito Processual* 3 (1), 2017, 266; Gomes –Silva: *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, 2015, 242; e Bitencourt – Busato: *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, 2014, 119.

⁷⁰ Capez: em Bottini – Moura, *Revista dos Tribunais*, 2017, 2. Capez observa: “Nesse contexto, o acordo de colaboração premiada não tem o condão de interferir, por si só, na custódia cautelar do imputado, razão pela qual: i) ou estão presentes o pressuposto do *fumus commissi delicti* (que se traduz na prova da existência da infração e em indícios de suficientes de autoria) e o requisito, em seu grau máximo, do *periculum libertatis* (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado), e o colaborador deverá permanecer preso preventivamente, com direito a oportuna detração, sem falar no seu direito subjetivo à concessão de medida cautelar pessoal menos gravosa, na hipótese de o *periculum libertatis* não se apresentar em seu grau máximo; ou ii) estão ausentes o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis*, e o colaborador deverá permanecer em liberdade até a formulação do juízo definitivo de culpabilidade, podendo, se o desejar, renunciar ao direito de recorrer da sentença condenatória para que somente então se inicie a execução da pena” (Ver ainda: Suxberger –Mello: em *Revista Brasileira de Direito Processual*, 3 (1), 2017, 20; e Zilli: em Ambos – Zilli –Mendes, *Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava-Jato*, 2019, 125.

disposição do exercício de direitos. Ou seja, a perspectiva de imposição de prisão cautelar, o seu prolongamento, a concessão de liberdade ou mesmo a previsão de medidas pessoais menos restritivas que a prisão não podem servir de alimento para um acordo. A concordância com a colaboração não é preço para o resgate ou para preservação do *status libertatis*.⁷¹ Ausentes tais elementos não se pode partir da premissa de que a restrição da liberdade, por si, aniquila o elemento volitivo.

Assim, no exercício de controle que lhe compete, o juiz deve atentar para as formalidades que cercam o acordo, para o percurso desenvolvido pelas partes durante a negociação e, por fim, para o conteúdo das cláusulas estabelecidas. É nesse contexto que as novas disposições sobre a colaboração premiada impuseram ao juiz o dever de ouvir, em caráter sigiloso e antes da homologação, o colaborador, acompanhado de seu defensor. A medida propicia ao juiz uma avaliação mais acurada acerca do requisito da voluntariedade.⁷² Para tanto, poderá inclusive requisitar os registros das tratativas realizadas na fase das negociações. É, sem dúvida, um material importante para revelação dos processos de construção da vontade do colaborador.⁷³

Premialidade legal ou premialidade acordada?

Questão igualmente polêmica toca a indicação dos prêmios a que fará jus o colaborador no caso de colaboração efetiva. A especificação feita em lei é um sinal claro de que as partes não detêm absoluta liberdade naquela

⁷¹ A questão é muito controversa. Badaró entende ser incompatível o requisito da voluntariedade com a situação da privação da liberdade. Nesse sentido: "Por último, obriga-se a confessar: o que mais pode fazer uma pessoa que está privada de sua liberdade e de seu patrimônio, com base em medidas cautelares das quais a lei não estabelece prazo máximo de duração, diante de uma promessa de liberdade e liberação de parte lícita do patrimônio? O tempo no cárcere se incumbe de lenta, constante e indefinidamente vencer até mesmo os mais tenazes" (Badaró: em *Jota. Opinião e Análise*, 23.6.2015. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>> (12.10.2019)). No mesmo sentido: Borri: em *Boletim IBCCRIM*, 24 (285), 2016, 6-8.

⁷² A antiga redação do art. 4º §7º da Lei 12.850/13 previa a oitiva do colaborador como mero ato de faculdade da autoridade judiciária. A nova redação torna o ato obrigatório.

⁷³ Cf. art. 4º, § 13 da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19 (Zilli: em *Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava-Jato*, 2019, 125-126).

indicação. No entanto, exemplos de cláusulas que desconsideram os limites legais foram constantes no contexto da *Operação Lava-Jato*. Progressão do regime fechado direto ao aberto,⁷⁴ previsão de fixação de regime aberto, independentemente da quantidade de pena a ser estabelecida em sentença,⁷⁵ fixação de regimes prisionais abertos diferenciados,⁷⁶ assim como a possibilidade de suspensão da persecução e do prazo prescricional⁷⁷ são algumas das situações que preenchem o enredo dos acordos celebrados.

Às partes não cabe ampliar os padrões premiais definidos pelo legislador. Afinal, o exercício do poder punitivo expressa os interesses superiores do Estado na implementação de políticas criminais. Cabe, portanto, ao legislador, que detém o mandato democrático, pautar a métrica premial.⁷⁸

⁷⁴ Conforme termo de colaboração premiada firmado entre o MPF e Alberto Youssef em 24 de setembro de 2014, assim redigido: “Cláusula 5ª (...) V. após o integral cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado nos termos do inciso III da presente cláusula, a progressão do COLABORADOR diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13”. <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçaooyoussef.pdf> (12.10.2019).

⁷⁵ Conforme estabelecido no termo de colaboração premiada firmado entre o MPF e Pedro Barusco no dia 19 de novembro de 2014. “Cláusula 5ª (...) III. O(s) regime(s) e a(s) pena(s) privativa(s) de liberdade que forem originalmente fixado(s) na(s) sentença(s) condenatória(s) proferida(s) em face do COLABORADOR ser(á)(ão) substituído(s) por pena privativa de liberdade em regime aberto diferenciado, por período de 2 (dois) anos, iniciando-se o seu cumprimento a partir do trânsito em julgado da primeira condenação...”. <https://www.conjur.com.br/dl/delacao-barusco-ficara-regime-aberto.pdf> (12.10.2019). Ver, ainda: Manzano – Essado: em Vaz *et al.*, *Eficiência e garantismo no processo penal*, 2017, 207.

⁷⁶ Conforme estabelecido no termo de colaboração premiada firmado entre o MPF e Pedro Barusco (Cláusula 5, III). <https://www.conjur.com.br/dl/delacao-barusco-ficara-regime-aberto.pdf> (12.10.2019).

⁷⁷ A prescrição é matéria de ordem pública que condiciona o exercício do poder-dever punitivo. As hipóteses de suspensão ou de interrupção do prazo prescricional são as previstas em lei. Há acordos que fixaram prazo de dez anos de suspensão do prazo prescricional sem que a previsão contasse com qualquer amparo legal a subsidiar eventual recurso à analogia. Veja-se, a propósito, o acordo de colaboração premiada firmado em 24 de setembro de 2014 entre o MPF e Alberto Youssef, assim redigido: “Transcorrido o prazo de 10 (dez) anos sem a prática de fato pelo COLABORADOR que justifique a rescisão deste acordo, voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos nos termos do inciso II, até a extinção da punibilidade” (cláusula 5ª, VI, §1º). <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçaooyoussef.pdf>.

⁷⁸ Jardim: em *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 10, 17 (1), 2016. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462> (12.10.2019); Zilli, em *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 4; e Vasconcelos: *Revista dos Tribunais*, 2017, 153.

Os prêmios revelam o que o Estado se dispõe a conceder na busca pelo combate à criminalidade organizada. Não são os sujeitos processuais os projetistas de políticas criminais,⁷⁹ mas seus agentes executores. O que se lhes concede é a possibilidade de estabelecer o preço pela revelação de elementos de prova dentro de padrões de valoração dados por lei. E mesmo nessa indicação, o julgador ainda terá liberdade de avaliação quando do julgamento final. O que se tem na estrutura da colaboração premiada desenhada pelo legislador brasileiro é, portanto, um modelo de premialidade legal e não de premialidade negociada.⁸⁰

A racionalidade da conclusão, contudo, não foi acompanhada pelo operador que, na proliferação dos acordos, esticou os limites da legalidade para incluir benefícios não previstos em lei. A reforma trazida pela Lei 13.964/19 buscou corrigir a distorção, reforçando o que já se mostrava evidente. Assim é que o legislador proclamou, desde logo, a nulidade das cláusulas que violem os critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes prisionais e os requisitos de progressão de regime estabelecidos em lei.⁸¹ As referências, de qualquer modo, são meramente exemplificativas e não diminuem o vigor do princípio da premialidade legal.

⁷⁹ Usa-se o termo como expressão da política jurídica geral. Cabe à política criminal a definição da zona penal e o estabelecimento da forma operativa das sanções de acordo com a missão da justiça criminal. (Ver: Zipf, *Introducción a la política criminal*, 1979, 3-4). A questão, é importante destacar, transborda as fronteiras restritas do direito penal material para alcançar o próprio processo penal. Mais do que análises e opções sobre as estratégias de prevenção e repressão do crime, a política criminal ocupa-se, igualmente, dos limites em que deve operar a punibilidade. Nesse sentido, adverte Fernando Fernandes: "... antes de se limitar à indagação do como reagir-se, a política criminal passa a preocupar-se também com o aquilo a que deve reagir-se. (...) Isso se torna evidente a partir de uma construção do processo penal como instrumento de política criminal, na medida em que a necessidade (conflito ou consenso) e a forma (sumário, sumaríssimo, abreviado, directo ou directíssimo) do procedimento são determinados, entre outros fatores, por razões político-criminais. Ou seja: à política criminal não estará reservada apenas a missão de determinar como deve ser a reação penal, mas também a de selecionar aquilo contra o que deverá reagir-se de modo mais formalizado ou não e o tipo dessa formalização (maior ou menor)" (Fernandes: *O processo penal como instrumento de política criminal*, 2001, 50).

⁸⁰ Capez, *Revista dos Tribunais*, 2017, 208.

⁸¹ Cf. art. 4º, §7º, II da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

Logo, na hipótese de o acordo incluir a previsão de benefício não estabelecido pela lei, deverá o juiz restituí-lo às partes para a readequação. A eventual homologação não imporá ao juiz sentenciante a obrigação de conceder benefício não estabelecido pela lei, por mais que sejam atrativos os argumentos relacionados com a preservação da segurança jurídica e da estabilidade das relações construídas sob a ótica do consenso.⁸² O juiz não é parte do acordo. A homologação não o coloca como parte da relação negocial.⁸³ A homologação representa o rito de passagem, de transmutação de posições jurídicas, de estruturação da relação jurídica colaborativa e de delimitação do marco inicial para a concretização das colaborações.⁸⁴ Não é filtro sacralizador de ilegalidades.

A restrição do exercício de direitos e garantias processuais

Não se concebe que o acordo de colaboração possa restringir o exercício de direitos para além das restrições já estabelecidas em lei. Assim, as previsões que impõem o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, logo após a homologação do acordo – e, portanto, independentemente de julgamento –⁸⁵ e aquelas que afastam a possibilidade de

⁸² O STF, contudo, confere primazia aos valores ligados à segurança das relações acordadas. Nesse sentido, restou deliberado quando do julgamento do HC 127.483/PR: “11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborado.” A questão foi novamente discutida quando do julgamento da Pet 7074/DF, em 21.06.2017, ocasião na qual a maioria expôs o entendimento de que a homologação vinculária o juiz aos termos pactuados pelas partes. <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314255643&ext=.pdf>> (28.10.2019).

⁸³ Posição reafirmada pelo STF quando do julgamento da Pet 7074/DF: Como já afirmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o instituto em referência consubstancia-se em verdadeiro meio de obtenção de prova, tratando-se de negócio jurídico processual personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o colaborador, do qual não participa o Poder Judiciário, ao qual compete, exclusivamente, a aferição da regularidade, voluntariedade e legalidade do acordo, à luz do ordenamento jurídico vigente, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013.” <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314255643&ext=.pdf>> (28.10.2019).

⁸⁴ Zilli: *O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual. O controle judicial em face dos operadores-legisladores* (prelo).

⁸⁵ Conforme a cláusula 5ª, §6º do acordo celebrado com Alberto Youssef: “O Colaborador, cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa de liberdade

aplicação da detração penal para quem cumprir prisão cautelar comum ou domiciliar, assim como a remição da pena pelo trabalho,⁸⁶ são incabíveis, seja pela inconstitucionalidade, na primeira hipótese,⁸⁷ seja pela contrariedade à lei, no segundo caso.

De igual modo, a restrição de direitos e garantias fundamentais não pode ser alvo de composição entre as partes, mormente quando submetida a matéria à reserva de jurisdição. O exemplo mais eloquente é dado pelas cláusulas que envolvem as medidas cautelares pessoais⁸⁸. A imposição destas, seja na forma da medida extrema ou mesmo daquelas alternativas à prisão, supõe a convergência de seus pressupostos e requisitos, dentre os quais o *periculum libertatis*, o qual há de ser temperado pela observância da proporcionalidade. Portanto, a previsão de tais cláusulas, ainda que sob a fórmula de requerimentos a serem formulados pelo órgão acusador, é de reduzida eficácia, já que não vinculam a autoridade judiciária. Ademais, o

em regime fechado a que se refere o inciso III da presente cláusula". <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçãoyous-sef.pdf>> (12.10.2019).

⁸⁶ Conforme a cláusula 5ª, §3º do acordo de colaboração firmado por Paulo Roberto Costa em 27 de agosto de 2014, com a seguinte redação: "§3º. A pena cumprida cautelarmente, seja de prisão comum, seja de prisão domiciliar, assim como a pena de prisão domiciliar, seja cautelar ou penal, não interferirão no tempo de pena de até dois anos em regime semiaberto estabelecido em sentença. O tempo de eventual trabalho também não interferirá para fins de progressão do regime". <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> (12.10.2019).

⁸⁷ Por estabelecer pena e sua forma de cumprimento independentemente de sentença e de processo judicial. Ver: Manzano – Essado, em Vaz *et al.*, *Eficiência e garantismo no processo penal*, 2017, 208.

⁸⁸ No acordo de colaboração premiada firmado por Paulo Roberto da Costa, por exemplo, foram previstas diversas cláusulas indicativas dos pleitos que seriam formulados pelo Ministério Público. Dentre estas havia alusão à formulação de requerimento de prisão domiciliar pelo prazo de um ano, com tornozeleira eletrônica. Conforme redação dada à cláusula 5ª: "Em vista disto, salvaguardada a necessidade de ratificação e homologação judicial deste acordo, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas adiante, neste acordo, para o recebimento dos benefícios, bem como no caso de haver efetividade da colaboração, o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado os seguintes benefícios legais, cumulativamente: I – Pleiteará que, pelos crimes que são objeto do presente acordo, o acusado fique sujeito à continuidade da prisão cautelar e a penas criminais nos termos seguintes: a) prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano, com tornozeleira eletrônica ou equipamento similar, na medida da efetividade da colaboração e nos termos dos parágrafos deste artigo, sem detração do prazo de prisão preventiva cumprido". <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> (12.10.2019).

exame judicial das medidas cautelares pessoais poderia ser alvo de representação da autoridade policial – que não é parte do acordo –, sem contar a possibilidade, subsistente em nosso ordenamento, da decretação de ofício.

Mais do que isto, as cláusulas que envolvem tais questões põem em xeque a própria voluntariedade como elemento validador do acordo. Não deveriam sequer ser alvo dos pactos. Afinal, difícil não vislumbrar, nas promessas de impedimento ou de concessão de futuras medidas cautelares pessoais, ameaças veladas de prisão. Qualquer associação entre a liberdade e a anuência aos termos e condições do acordo de colaboração é suficiente para contaminá-lo, desqualificando aquele meio de obtenção de prova e os elementos porventura colhidos. A perspectiva de imposição de prisão cautelar ou mesmo do seu prolongamento não podem servir de alimento para um acordo. A concordância com a colaboração não é preço para o resgate ou mesmo para a preservação do *status libertatis*.

Não podem integrar o cardápio do acordo, restrições de acesso à justiça, bem como do uso das vias recursais e impugnativas. De início, os acordos fixavam cláusulas impeditivas da interposição de recursos e uso de ações impugnativas para desafiar as sentenças condenatórias que viessem a ser proferidas.⁸⁹ A questão cerceava o acesso à justiça, inviabilizava o exercício do duplo grau de jurisdição, limitando, por fim, o exercício de eventuais recursos em relação a eventos futuros e incertos. Não foram outras as razões que levaram o STF a anular tais dispositivos.⁹⁰ De qualquer

⁸⁹ No acordo celebrado por Paulo Roberto Costa encontramos os seguintes exemplos: Cláusula 12: “A defesa desistirá de todos os habeas corpus impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades. Ainda na cláusula 17: “(...) O colaborador renuncia ainda ao exercício do direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos aqui formulados”. <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> (12.10.2019).

⁹⁰ Nesse sentido foi a decisão do Min. Teori Zavascki: quando da homologação do acordo firmado por Alberto Youssef: “Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXV da Constituição”. <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçaoyoussef.pdf>> (12.10.2019).

modo, a questão relativa à renúncia das vias impugnativas permaneceu nos acordos posteriores, mas com uma formulação mais sofisticada. Assim, a proscição das vias recursais ficou restrita ao âmbito decisório que atendesse os termos pactuados, permitindo-se, assim, o desafio das decisões que não observassem o acordo celebrado pelas partes.⁹¹ A premissa é a de que o colaborador não teria interesse em recorrer contra a decisão final que consagrou a situação jurídica acordada pelas próprias partes.⁹²

Vale lembrar, no mais, o caráter personalíssimo dos acordos de colaboração, de modo que a validade não pode ser condicionada à efetividade de outros acordos celebrados com outros colaboradores. Este condicionamento,⁹³ verificado em alguns casos, subverte a característica inata à justiça negociada, qual seja: o envolvimento de procedimentos que implicam disposições pessoais e individuais de direitos, poderes e faculdades.

⁹¹ Como se vê da cláusula 30 do termo de acordo celebrado por Delcídio do Amaral: “As partes somente poderão recorrer da decisão judicial no que toca à fixação da pena, ao regime de seu cumprimento, à de multa e à de multa compensatória, limitadamente ao que extrapolar os parâmetros do presente acordo. O colaborador também poderá recorrer de imputações presentes ou futuras, deduzidas no âmbito dos feitos, ações penais, inquéritos ou procedimentos abrangidos no presente acordo, os quais excedam o escopo material da colaboração que esteja prestando ou venha a prestar e não sejam tangenciados pelos anexos ao presente instrumento, pelos depoimentos por ele prestados ou por documentos ou outros meios de prova abrangidos pela colaboração”. <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-de-lacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> (12.10.2019).

⁹² Nesse sentido, observam Andrey Borges e Fernando Lacerda: “Não obstante, é plenamente válida eventual cláusula pela qual o réu assume o compromisso de não recorrer para defesa de teses que estejam em contradição com o próprio acordo celebrado”. Mais adiante acrescentam: “Vale aqui frisar que o compromisso de não recorrer deve estar em consonância com o princípio do consenso, de modo que assunção desse compromisso não proíbe todo e qualquer recurso, mas apenas aqueles que estejam em confronto com o interesse convergente das partes. Assim, é possível ao réu colaborador interpor recurso contra decisão que tenha deliberado em desacordo com o que foi avençado, ou que deliberou sobre questão que não constou do acordo” (Mendonça – Dias, em Sidi – Lopes: *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 140-141).

⁹³ Mais uma vez vem à luz o exemplo do acordo celebrado por Paulo Roberto Costa, em sua cláusula 5ª: “Em vista disto, salvaguardada a necessidade de ratificação e homologação judicial deste acordo, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas adiante, neste acordo, para o recebimento dos benefícios, bem como, no caso haver efetividade da colaboração, o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado os seguintes benefícios legais, cumulativamente. (...) (f) O Ministério Público não considerará violado este acordo principal pela violação dos acordos eventualmente feitos com os familiares (acordos acessórios), mas a rescisão do acordo acarretará a rescisão dos acordos acessórios”. <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>> (12.10.2019).

Imparcialidade do julgador

Em claro movimento dirigido à preservação da imparcialidade, a Lei 12.850/13 proclama que o juiz não tomará parte das negociações que antecedem a formalização do acordo. A previsão, que deve ser aplaudida, não afasta, por completo, todos os riscos de comprometimento da imparcialidade. Afinal, não há impedimento para a acumulação de funções judiciais. O juiz que homologa o acordo na fase preliminar de investigação poderá ser o mesmo a enfrentar o mérito da acusação e a efetividade da colaboração prestada.

Essa cumulatividade é traço genético de nosso modelo processual. O juiz intervém na fase preliminar de investigação quando do enfrentamento de medidas cautelares reais e pessoais e, posteriormente, conduz a ação penal que se assentou no inquérito preparatório. Não se compreende nessa duplicidade de atuação um comprometimento da imparcialidade. A jurisprudência há muito cristalizou o entendimento segundo o qual as causas de impedimento dadas pelo art. 252 do CPP são taxativas e, que, portanto, não agasalham a situação do juiz que, após proferir decisões de natureza cautelar no curso do inquérito, vem a enfrentar o mérito da acusação penal.⁹⁴

Muito embora a intervenção do juiz no acordo de colaboração premiada seja reduzida, o seu envolvimento deveria justificar o impedimento para a futura ação penal que viesse a ser instaurada com base no acordo homologado. A questão toca a denominada imparcialidade objetiva⁹⁵ e a

⁹⁴ Nesse sentido: "I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto, acolhido por outros países, do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeçam de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa, não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada" (STF, HC 92893/ES, Min. Ricardo Lewandovski).

⁹⁵ Conforme esclarece Badaró: "Em suma, quando o juiz assume um juízo positivo sobre a participação do investigado nos fatos criminosos, estará produzindo em seu espírito determinados pré-juízos sobre a culpabilidade, que lhe impedirão de decidir, posteriormente,

teoria da aparência de imparcialidade⁹⁶ cujos contornos vêm sendo lapidados pelo sistema europeu de direitos humanos.⁹⁷ De fato, o envolvimento do juiz na fase homologatória lhe permite acesso aos termos do acordo, bem como ao sumário do conteúdo das declarações que serão prestadas pelo colaborador. É um conhecimento em primeira mão das imputações dirigidas aos delatados – potenciais corréus. O impacto provocado por tais afirmações iniciais em alguma medida carregará a memória do julgador, sobrecarregando uma das partes no esforço de desconstruí-la. Ademais, muito dificilmente os controles de legalidade e de licitude em torno da homologação seriam reavaliados pela mesma autoridade judiciária que em momento anterior da persecução reputou íntegro o acordo.

Foi em meio a este cenário que a Lei 13.964/19 introduziu a figura do juiz de garantias a quem competiria o controle da legalidade da investigação criminal, a decisão sobre as medidas cautelares pessoais, reais e/ou probatórias, a homologação do acordo de colaboração premiada e, por fim,

com total isenção e imparcialidade. Esta situação é particularmente mais sensível no caso em que um mesmo julgador, fisicamente considerado, atua na fase de investigação preliminar e depois também julga a causa”. Badaró: *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*, 2011. <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> (12.10.2019).

⁹⁶ Badaró: *Direito ao julgamento por juiz imparcial*. Nesse sentido, esclarece Badaró: “A imparcialidade também deve ser entendida, portanto, como uma ideia de aparência geral de imparcialidade. Para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, além de o magistrado ser subjetivamente imparcial, também é necessário que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz objetivamente imparcial. Um julgamento que a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial não será menos ilegítimo que um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes”.

⁹⁷ Significativa é a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Hauschild vs Dinamarca*. Naquela oportunidade, o TEDH entendeu que a prática de certos atos na fase preliminar de investigação abriria espaços para pôr em dúvida a imparcialidade objetiva do julgador – presunção objetiva de equidistância do julgador frente à causa e às partes. Nesse sentido: Badaró: *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*, 2011. <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> (12.10.2019); Zilli: em Sidi – Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 395-399; e Sidi: em Sidi – Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 475-480.

o juízo de admissibilidade da acusação.⁹⁸ Dessa forma, uma vez recebida a acusação, os autos do processo seriam encaminhados ao juiz da causa para o desenvolvimento da atividade instrutória e o julgamento. A cisão no exercício da atividade jurisdicional, segundo tal concepção, melhor resguardaria o atributo da imparcialidade.⁹⁹ A inovação, contudo, sofreu um revés em razão de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade ali ajuizada e que determinou a suspensão da implementação do juiz de garantias.¹⁰⁰ Ao menos por ora, permanece aberta a possibilidade de atuação da mesma autoridade judiciária nas duas fases da persecução.

Status jurídico-processual do réu colaborador

Outro ponto lacunoso na disciplina legal da colaboração premiada toca o status jurídico do colaborador. A homologação judicial confere a certificação de eficácia ao negócio jurídico processual, abrindo, dessa forma, o flanco para a atividade colaborativa. É o ponto de sacramentação da

⁹⁸ Cf. art. 3-B a 3-F do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 13.964/19. O denominado juiz de garantias – que não se confunde com o juiz da causa penal – terá competência para o controle da investigação e salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Para um estudo sobre a proposta e o resguardo do atributo da imparcialidade ver: Zilli: em Sidi – Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, 2017, 387-414.

⁹⁹ Nesse sentido, observa Jacques Camargo: “A imparcialidade do julgador que toma contato direto com a delação antes de instaurada a ação penal deve ser preservada com um procedimento garantista, que impeça a cumulação de funções judiciais na fase de apuração do fato – juiz de garantias –, com a função de julgar o mérito da acusação – juiz da causa penal” (Penteado: em Vaz *et al.*, *Eficiência e garantismo no processo penal*. 2017, 192).

¹⁰⁰ Argumenta-se que a criação do juiz de garantias implicaria mudança estrutural do processo e da organização judiciária, de modo que a iniciativa haveria de ser privativa do Poder Judiciário (art. 96 da CF). Nesse sentido: “Na prática, criaram-se dois novos órgãos – juízos das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra de impedimento processual, o que abreviou indevidamente uma discussão legislativa que deveria ter tomado amplitudes equivalentes aos seus impactos. Observo que se deixaram lacunas tão consideráveis na legislação que o próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas. O resultado prático dessas violações constitucionais é lamentável, mas clarividente: transfere-se indevidamente ao Poder Judiciário as tarefas que deveriam ter sido cumpridas na seara legislativa. Em outras palavras: tem-se cenário em que o Poder Legislativo induz indiretamente o Poder Judiciário a preencher lacunas legislativas e a construir soluções para a implementação das medidas trazidas pela Lei n. 13964/2019, tarefas que não são típicas às funções de um magistrado”. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> (01.03.2020).

metamorfose das posições jurídicas. De investigado, acusado ou condenado, o sujeito passa a desempenhar, também, o papel de colaborador. Se a questão não demanda maiores controvérsias no contexto da fase investigatória, sem dúvida será problemática com a instauração da ação penal. Se o fornecimento de elementos probatórios sobre a estrutura da organização criminosa e sobre a identificação de responsabilidades aproxima o réu colaborador da posição de testemunha, por outro não o descola da posição de alvo da imputação formal. Em outras palavras: a renúncia ao exercício do direito ao silêncio não o retira do ponto de destino de satisfação do poder-dever punitivo.

A duplicidade de posições traz dificuldades que tocam não só os interesses processuais do réu colaborador – e que, em certa medida foram equacionadas com a fixação de um rol de direitos –,¹⁰¹ mas também e, sobretudo, dos réus delatados. Afinal, serão estes os atingidos em suas esferas jurídicas pelas repercussões da atividade colaborativa. O problema, portanto, envolve a identificação dos momentos processuais adequados para que o réu colaborador exerça os seus direitos processuais – na condição de réu – e para que cumpra os seus deveres – na condição de colaborador – atentando-se, igualmente, para os direitos dos demais acusados.¹⁰² Ou seja: o réu colaborador será ouvido na condição de testemunha ou quando de seu interrogatório ao final da instrução?¹⁰³ A sua oitiva precede a oitiva dos réus delatados? Qual a ordem para a apresentação das alegações finais?

¹⁰¹ Art. 5º da Lei 12.850/13.

¹⁰² Badaró: *A necessidade de um regime legal próprio para o colaborador premiado*, 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado>> (12.10.2019); Lopes Jr. – Paczek: *Corréu-delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa*, 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa>> (12.10.2019); Callegari – Linhares: *Delatados devem falar por último no processo penal*, 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-02/opinio-delatados-falar-ultimo-processo-penal>> (12.10.2019); e Streck: *Garantia de falar por último é para todos. STF não pode restringir*, 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-28/streck-supremo-nao-restringir-garantia-falar-ultimo>> (12.10.2019).

¹⁰³ A reforma processual empreendida em 2008 alterou o panorama dos procedimentos no processo penal brasileiro. A fase instrutória é concentrada em única audiência onde serão produzidas as provas da acusação e da defesa, restando, ao final, o interrogatório do réu. A mudança reforçou a natureza do interrogatório como meio de defesa.

Muito embora o réu colaborador e o “réu comum” tenham pontos de convergência representados pelo risco da condenação e pelo direito de reação defensiva, ambos registram, igualmente, distanciamentos. Afinal, o interesse imediato do réu colaborador é de convencer o juiz da causa sobre a eficácia de sua colaboração e, portanto, da veracidade de seus relatos que implicam os demais corréus. A perspectiva de obtenção do prêmio é diretamente proporcional ao risco de condenação dos delatados.¹⁰⁴ Natural, portanto, que o réu colaborador se manifeste antes daqueles que são por ele delatados, outorgando-se a estes espaços processuais para contraposição dos relatos. É uma decorrência processual lógica da garantia fundamental da ampla defesa.¹⁰⁵ Mas como ao réu colaborador é também indissociável o exercício do direito de defesa, a sua oitiva deverá materializar-se quando do interrogatório, o qual, aliás, é um dos últimos atos da marcha processual. Nesse cenário, o seu interrogatório, além de antecipar os interrogatórios dos réus delatados, deverá observar a possibilidade de os defensores destes formularem questionamentos.

A questão foi, em certa medida, resolvida com a Lei 13.964/19, que, expressamente, assegurou o exercício da ampla defesa do réu delatado, afirmando o direito de este se manifestar após o decurso do prazo concedido ao réu colaborador.¹⁰⁶ A proclamação deve ser observada ao longo de toda a persecução e especialmente na fase de alegações finais.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Leite – Greco: em *Jota – Penal em foco*, 2019, 5-6. <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019> (12.10.2019).

¹⁰⁵ Leite - Greco: em *Jota - Penal em foco*, 2019, 8. Nesse sentido, pontuam Leite e Greco: “A Constituição da República, ao qualificar a defesa de “ampla” (art. 5º LV, CF) dá a entender que não quer conferir ao direito um conteúdo reduzido, mas que deseja equilibrar a vacilante balança processual. Podemos apontar, neste mofino espaço, como conteúdo mínimo de direito de defesa, uma oportunidade de se manifestar sobre questões de direito e discutir e produzir prova sobre questões de fato. Se a manifestação do delator está vocacionada a interferir na esfera jurídica do delatado, e se essa manifestação encontra seu ápice nos memoriais finais, em que se alegam questões de fato e de direito que melhorem a situação processual do alegante, parece integrar o conceito de ampla defesa o direito do delatado à manifestação derradeira”...

¹⁰⁶ Cf. art. 4º, 10-A da Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/19.

¹⁰⁷ Em recente julgamento, proferido no HC 166.373, o STF enfrentou a problemática relativa à ordem de apresentação das alegações finais em processos com réus colaboradores e delatados. Após afirmar que a posição jurídica do réu colaborador não poderia ser totalmente

Conclusões

1. O acordo de colaboração premiada, cujo procedimento foi regulamentado pela Lei 12.850/13, foi largamente utilizado no contexto da *Operação Lava-Jato* o que, por certo, foi decisivo para ampliar os horizontes daquela persecução penal. Os diversos acordos celebrados permitiram identificar estruturas complexas de corrupção, superfaturamento de contratos públicos e financiamentos escusos de campanhas eleitorais. Não é exagerado afirmar-se que o sucesso da *Operação* deve ser creditado, em boa parte, aos múltiplos acordos de colaboração processual celebrados.
2. A métrica da eficiência, contudo, não pode fundar-se em critérios estatísticos. O novo meio de obtenção de prova que se desenha para o enfrentamento das organizações criminosas funda-se na lógica da premialidade penal e, portanto, supõe outorga de benefícios punitivos aos agentes envolvidos em grave criminalidade. Assim, não é a quantidade de acordos celebrados que atesta o selo da eficiência do instituto, mas a maior revelação de provas possível com o menor uso dos acordos de colaboração premiada.
3. A falta de um debate mais aprofundado acerca do novo instituto, antes de sua aplicação a granel, descortinou o fenômeno da força normativa dos acontecimentos. Ou seja: a reiteração de certas práticas fixou uma linha exegética que, de um lado, desvirtuou o desenho projetado pelo legislador e, de outro, acentuou as lacunas

equiparada a dos réus delatados, o STF reconheceu a nulidade do procedimento, determinando, por consequência, o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que se respeitasse a ordem sucessiva das alegações finais: acusação, réu colaborador e réus delatados. Nesse sentido: “Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja: primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Prosseguindo no julgamento e após proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Tribunal, por maioria, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado neste *habeas corpus*, já julgado, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese em assentada posterior”. <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>> (28.10.2019).

regulatórias da colaboração premiada. Foi em meio a este debate que a lei de regência do acordo de colaboração premiada foi reformada pela Lei 13.964/19. Por esta muitos vácuos foram preenchidos, assim como muitas questões foram clarificadas. Além de regulamentar a fase de negociação, a reforma reforçou o princípio da premialidade legal, bem como a importância do controle judicial e, por fim, limitou os efeitos da colaboração premiada. É um encontro marcado com o desenho originalmente projetado pelo legislador.

4. O estabelecimento de prêmios não contemplados pela lei desconsidera a natureza da colaboração premiada como expressão de política criminal. Os benefícios são concessões punitivas que indicam o preço que o Estado se dispõe a pagar para a revelação de aspectos relacionados às organizações criminosas, para a identificação dos seus responsáveis e para a recuperação de produtos e de proventos das práticas ilícitas. As partes processuais são agentes que operam os institutos em obediência aos padrões pré-definidos. Não têm o poder para ditar novos padrões de política criminal.
5. O acordo de colaboração premiada não é um acordo penal. A exceção do acordo que envolva a imunidade processual em situações muito específicas, as demais hipóteses de acordo de colaboração não encerram o processo, nem antecipam a sua finalização: são situações que formalizam a divisão de direitos e deveres entre as partes durante o processo, o qual deverá seguir a sua marcha normal amparado, dentre outros, pelo princípio da presunção de inocência. A homologação não vincula o juiz aos termos do acordo. É fator de eficácia do negócio jurídico processual. Quando do julgamento final, deverá o juiz avaliar a colaboração prestada à luz do acordo celebrado entre as partes.
6. A voluntariedade é o requisito de validação do acordo. Não se confunde com a espontaneidade. A coação contamina o acordo e a licitude dos elementos de prova fornecidos. A prisão do colaborador, muito embora não invalide, por si, a manifestação de vontade, fixa uma situação de maior vulnerabilidade que deve ser

avaliada com cautela pelo juiz. A previsão de oitiva sigilosa do colaborador antes da homologação é um importante elemento de aferição da voluntariedade.

7. O réu colaborador assume uma posição híbrida na marcha processual e a ausência de uma regulamentação clara sobre o seu status jurídico deve ser preenchida pelo operador. A renúncia ao direito ao silêncio não o retira do polo passivo da relação processual. A obrigação de prestar a colaboração nos termos pactuados, por sua vez, não o remete à condição de testemunha. Como alvo que é da persecução penal – ao lado dos demais corréus – hão de lhe ser resguardados os direitos inerentes à ampla defesa. Deve, portanto, ser ouvido quando do interrogatório. As suas declarações, contudo, afetam interesses de terceiros. Assim, a sua oitiva deve anteceder a dos corréus delatados. A mesma ordem há de ser observada quando da apresentação das alegações finais. Nesse ponto, a reforma dada pela Lei 13.964/19 é um claro aceno à supremacia das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Referências

- Aires, Murilo Thomas – Fernandes, Fernando Andrade: “A colaboração premiada como instrumento de política criminal. A tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador”, em *Revista Brasileira de Direito Processual*, 3 (1), jan./abr., 2017, 253-284.
- Albanese, Jay: “The causes of organized crime: do criminals organize around opportunities for crime or do criminal opportunities create new offenders?” em *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 16 (4), 2000, 409-423.
- Aranha, Adalberto José de Camargo: “A prova proibida no âmbito penal”, em *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 (75), mar./abr., 1982, 19-24.
- Aras, Vladimir, “Técnicas especiais de investigação”, em Carla Veríssimo De Carli. *Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- Azevedo, David Teixeira de: “A colaboração premiada num direito ético”, em *Boletim IBCCrim*, 7 (83), out. 1999, 5-7.

- Badaró, Gustavo: A necessidade de um regime legal próprio para o colaborador premiado, 2019. <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado> (12.10.2019).
- Badaró, Gustavo: “Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova”, em Ambos Kai – Eneas Romero, *Crime organizado. Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo: Marcial Pons/Cedpal, 2017, 13-49.
- Badaró, Gustavo: “Quem está preso pode delatar? Ainda sobre a delação premiada e o requisito da voluntariedade”, em *Jota. Opinião e Análise*, 23 de junho, 2015. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015> (12.10.2019).
- Badaró, Gustavo: *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*, 2011. <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html> (12.10.2019).
- Baptista, Erica Anita: *Corrupção política e avaliação do governo: o caso da Lava-Jato*, 2017. https://www.academia.edu/33214615/CORRUPÇÃO_POLÍTICA_E_AVALIAÇÃO_DE_GOVERNO_o_caso_da_Lava_Jato?auto=download (12.10.2019).
- Bauer, William J.: “Reflections on the role of statutory immunity in the criminal justice system”, em: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 67 (2), 1976, 143-154.
- Bechara, Fabio: “Colaboração processual: legalidade e valor probatório”, em *Boletim IBCCrim*, ano 23 (269), 2015, 6-7.
- Bentham, Jeremy: *The rationale of reward*, London: John and H. L. Hunt, 1825.
- Bitencourt, Cezar Roberto e Busato, Paulo Cesar: *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, São Paulo: Saraiva, 2014.
- Bittar, Walter Barbosa: *Delação premiada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Borri, Luiz Antonio: “Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado”, em *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, 24 (285), 2016, 6-8.
- Brandalise, Rodrigo da Silva: “O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório”, em Paulo de Sousa Mendes – Rui Soares Pereira, *Prova penal teórica e prática*, Coimbra: Almedina, 2019, 195-247.

- Callegari, André Luis – Linhares, Raul Marques: *Delatados devem falar por último no processo penal*. 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-02/opiniaio-delatados-falar-ultimo-processo-penal>> (12.10.2019).
- Campbell, Liz: “Corruption by organised crime. A matter of definition”, em *Current legal problems*, 69 (1), 2016, 115-141.
- Capez, Rodrigo: “A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada”, em Pierpaolo Cruz Bottini – Maria Thereza de Assis Moura, *Colaboração premiada*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2017, 201-236.
- Charleaux, João Paulo: “Qual o alcance da Lava-Jato na América Latina, Europa e África”, em *Nexo*, (17.11.2017), 2017. <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/02/15/Qual-o-alcance-da-Lava-Jato-na-América-Latina-Europa-e-África>> (12.10.2019).
- Chelazzi, Gabriele: *La dissociazione dal terrorismo*, Milão: Giuffrè, 1981.
- Chemin, Rodrigo: *Mãos limpas e Lava-Jato. A corrupção se olha no espelho*, Porto Alegre: CDG, 2017.
- Cordero, Franco: *Procedimiento penal*, Bogotá: Temis, 2000.
- Da Costa, José Faria: “O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico”, em *RBCCrim*, v. 34, 2001, 09-25.
- Dallagnol, Deltan: “As luzes da delação”, em *Revista Época*, 4 (7), 2015. <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>> (11.11.2018).
- Didier Jr., Fredie – Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa: *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, Salvador: Jus Podivm, 2012.
- Essado, Tiago Cintra: “Delação premiada e idoneidade probatória”, em *RBCCrim*, 21 (101), 2013, 203-227.
- Fernandes, Antonio Scarance: *Processo penal constitucional*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Fernandes, Antonio Scarance: “Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal”, em Antonio Scarance Fernandes – José Raul Gavião de Almeida – Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 9-28.
- Fernandes, Antonio Scarance: “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e crime organizado”, em *RBCCrim*, 16 (70), jan./fev., São Paulo, 2008, 229-268.
- Fernandes, Fernando: *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001.

- Ferracuti, Franco: “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos em Italia”, em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 11. Homenaje al Prof. Jiménez de Asúa, 1986, 303-312.
- García de Paz, Isabel Sánchez: “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7/ y 15/2003”, em *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, 1 33.
- Gomes, Luiz Flávio – Cervini, Raul: “Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal”, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- Gomes, Luiz Flávio – Silva, Marcelo Rodrigues da.: *Organizações criminosas e tendências especiais de investigação*, Salvador: JusPodivm, 2015.
- Gomes Filho, Antonio Magalhães: “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, em Flávio Luiz Yarshell – Maurício Zanoide Moraes, Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005, 303-318.
- Grinover, Ada Pellegrini: “Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- Grinover, Ada Pellegrini – Gomes Filho, Antonio Magalhães – Fernandes, Antonio Scarance: “Nulidades no processo penal”, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Jardim, Afranio da Silva: “Acordo de colaboração premiada. Quais são os limites?” em *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 10, 17 (1), 2016. <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462>> (12.10.2019).
- Laudi, Maurizio: *I casi di non punibilità dei terroristi pentiti*, Milano: Giuffrè, 1983.
- Leite, Alaor – Greco, Luís: “O status processual do corréu delator”, em *Jota – Penal em foco*, 2019. <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019> (12.10.2019).
- Levi, Michael: “Policing fraud and organized crime”, em Newburn, Tim (ed.) *Handbook of policing*, 2. ed., Portland: Willan, 2008, 522-552.
- Lopes Jr., Aury – Paczek, Vitor: *Corréu-delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa*, 2019. <<https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa>> (12.10.2019).

- Maltz, Michael: “On defining organized crime. The development of a definition and typology”, em *Crime and Delinquency*, 22 (3), 1972, 338-346.
- Manzano, Luis Fernando de Moraes – Essado, Tiago Cintra: “Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo”, em Denise Provasi Vaz – Guilherme Madeira Dezem – Marcos Zilli –, Mariangela Tomé Lopes, *Eficiência e garantismo no processo penal*, São Paulo: LiberArs, 2017, 197-210.
- Mendonça, Andrey Borges de: “A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13)”, em *Revista Custos Legis*, 4, 2013, 1-38.
- Mendonça, Andrey Borges de – Dias, Fernando Lacerda: “A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada”, em Ricardo Sidi – Anderson Bezerra Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2017, 103-149.
- Moro, Sergio: “Sobre a operação Lava-Jato”, em Maria Cristina Pinotti, *Corrupção: Lava-Jato e mãos limpas*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2019, 184-216.
- Netto, Vladimir: *Lava-Jato. O juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.
- Nuvolone, Pietro: “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, em *Rivista di Diritto Processuale*, XXI, Pádua, 1966.
- Paduan, Roberta: *Petrobras. Uma história de orgulho e vergonha*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.
- Penteado, Jacques de Camargo: “Delação premiada: breve incursão nos requisitos de validade e de eficácia”, em Denise Provasi Vaz – Guilherme Madeira Dezem – Marcos Zilli – Mariangela Tomé Lopes, *Eficiência e garantismo no processo penal*. Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes, São Paulo: LiberArs, 2017, 181-196.
- Queijo, Maria Elizabeth: *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2003.
- Rodrigues Jr., Otávio Luiz: “Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies”, em *Revista Jurídica*, 321, julho, 2004, 51-72.
- Romero, Eneas: “A colaboração premiada”, em Kai Ambos – Eneas Romero, *Crime organizado. Análise da Lei 12.850/2013*, São Paulo: Marcial Pons / Cedpal, 2017, 253-277.
- Sberna, Salvatore – Vannucci, Alberto: “It’s the politics, stupid! The politicization of anti-corruption in Italy”, em *Crime Law and Social Change*, 60, dec., 2013, 565-593.

- Shelley, Louise: “The unholy trinity: transnational crime, corruption and terrorism”, em *Brown Journal World affairs*, 11 (2), 2005, 101-111.
- Sidi, Ricardo: “A (im)parcialidade dos relatos das investigações de competência originária do STF e os mecanismos de controle de sua atuação”, em Ricardo Sidi – Anderson Bezerra Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, Belo Horizonte: D’Plácido, 2017 473-489.
- Silva, Eduardo Araujo da: *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*, São Paulo: Atlas, 2014.
- Streck, Lenio Luiz: *Garantia de falar por último é para todos. STF não pode restringir*, 2019. <https://www.conjur.com.br/2019-set-28/streck-supremo-nao-restringir-garantia-falar-ultimo> (12.10.2019).
- Suxberger, Antonio Henrique Graciano – Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello: “A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador”, em *Revista Brasileira de Direito Processual*, 3 (1), 2017, 189-224.
- Vasconcelos, Vinicius Gomes de: “Colaboração premiada no processo penal”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2017.
- Zanellato, Vilvana Damiani: “A colaboração premiada como instrumento de política criminal garantista em sua dupla dimensão”, em Soraia da Rosa Mendes Mendes, *A delação/colaboração premiada em perspectiva*, Brasília: IDP, 2016, 106-119.
- Ziegler, Jean: *Os assehores do crime: novas máfias contra a democracia*, Manuela Torres tr., Lisboa: Terramar, 1998.
- Zilli, Marcos: *O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual. O controle judicial em face dos operadores-legisladores*. (Prelo), 2020.
- Zilli, Marcos: “Transplantes, traduções e cavalos de troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava-Jato”, em Kai Ambos – Marcos Zilli – Paulo de Sousa Mendes, *Corrupção. Ensaios sobre a Operação Lava-Jato*, São Paulo: Marcial Pons, 2019, 93-132.
- Zilli, Marcos: “No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio”, em *Boletim do IBCCrim.*, 25 (300), novembro, 2017, 3-5.
- Zilli, Marcos: “O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do novo Código de Processo Penal)”, em Ricardo Sidi – Anderson Bezerra Lopes, *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2017, 387-414.

- Zilli, Marcos: “Ainda sobre as condições da ação penal”, em Denise Provasi Vaz – Guilherme Madeira Dezem – Marcos Zilli – Mariangela Tomé Lopes, *Eficiência e garantismo no processo penal*. Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes, São Paulo: LiberArs, 2017, 231-253.
- Zilli, Marcos: “A colaboração premiada nos trópicos. Autonomia das partes e o imperativo do controle judicial. Leituras sobre a Lei 12.850/13 à luz da eficiência e do garantismo”, em Alexandre Carneiro Da Cunha Filho – Glaucio Roberto Brittes de Araujo, *48 Visões sobre a corrupção*, São Paulo: Quartier Latin, 2016, 855-875.
- Zilli, Marcos: “As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças”, em Nestor Eduardo Araruna Santiago, *Proibições probatórias no processo penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, 89-137.
- Zipf, Heinz: *Introducción a la política criminal*, Miguel Izquierdo Macías-Picavea, tr., Jaén: Edersa, 1979.

CORRUPCIÓN Y PERSECUCIÓN ESTATAL DE BIENES OBTENIDOS ILÍCITAMENTE:

SOBRE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL CASO COLOMBIANO

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. En el presente trabajo se estudia la figura de la acción de extinción de dominio en el caso colombiano. Se abordan sus principales características y los mayores temas de discusión que, por casi tres décadas, ha generado su regulación. La acción, situada en los límites entre el derecho civil y el derecho penal, opera no solo respecto de bienes obtenidos a partir de la comisión de diversas conductas delictivas, muchas ligadas a dinámicas de corrupción, sino de bienes que no cumplen con la función social exigible constitucionalmente a la propiedad. Así mismo, es una acción que, según la doctrina y la jurisprudencia reiterada, se activa con base en “intereses superiores” del Estado. Por esta razón, opera también en bienes y predios obtenidos por aparatos criminales, luego de la comisión de crímenes internacionales, como en el caso del despojo de tierras.

Son, entonces, diversas las dinámicas de la acción de extinción de dominio. Ella ha sido objeto de regulación permanente y de adecuación institucional. Es de esperar que, luego de décadas de sistematización y racionalización, la acción sirva cada vez más como instrumento efectivo contra diversas modalidades del crimen, entre ellas, y de manera especial, modalidades ligadas a la corrupción.

Palabras clave: corrupción; extinción de dominio; enriquecimiento ilícito; moral social; interés superior del Estado; función social de la propiedad; crímenes internacionales; despojo; reparación; administración estatal de bienes.

ABSTRACT. This work studies the use of asset forfeiture actions in Colombia. It addresses their main characteristics and the major issues

of debate that, for almost three decades, have led to their regulation. The actions, situated at the limits between civil and criminal law, are brought to recover not only assets obtained from the commission of different crimes, many of which are linked to the dynamics of corruption, but also assets that do not fulfill the constitutionally required social function of property. Furthermore, in accordance with doctrine and settled jurisprudence, the actions are founded on “superior interests” of the State. For this reason, they are also brought to recover assets and properties obtained by criminal organizations, following the commission of international crimes, as in the case of land dispossession.

Thus, the dynamics of forfeiture actions are diverse. They have been the subject of permanent regulation and institutional adaptation. It is to be expected that, after decades of systematization and rationalization, the actions will increasingly serve as an effective instrument against different modalities of crime, especially those linked to corruption.

Keywords: Corruption; asset forfeiture; illicit enrichment; social morals; superior interest of the State; social function of property; international crimes; dispossession; reparation; state administration of assets.

Introducción

La corrupción es un tema especialmente crítico y sensible en Colombia. Hay una coincidencia con diversos países de América Latina, no solo por el caso transversal de Odebrecht, sino por otros temas y sucesos. En el caso colombiano, la campaña presidencial que tuvo lugar en el año 2018, además de haber estado ligada, como en las últimas décadas, al tema del conflicto armado, lo estuvo también a la corrupción. Todos los candidatos se refirieron a ella. Recientemente, en medio de la crítica situación ocasionada por la pandemia, también la corrupción ha ocupado un espacio central en la discusión pública, pues hay decenas de denuncias sobre apropiaciones indebidas de dineros destinados al apoyo de los más perjudicados.

Colombia está harta de la corrupción. Es un problema estructural que ha tenido lugar desde la época colonial. Luego de la Independencia, hacia el año 1810, se hicieron empréstitos, con deudas enormes a nombre del Estado naciente, que los historiadores catalogaron, en muchos casos,

como dineros hurtados o perdidos.¹ La corrupción es un fenómeno que hace parte de la cultura institucional y ciudadana, arraigada en todos los segmentos sociales y en la cotidianidad.

Es un fenómeno estructural. El país ve cómo los “delincuentes de cuello blanco”, denominados así por la sociología criminal, negocian con las instituciones penales, adquieren beneficios, litigan con abogados especializados para ventilar los casos en los medios de comunicación, entorpecer los procesos, causar dilaciones y acorralar al sistema penal.

La corrupción es uno de los ámbitos en los cuales es patente, además, otra premisa estructural y cultural acendrada: el fetichismo normativo. El falso apego a la expedición sin fin de todo tipo de normas en un país acostumbrado a no cumplirlas. Alrededor de la “lucha contra la corrupción” se han dictado decenas de normas, estatutos especiales, leyes complejas adoptadas incluso por otros países, códigos paralelos y normas que se superponen unas a otras. Pero, entre más se legisla, parece que hay más corrupción. Entre mayor producción normativa, mayor incapacidad real del sistema penal para hallar a los verdaderos responsables de los hechos de corrupción.²

No obstante, es resaltable que, en todo caso, hay instrumentos que se afinan y pueden prestar hacia el futuro, en contextos culturales más adecuados al valor del derecho, un servicio importante en la lucha estatal y social contra la corrupción. Uno de ellos, del cual se ocupa este trabajo,

¹ Véase, Blanco Blanco y Téllez Naranjo: *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2016, 163-176. Detalla fenómenos de corrupción desde la Nueva Granada.

² Al respecto y en consonancia con esta conclusión, se reseña aquí el enorme esfuerzo adelantado por la Universidad Externado de Colombia que, en el año 2018, publicó cuatro tomos dedicados al estudio de la corrupción. El título general de la obra es *Corrupción en Colombia*. El cuarto volumen, “Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos”, se ocupa también, de manera crítica, de la respuesta punitiva y de sus límites, lo que denomina *enfoque represivo*. Se constata, en algunos de los trabajos del volumen, que el énfasis en la reacción penal no ha producido, necesariamente, un descenso en el fenómeno general de la corrupción. Al respecto, en el aparte “Creación de una estructura social donde operen las normas” del presente trabajo se volverá sobre ello. Hay estructuras sociales arraigadas que, en contravía de la producción normativa, han propiciado por décadas fenómenos de corrupción. Leer, además de la presentación al volumen y como ejemplo concreto, Urbano: *Corrupción e impunidad*, 2018, 345-390.

según los acuerdos temáticos de nuestro grupo de estudios, es la acción de extinción de dominio.

Es un instrumento normativo complejo que, como se verá, ha sido utilizado como mecanismo privilegiado en el contexto de la lucha contra diversos fenómenos de corrupción. Tratándose de un tema tan complejo y extenso, en este texto se trabajan aquellos aspectos más relevantes. Se dará cuenta de las características principales de la acción, todo ello concebido y estudiado en perspectiva. El marco general del trabajo es el de la persecución estatal de bienes ligados a diversas actividades ilícitas y, en el contexto de este libro común, ligados a innúmeros hechos de corrupción.

Constitución Política y referencias a la extinción de dominio, el enriquecimiento ilícito y a la moral social

Existe una curiosidad en la Carta Política de Colombia, relacionada con el tema que nos ocupa. El artículo 34 consagra, de la mano de la pretensión de defensa de una “moral social”, tipos penales, o alusiones a conductas delictivas ligadas a la figura de la extinción de dominio. La norma establece: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

No es habitual que una carta política aluda a conductas punibles. Ello ha sido materia de arduas polémicas, particularmente frente a la Corte Constitucional, que ha tenido que resolver numerosas demandas de inexecutableidad a partir de cargos formulados contra leyes dictadas al amparo del artículo mencionado y que, su vez, sustentan reformas penales en los dictados de la moral social.³ Por consiguiente, el artículo 34 es, necesariamente, el punto de partida de este escrito y el punto de partida de toda la regulación sobre la acción que se estudia.

Así, a partir de esta formulación constitucional, se trabaja la figura de la acción de extinción de dominio con referencias muy puntuales y en

³ Véase, a manera de ejemplo, la Sentencia C-948 de 2014 de la Corte Constitucional.

contexto con la figura de enriquecimiento ilícito. Igualmente, se propone una relectura en clave sociológica de la noción, particularmente compleja y polémica, de moral social.

La persecución estatal de bienes producto de actividades ilícitas: la figura de la extinción de dominio

Las primeras normas: un camino largo y complejo

La figura que se estudia existe desde hace más de dos décadas y ha sido objeto de regulación permanente. Haré referencias puntuales a disposiciones iniciales que ofrecen una perspectiva histórica de la regulación, para estudiarla con base en el código de extinción vigente, del año 2014, seguido de una reforma sustancial del año 2017. La primera ley referida a la figura de la extinción de dominio fue la Ley 333 de 1996. Introdujo una definición concreta que se ha preservado: “Para los efectos de esta Ley se entiende por extinción del dominio la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”.

Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional. Se consideró, en ese entonces, por el demandante, que constituía una especie de pena, un acto de confiscación prohibido constitucionalmente. La Corte, en su respuesta a la demanda, la declaró executable, pero condicionada. Expuso que dicha norma no violaba la Constitución Política por haber excluido toda forma de contraprestación o compensación por la declaración judicial que se cita. Pero, agregó lo siguiente:

Se deja claro que no se debe confundir la expropiación con la extinción de dominio, la primera se hace conforme a la función social que tiene la propiedad privada, el propietario con legítimo derecho pierde su propiedad y por lo tanto es necesario indemnizarlo, por el contrario, en la extinción del dominio no hay nada que indemnizar.⁴

⁴ Corte Constitucional: Sentencia C-374/97, apartado de las Consideraciones de la Corte, 4.1

Luego se expidió la Ley 793 de 2002, por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. Preservó el artículo 18 de la Ley 333, que es el único que aún permanece vigente y obra desde entonces como guía general de interpretación de la figura. Dice la Ley:

Artículo 18: La sentencia declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado.⁵

Posteriormente se dictó la Ley 1708 de 2014, por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Sobre los conceptos y categorías básicas, este nuevo código estableció los siguientes conceptos y definiciones, que hoy constituyen la base de interpretación de la figura:

Definiciones: Para la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

1. Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.

2. Actividad Ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social.

3. Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.⁶

Es interesante destacar, además, que el artículo 15 de esta Ley consagra un principio que permanece vigente, no solo respecto de la acción de extinción de dominio, sino de la persecución penal del enriquecimiento

⁵ Nótese que desde ese momento ya es claro que es ante todo una acción real, cuyas características son más propias del derecho civil, cuestión que hace parte central de los debates en torno del carácter de la acción.

⁶ Ley 1708 de 2014, artículo 1.

ilícito, y que se refiere a la moral social, a una especie de *moralidad pública*. Dice la norma al respecto:

Definición: La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.⁷

La más reciente normatividad: un código complejo dedicado exclusivamente a la extinción de dominio

La más reciente norma es la Ley 1849 de 2017, por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 1708 de 2014 –la más completa, sistematizada en el Código de Extinción de Dominio–. Estas dos normas comprensivas constituyen el cuerpo normativo vigente que regula el ejercicio de la acción. Es decir, el legislador ha actuado, en función de la extinción de dominio, durante más de dos décadas, haciendo ajustes permanentes, situación extremadamente compleja que ha tenido implicaciones concretas en el terreno de la favorabilidad, el procedimiento y el impacto de la acción sobre derechos y garantías.⁸

Características principales de la acción de extinción de dominio

El presente escrito no se detendrá en la estructura general del Código de Extinción de Dominio vigente, Ley 1708 de 2014 y sus modificaciones por la ley 1849 de 2017, pues se encuentra disponible en la red.⁹ Se hace

⁷ Ley 1708 de 2014, artículo 15.

⁸ Esta situación ha llevado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en numerosos autos que dirimen conflictos de competencia entre diversos jueces que se disputan el conocimiento de estos asuntos, a hacer múltiples ajustes para establecer la competencia, haciendo compatibles los más diversos principios, como la vigencia de la ley en el tiempo, la favorabilidad o el principio de *perpetuatio jurisdictionis*. Véase, a manera de ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de noviembre de 2017.

⁹ Véase, al respecto, <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475>>. Sobre las modificaciones del año 2017, <<http://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?id=30032535>>.

referencia a las causales, se reseñan características principales de la figura, se ilustran temas complejos y de mayor discusión, y se relacionan aquellos ámbitos en los cuales se aplica la figura dentro de un espectro más amplio.

Causales de procedencia de la acción

La procedencia de la acción está ligada a diversas causales, relacionadas básicamente con la comisión de delitos. Así, de manera general, el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, numeral 1, establece como causal el hecho de que los bienes, “sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita”. El numeral 4 se refiere a los bienes “que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas”.

Se hace referencia con ello además a un delito que, de manera especial, ha estado ligado a la acción que se estudia: el delito de enriquecimiento ilícito (más adelante lo mencionaré concretamente). Con estas previsiones generales, las causales enfatizan toda clase de conductas relacionadas con actividades ilícitas. Por ejemplo, el numeral 5 se refiere a los bienes que “hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas”.

Es una acción que procede, además, respecto de aquellos bienes denominados “bienes equivalentes”. Es decir, aquellos bienes que, como lo establece la causal 10 de la Ley 1708, son “de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa”. Se trata de un aspecto reforzado por la causal 11 que establece lo siguiente: “Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos”.

Estas normas fueron demandadas por considerarse contrarias a la Carta Política y, en decisión del mes de agosto de 2020 (momento de redacción final del presente trabajo), se estableció que, si bien eran exequibles los numerales citados, la condición de constitucionalidad es que solo se

puedan extinguir aquellos bienes de origen lícito, que son equivalentes, si pertenecen exclusivamente al mismo titular. La Corte concluye:

De entenderse que tampoco es posible extinguir el dominio sobre estos bienes, se anularía de plano la eficacia de esta figura, pues, en un escenario como este, bastaría con constituir cualquier gravamen sobre los bienes de origen lícito, para blindarlos absolutamente de la facultad persecutoria del Estado, resultado este que no solo desconoce los lineamientos del artículo 34 de la Carta Política, sino que también anula el deber del Estado de combatir la criminalidad y la ilegalidad.¹⁰

La acción también opera en ámbitos de referencia constitucional, relacionados con la función social de la propiedad y con la preservación de un interés estatal y superior. Igualmente, como se verá, opera contra aquellos bienes derivados de conductas constitutivas de crímenes internacionales, como es el caso del despojo de facto o del despojo con base en maniobras ilegales de funcionarios públicos, derivados de hechos de desplazamiento forzado de víctimas del conflicto armado. De esta forma, entonces, es una acción de amplio espectro ligada a fenómenos complejos, muchos relacionados con entramados de corrupción. De allí que Martínez Sánchez afirme, con razón:

Existen dos grandes grupos de causales para la extinción de dominio: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de la Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política.¹¹

¹⁰ Además, agrega la Corte sobre la relación permanente (y de la cual dará cuenta este escrito) entre extinción de dominio y enriquecimiento ilícito, que “si bien el enriquecimiento ilícito se predica del patrimonio de la persona y que si bien, en principio, en atención al carácter inicialmente real de la acción de extinción de dominio, la misma debe recaer sobre los bienes en los que se concrete ese enriquecimiento, no resulta contrario a la Constitución que, de manera subsidiaria, y ante la imposibilidad fáctica o jurídica de perseguir tales bienes, la acción se dirija contra otros, de origen lícito, pero que hagan parte del patrimonio de quien se ha enriquecido ilícitamente, pero ha ocultado o transferido los bienes ilícitos”. Corte Constitucional: Sentencia C-327 del 20 de agosto de 2020.

¹¹ Martínez Sánchez: *La extinción del derecho de dominio en Colombia*, 10.

Acción de rango constitucional

Es una acción de rango constitucional. Está vinculada al artículo 34 de la Carta Política y, además, como lo dice la propia Corte Constitucional:

Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de jurisdicción de nuestro sistema democrático.¹²

Autonomía de la acción

Es una acción de carácter autónomo. Se aplica con independencia de conductas que, incluso constituyendo delitos, no han sido objeto de una sentencia o de una declaración de responsabilidad penal. La acción procede sobre cualquier bien, independientemente de si el afectado realiza el comportamiento que cuadre en la respectiva causal de extinción de dominio.¹³

A propósito, en la providencia inmediatamente citada, que es la más comprehensiva dictada por la Corte Constitucional sobre el tema, pues se ocupó de una demanda de toda la ley del año 2002, la corporación, cuando abordó el tema de la autonomía, aclaró:

Es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible, sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.¹⁴

¹² Corte Constitucional: Sentencia C-740 de 2003, consideraciones generales.

¹³ Al respecto, el artículo 18 de la Ley 1708 de 2014 establece: "Autonomía e independencia de la acción. Esta acción es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad. En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni incidentes distintos a los previstos en esta ley".

¹⁴ Corte Constitucional: Sentencia C-740 de 2003, consideración 2. En esa misma dirección, Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 22.

La acción de extinción de dominio concebida como una acción real

La doctrina enfatiza el carácter constitucional de la figura, para recalcar, igualmente, su carácter civil, pero con especificidades. Tovar Torres piensa que, por ejemplo,

[...] no por el hecho de ser una acción real puede tomarse como una acción estrictamente civil, por cuanto si bien es una acción de carácter patrimonial no está motivada por intereses patrimoniales de particulares, sino que responde a un interés superior del Estado, consistente en desvirtuar la existencia de un derecho de propiedad ilícitamente adquirido, y que en consecuencia no puede gozar de la protección jurídica del Estado.¹⁵

Espitia Garzón agrega:

Desde la época clásica, el derecho romano identificaba la acción a través del derecho que se pretendía proteger, en forma tal que las acciones reales tutelan derechos de esta índole, sin que condicione tal calidad el que la demanda se relacione con ‘bienes concretos y determinados’, pues ello puede ser predicable igualmente de las acciones personales, por el contrario, sí corresponde a tal tipo de acción la posibilidad de persecución del bien independientemente de la persona sobre quien resida la titularidad actual.¹⁶

No obstante, este ha sido uno de los aspectos más controversiales de la figura. Sobre todo, por sus implicaciones en términos de derechos y garantías, por las relaciones con el derecho penal y con la comisión de delitos, y por el procedimiento para adelantarla.

Quizá la discusión que desde el principio se ha generado alrededor del carácter de acción real de la figura tiene que ver con que, en el origen mismo de la regulación, en el año 1996, la acción estuvo en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Es decir que, a pesar de que desde el principio se concibió su carácter autónomo, y se le entendió como una acción desligada del proceso penal, también estuvo en cabeza del órgano por excelencia de la investigación penal.

¹⁵ Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 28.

¹⁶ Espitia Garzón: *Instituciones de derecho penal*, 269-270.

Además, ha sido, desde un principio también, una acción directamente relacionada con causales ligadas, de una u otra forma, a la comisión de delitos. No obstante, según la doctrina, que la acción haya estado siempre en cabeza de la Fiscalía, a pesar de ser una acción de carácter real, no es contrario a disposiciones constitucionales, pues la Carta Política

[...] le otorga a la Fiscalía una serie de funciones que no solamente se limitan al ejercicio de la acción penal, sino que se extienden a participar en la configuración de la política criminal del Estado, y a cumplir ‘las demás funciones que establezca la ley’, siempre y cuando estas se relacionen con su llamado misional.¹⁷

En todo caso, la doctrina especializada sobre el tema está de acuerdo con el carácter real de la acción, reconociendo empero que está situada en los límites entre el derecho civil y el derecho penal. Se concluye, entonces, que:

[...] por el objeto sobre el cual recae (el bien y el derecho de dominio) se aproxima al campo civil, por sus causas y su finalidad (perseguir los bienes obtenidos por enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social), pero tiene puntos de encuentro con lo penal.¹⁸

Acción real y procedencia contra los herederos:

se persiguen los bienes en cabeza de quienes se encuentren

Que la acción sea concebida como una acción real permite, además, y más allá de la premisa o principio de la responsabilidad penal individual y no heredable, que sea aplicada contra los herederos. La norma que lo ha previsto desde el año 2002, artículo 4, inciso final de la Ley 793 de 2002, establece que “procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previstos en el artículo 2”.¹⁹

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad. En su respuesta a la demanda, la Corte Constitucional declaró constitucional esta previsión que hoy se preserva y, reafirmando las consecuencias derivadas de su autonomía y de su carácter de acción real, agregó:

¹⁷ Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 28.

¹⁸ Tovar Torres: *Civilizar*, 23.

¹⁹ El artículo 2 hacía referencia a las causales de procedencia de la acción.

La acción de extinción de dominio es autónoma, objetiva, real y judicial. Esa específica naturaleza permite que los bienes objeto de ella puedan perseguirse aun encontrándose en manos de los herederos de aquel contra quien procedía la acción, pues nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.²⁰

Persecución de bienes heredados y posibilidades de lucha contra dinámicas de corrupción y de crimen organizado

La doctrina ha querido defender la persecución de bienes heredados, aludiendo incluso a la lucha contra el crimen organizado. A manera de ejemplo, y con relación al postulado celoso de que las deudas no deben ser perennes pues serían penas irredimibles, Espitia Garzón, en cambio, asegura:

Tal postulado choca hoy contra la urgente necesidad de adoptar medidas contra el crimen organizado, que ha llevado a poner particular énfasis en mecanismos dirigidos a contener las millonarias ganancias de los miembros de organizaciones criminales, pues en caso de muerte resulta imposible continuar con el ejercicio de la acción penal [...].

Razón por la cual, la doctrina más reciente no solo sostiene la urgencia de desarrollar los mecanismos de confiscación como instrumentos de lucha contra ese tipo de criminalidad, sino que incluso a nivel constitucional se ha llamado la atención sobre la posibilidad de que una diversa política legislativa permita continuar con el proceso penal a pesar de la muerte del procesado, con el fin de imponer las penas patrimoniales que le corresponderían en caso de estar vivo.²¹

Posible imprescriptibilidad de la acción

Una cuarta característica que tiene la figura es su imprescriptibilidad. Así, teniendo en cuenta discusiones constitucionales que tuvieron lugar desde un principio, aunque el artículo 9 de la Ley 333 de 1996

[...] consagraba un término de prescripción extintiva de la acción, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable al considerar que de esta forma se daba lugar al saneamiento de las fortunas ilícitas, no querido por esta ley, con lo que la acción no puede ejercerse en cualquier momento, sin que opere en relación con ella un término de prescripción.²²

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003, consideración 2.

²¹ Espitia Garzón: *De la transmisión de la acción penal a los herederos*, 71.

²² Espitia Garzón: *Instituciones de derecho penal*, 271.

Buscando armonizar los ámbitos en que se mueve la acción, se concluye:

Una interpretación armónica de las disposiciones y los fallos que sobre las mismas se han producido, permite concluir, de un lado, que la acción de extinción es imprescriptible y, en consecuencia, no resulta viable oponer a ella la prescripción extintiva y, de otro, que en las relaciones de carácter privado continúa siendo posible purgar la ilicitud del objeto por prescripción extintiva.²³

En la realidad las fortunas de herederos de narcotraficantes, por ejemplo, han sido perseguidas y extinguidas. Tanto más cuanto ellas han aparecido en listas negras elaboradas por agencias norteamericanas. En estos casos los bienes han sido perseguidos durante generaciones.²⁴

Breve referencia al delito de enriquecimiento ilícito

Entre las conductas delictivas que pueden dar origen a la acción, el enriquecimiento ilícito ha jugado un papel central, pues, tal como se dijo, el artículo 34 de la Carta Política relaciona este delito desde el ámbito constitucional, y lo vincula directamente con la extinción de dominio. Además, en decisiones del juez constitucional, como la ya citada del 20 de agosto de 2020, las dos figuras son abordadas simultáneamente.

Los aspectos aquí destacados sirven, a su vez, para comprender el funcionamiento de la acción respecto de delitos complejos como el lavado de activos, el testaferrato o la receptación. De aquí la importancia de la alusión al delito de enriquecimiento ilícito. A continuación se dará cuenta de él, resaltando dos aspectos relevantes que no solo tienen que ver con el delito en sí, sino con la investigación y la sanción de otros delitos, y hacen parte de la discusión sobre los alcances y los límites en el ejercicio mismo

²³ Espitia Garzón: *Instituciones de derecho penal*, 274.

²⁴ A propósito, léase la nota del diario *El Tiempo*: “Extinción a 92 bienes de herederos de Rodríguez” (08.03.2007). El subtítulo de la nota es: “La Fiscalía inició la extinción de dominio de 92 bienes de los herederos de Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, presos en los Estados Unidos”. Entre los bienes se encuentra la cadena de droguerías Drogas la Rebaja. Menciono este hecho específico porque, como se verá a propósito de una investigación de campo de una universidad, este caso ha durado en estrados judiciales más de 14 años.

de la acción. Los dos aspectos son, primero, la autonomía del delito y, segundo, si, en el ejercicio de su investigación y juzgamiento, tiene lugar la inversión de la carga de la prueba.

El enriquecimiento ilícito de particulares

Desde hace más de tres décadas, existen en Colombia normas que regulan el enriquecimiento ilícito, tanto de funcionarios públicos como de particulares.²⁵ En el caso de los particulares, en su versión más actual, el artículo 327 del Código Penal establece: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades ilícitas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis a 10 años”.

La autonomía del delito

En su primera versión, del año 1989, la norma que lo consagró fue dictada al amparo del antiguo estado de sitio y en función de la persecución de delitos relacionados con el narcotráfico, pues los narcotraficantes permearon la sociedad, cometiendo varias clases de delitos. Entre ellos, innumerables hechos de corrupción. Con la norma se buscó sancionar a los particulares ligados desde sus profesiones al narcotráfico.

La norma contenía básicamente el mismo tenor actual ya citado. Desde el punto de vista dogmático, uno de los aspectos centrales de la discusión generada por la regulación, especialmente del enriquecimiento ilícito que involucra particulares en economías de mercado, ha sido si el delito es autónomo o si necesariamente debe imputarse solo cuando se pruebe la comisión del delito base, como por ejemplo algún delito ligado al tráfico ilegal de drogas. Esto a pesar de que la norma hace referencia a “actividades delictivas” en general.

²⁵ El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos está regulado en el artículo 412 del Código Penal, disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. El Estado colombiano ha incorporado a su legislación interna instrumentos internacionales que se refieren al tema. Por ejemplo, la Ley 970 del 2005, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción’”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

La noción de *derivado* evidencia este aspecto concreto de la discusión. No es un tema pacífico y no lo es tampoco respecto de otros delitos como el testaferrato, el lavado de activos o la receptación, que requieren de delitos previos pero que, no obstante, se conciben como autónomos.²⁶ La norma fue demandada en su momento ante la Corte Constitucional. El juez constitucional, refiriéndose a la autonomía del delito, estableció lo siguiente:

El delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal ni a otro ordenamiento jurídico, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional –la moral pública– y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo.²⁷

Actualmente se considera un delito autónomo, de tal suerte que, independientemente de que se juzgue un delito base, cualquiera que sea, se puede investigar y juzgar de manera autónoma. Pero ello puede llevar a hechos contradictorios. Una persona puede ser declarada inocente en un proceso que se abrió en su contra por un determinado delito que es un delito base y, no obstante, aquel que haya sido investigado por el delito de enriquecimiento ilícito puede ser condenado por este delito, pues, a pesar de exigirse que sea *derivado* de actividades ilícitas, se aplica de manera autónoma.

Igualmente, puede que la persona investigada por cualquier delito base o previo llegue a acuerdos o negociaciones, u obtenga beneficios propios ligados a la aplicación del principio de oportunidad, mientras que quien ha sido juzgado por el delito derivado puede recibir una condena

²⁶ El delito de lavado de activos está previsto en el artículo 323 del Código Penal, Ley 599 de 2000. El delito de testaferrato está regulado en el artículo 326, y el delito de receptación en el artículo 447A. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html>.

²⁷ Corte Constitucional: Sentencia C-319 de 1996, punto 2.2. Nótese que aquí opera una especie de deducción *ad-hoc* de la moral social como bien jurídico tutelado, pues la moral social no constituye un bien jurídico tutelado por la legislación penal vigente.

sin que obren estos mecanismos, aplicados a dinámicas de corrupción y de crimen organizado. Frente a este tipo de contradicciones, también propias de la acción que se estudia, Tovar Torres afirma:

Como primer paso se debería establecer, mediante sentencia, la responsabilidad penal del individuo y luego pasar a la extinción del dominio de los bienes que lo ameriten, pues eventualmente se podría llegar al contrasentido de que un individuo resulte afectado por la extinción de dominio de sus bienes, y después no ser declarado culpable en el correspondiente proceso penal, manteniéndose incólume la presunción de inocencia, pero habiéndose ya declarado la extinción de dominio sobre los bienes del procesado.²⁸

¿Opera una inversión de la carga de la prueba?

Otro de los problemas que ha generado este tipo penal en su regulación y aplicación práctica es si opera una especie de carga invertida de la prueba en su investigación y juzgamiento, de tal forma que no sea el sistema penal sino quien está siendo investigado el que deba probar que su incremento patrimonial es justificado. Como la norma fue declarada constitucional desde el año 1996, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha buscado aclarar esto y brindar garantías. La Sala establece, por ejemplo:

El Estado debe demostrar el origen ilícito del incremento patrimonial no justificado. Debe demostrar que tiene en su origen, mediato o inmediato, un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con aquellos elementos de convicción suficientes, orientados a dicha comprobación, sin que pueda admitirse la presunción de la ilicitud. Cuando son particulares a quienes se acusa de enriquecimiento como delito subyacente al del lavado de activos, tal y como sucede en este caso, es propósito de su represión penal la sanción que se deriva de la obtención de bienes o intereses de contenido económico, pero en forma ilícita o delictiva, configurando este elemento no el imperativo judicial de que exista previa decisión declarativa de la ilegalidad de la actividad, pero sí que converjan elementos de prueba con la idoneidad suficiente para que más allá de una presunción inviable en su demostración, permitan establecer el nexo objetivo suficiente para afirmar que emanan de actividades al margen de la ley.²⁹

²⁸ Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 29.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 22179, 9 de marzo de 2016.

Sobre la naturaleza de la sentencia que extingue el dominio

Según la doctrina y con base en providencias de carácter constitucional, la sentencia de extinción de dominio se ha concebido como de naturaleza declarativa:

Como quiera que ella declara que la persona no es en realidad titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento y protección jurídica, por cuanto el dominio del bien fue adquirido por medios que contravienen los postulados morales básicos sobre los cuales se funda el Estado colombiano.³⁰

Se agrega, además, enfatizando el espectro amplio que cubre la acción, que ella se aplica no solo a bienes de origen ilícito, sino también a bienes que tengan, en principio, origen lícito, pero cuya destinación o cuyo uso contravenga claramente la función social de la propiedad:

En estos casos de bienes de origen lícito, el derecho de dominio no deja de tener reconocimiento y protección por razón de la sentencia, sino por razón de la destinación de los bienes a un fin contrario a la función social de la propiedad. La sentencia simplemente reconoce y declara esta situación, ordenando que la titularidad de los bienes pase a favor del Estado.³¹

Breve referencia al procedimiento

De manera sucinta y con la finalidad de contextualizar los resultados de una investigación que se mencionará sobre la duración real, más allá de las disposiciones normativas, de los procesos de extinción de dominio respecto del procedimiento previsto para el desarrollo de la acción, se adelanta que hay dos grandes etapas. Una corresponde a la investigación, adelantada por la Fiscalía General de la Nación. La otra, al juzgamiento, adelantada por los jueces de extinción de dominio. El ente acusador, a su vez, impulsa una etapa inicial de recolección de información, identificación del bien o de los bienes, y otra etapa propiamente de investigación.

³⁰ Martínez Sánchez (ed.): *La extinción del derecho de dominio en Colombia*, 10. Con esta postura coincide Tovar Torres, quien hace un recuento de la denominada "extinción de dominio por no explotación económica, conocida como extinción de dominio agrario o de tierras incultas". Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 20.

³¹ Martínez Sánchez (ed.): *La extinción del derecho de dominio en Colombia*, 10.

Cuando el fiscal tiene la evidencia necesaria de que se ha incurrido en alguna de las causales de extinción, profiere la “resolución de inicio”, previa a la resolución que establece la procedencia o no de la extinción. Una vez se profiere la resolución de procedencia –en relación con la causal de extinción–, el caso es llevado al juez de extinción de dominio, que es un juez de conocimiento que ordena traslado por cinco días para que los sujetos procesales soliciten las pruebas y, vencido el término, en treinta días debe emitir una sentencia.³²

Duración de los procesos de extinción: cifras preocupantes

El Código especial de 2014 ha buscado sistematizar el ejercicio de la acción, hacerla más ágil y lograr mayor eficiencia en la extinción de los bienes. Sin embargo, citaré un estudio especializado que da cuenta de aspectos preocupantes relacionados, sobre todo, con la duración real de los procesos. No es, no obstante, el único aspecto que puede incidir en la eficacia o en el impacto real de la acción. También lo es, por ejemplo, el tema crítico de la correcta administración de los bienes, como se verá al final del trabajo. Pero, en cualquier caso, la duración ilimitada de los procesos incide de manera negativa en la posible efectividad de la acción.

De esta forma, y más allá incluso de que decenas de bienes han sido sometidos a este procedimiento especial, en una investigación adelantada por un equipo de trabajo especializado de una universidad, se concluyó que “la muestra aleatoria tomada mostró que los procesos de extinción de dominio tardan en promedio siete años y once días”.³³

La investigación advierte que en los tres juzgados de extinción de dominio hubo mucha congestión debido al número de procesos y a su complejidad. Se constató que, a corte del 1 de mayo de 2012, “los tres juzgados

³² Un estudio detallado de la acción, amparado en investigación de campo compleja sobre su impacto, se encuentra en Martínez Sánchez: *Síntesis y Reflexiones sobre el sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo en Colombia*. Nótese, además, que el estudio de la acción se adelanta en el contexto más amplio del crimen organizado y del terrorismo.

³³ Martínez Sánchez: *Síntesis y Reflexiones*, 99 y ss. Se recuerda, además, lo mencionado en la cita 22 por ser un ejemplo ilustrativo.

de extinción de dominio tenían en total 221 procesos en etapa de juicio” y 69 estaban para fallo.³⁴

Ponderando en todo caso el esfuerzo de los jueces, incluso deteniendo por completo su trabajo, evacuando los 221 casos represados, sin recibir otros, los funcionarios tardarían más de cinco años en evacuarlos. En el año 2017, a través de la Ley 1849, se pretendió acortar considerablemente el proceso, tomando toda suerte de medidas, pero no se le dio soluciones de fondo a aspectos estructurales, mediante mayor interacción de las instituciones. En este sentido, la solución no es expedir más normas ni impulsar más reformas.³⁵

Interés superior del Estado y principio de moral social

Tal como se ha dicho, la acción de extinción de dominio también se ejerce en casos de bienes que no respeten la función social de la propiedad. Se ejerce, además y en general, de conformidad con intereses superiores del Estado y de la sociedad. Por ello, haré referencia al concepto de *moral social*, contenido en el ya citado artículo constitucional 34, antes de ahondar en espectros más amplios de aplicación de la figura.

El concepto de moral social, contenido en las normas que regulan la figura de la extinción de dominio y en las normas que regulan el enriquecimiento ilícito, ha sido demandado en diversas ocasiones ante el juez constitucional. La principal crítica que se le ha hecho ha sido que él entrañaría una confusión entre moral y derecho por hacer una especie de “eticización” del derecho en función de la lucha contra la corrupción. Es decir, una moralización de dicha lucha. Es una crítica interesante y realista en la medida en que la moralización indiscriminada de la lucha contra la corrupción puede ser contraproducente.

Como respuesta de la Corte Constitucional a la demanda de la norma contenida en el Código de Extinción de Dominio del 2014, que mencionó de nuevo a la moral social, el juez estableció:

³⁴ Martínez Sánchez: *Síntesis y Reflexiones*, 106.

³⁵ Martínez Sánchez: *Síntesis y Reflexiones*, 15.

La Corte ha sido enfática al señalar que la moral adoptada por la Constitución de 1991 se refiere a una moral social, pública o administrativa, pero en manera alguna a un determinado tipo de valoración de los comportamientos que se derive de una concepción ideológica específica o de una tendencia religiosa determinada. Esto se aviene a la circunstancia de que el Constituyente de 1991 estableció el respeto por la pluralidad de iglesias, religiones y confesiones y suprimió la orientación católica que había sido impuesta por la Carta de 1886. Más aún, a juicio de la Corte, la moral social a la que alude la normatividad constitucional está desprovista de cualquier connotación puramente religiosa en la medida en que la Carta Política consagra la libertad de conciencia que no se restringe a las creencias en ese campo.³⁶

Una propuesta de relectura del concepto de moral social

Teniendo en cuenta la sentencia recién citada, y su alusión a una especie de moral social pública y administrativa, es posible hacer una lectura en clave sociológica. Es decir, incluso más allá de la ambigüedad de la noción de moral social, se podría pensar en aquellos intereses superiores, que van mucho más allá de la expedición de normas y que tienen que ver con la búsqueda de valores comunes en sociedades fragmentadas, como creaciones de espacios sociales y de una estructura social donde rija efectivamente el derecho.

Para aclarar esta propuesta, se aclara que, en el caso de la corrupción, la expedición permanente de normas no hace que ella merme. Hay una estructura social muy proclive, al contrario, a los actos de corrupción, a la privatización de lo público, a la trampa, al engaño y al robo descarado de

³⁶ Corte Constitucional: Sentencia C-948 de 2014, apartado sobre el concepto de moral social. Se trata de un tema que ha sido discutido desde el año 1996, respecto de la regulación inicial del delito de enriquecimiento ilícito al cual ha estado ligada la noción de moral social. Así, por ejemplo, en el voto disidente de la sentencia que encontró constitucional el delito de enriquecimiento ilícito se estableció: “En la sentencia mayoritaria, el núcleo central de la argumentación –y de la decisión– está construido sobre la base de una confusión entre las esferas de la moral y el derecho; y desde allí, sobre la base de una confusión entre política y derecho. Es altamente riesgoso que, en un pronunciamiento del juez constitucional, los contenidos de una norma jurídica y sus condiciones de regulación –en este caso los dos tipos penales que criminalizan el enriquecimiento ilícito–, no sean dados por la dogmática jurídico penal y por la dogmática constitucional, sino que esos contenidos sean definidos más con recursos ‘*ad hoc*’ tomados por fuera del propio derecho”. Corte constitucional: Sentencia C-319 de 1996, Salvamento de voto, punto 2.2.

los dineros públicos. Ninguna ley anticorrupción funciona con estructuras sociales proclives a los actos de corrupción, a la comisión en general de delitos y a la negación fáctica de las normas.

Ninguna ley puede afirmarse en entornos donde los crímenes ligados a la corrupción, por ejemplo, crímenes agenciados por clanes políticos anclados como parásitos en la cosa pública, en la política instrumentalizada a favor de intereses particulares, se perpetúan inexorablemente. Son entornos donde el crimen se aprende y se enseña, pasa entre generaciones de una manera casi natural.

Recuérdense aquí los postulados lúcidos y siempre actuales de la *teoría de los contactos diferenciales*. El crimen es, ante todo, un hecho aprendido y el tipo de crimen que se aprende está ligado al lugar que se ocupa socialmente.³⁷ Por ello, la gran corrupción, los crímenes económicos, los grandes desfalcos y los robos masivos no están propia y exclusivamente en las capas más débiles e inferiores, como enfatiza, por ejemplo, Robert Merton (1957), quien analiza la discrepancia entre la posición de los individuos en la estructura social y los medios para alcanzar los fines culturales. La *innovación*, según Merton, sería la manera de acudir a medios ilegítimos o ilegales. Piénsese en el narcotráfico, por ejemplo, para acceder a fines culturales.³⁸

Pero Sutherland, en un texto fundamental escrito en la década de los cuarenta del siglo pasado, aclara que, de acuerdo con los *contactos diferenciales*, la criminalidad, como otros comportamientos, se aprende (aprendizaje de fines y de técnicas) a través de los contactos específicos a los cuales están sometidos los individuos.³⁹ Por consiguiente, varias dinámicas de corrupción, inclusive familiares, se explican a partir del hecho fundamental de que el crimen es también un comportamiento aprendido.

³⁷ Esto le permitía incluir, justamente, su conocido concepto de *delincuencia de cuello blanco*, categoría apropiada, especialmente hoy, para entender fenómenos de corrupción. Cfr., Sutherland: *American Sociological Review*, 1940, 1 y ss.

³⁸ Merton: *Social Theory and Social Structure*, 162.

³⁹ Sutherland: *American Sociological Review*, 1940, 1 y ss.

Creación de una estructura social donde operen las normas

Niklas Luhmann es, también, un buen referente para pensar en clave sociológica. Para él el derecho no es un sistema de coerción sino un sistema racional que actúa en lo que es previo a las normas. Es decir, es una construcción de una estructura social en la cual funcionan las normas. El derecho es un sistema de estabilización coherente de expectativas normativas. Para funcionar requiere de una estructura social que lo permita y esto convierte en secundario el aspecto coercitivo del derecho.⁴⁰ Por ello, la expedición sin fin de normas que no operan en la práctica es un contrasentido y hace que el derecho opere solo como derecho penal simbólico.

En consecuencia, teniendo en cuenta a Luhmann y a Sutherland, la noción problemática de moral social y, además, la pretensión de defensa de intereses superiores (incluyendo la lucha contra el crimen organizado y contra la corrupción) pueden leerse mejor en clave sociológica. Inclusive es útil para entender el tema que se aborda en seguida, relacionado con bienes de víctimas de despojo y de violencia.

Violencia política y social, despojo de tierras y extinción de dominio

Los fenómenos de despojo y, en general, de toma violenta de tierras y de bienes de víctimas del conflicto armado por aparatos criminales, políticos y terceros particulares corruptos, son complejos e interesantes. La acción de extinción de dominio se aplica en ellos.

Su complejidad tiene que ver con el ejercicio de la acción, en función de intereses superiores del Estado y de la sociedad, también respecto de aquellos bienes que no cumplan una función social y que sean productos de dinámicas de violencia. Existen, en consecuencia, dos grandes grupos de causales que dan origen al ejercicio de la acción. Se trata de aquellas ligadas de manera general al origen de los bienes, sustentadas en el artículo 34 de la Constitución Política, y aquellas que se relacionan

⁴⁰ Luhmann: *Rechtssoziologie*, 31.

con la propia destinación de los bienes, causales que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política.

Esta última norma hace referencia a la función social de la propiedad e introduce ciertamente un tema sensible en sociedades donde los conflictos políticos y sociales han estado cruzados por la tenencia inequitativa de la tierra, por su acumulación desenfadada en pocas manos y en manos de delincuentes de toda estirpe. Como lo señalan autores dedicados a estudiar la figura de la extinción de dominio, ella debe jugar un papel central en escenarios de posconflicto. Así, por ejemplo, Tovar Torres afirma: “La extinción de dominio puede ser una herramienta para incentivar un proceso real y efectivo de reparación y restitución a las víctimas del conflicto, al ser un canal a través del cual se obtengan propiedades rurales para ser entregadas a los beneficiarios del proceso de restitución”.⁴¹

De la misma forma lo asegura un estudio especializado sobre el tema, en el cual se pondera la función posible de la acción en la reparación y en lógica transicional, incluso desde la propia Ley de Justicia y Paz, esfuerzo pionero sobre reparación de víctimas del conflicto armado.⁴² Tanto más posible a partir de las reformas de regulación del mecanismo de extinción, introducidas por la ley reseñada del 2014, con artículos relacionados con el aprovechamiento de las tierras en beneficio de desposeídos.⁴³

⁴¹ Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 34.

⁴² Hay que aclarar, no obstante, que en escenarios de conflicto armado y de puesta en marcha del Acuerdo de Paz con la guerrilla de las Farc, pueden presentarse situaciones contraproducentes. De esta forma, se puede usar la acción para extinguir bienes de campesinos que en su momento han sido usados para el cultivo de drogas ilícitas. Pero ello puede llevar a la creación de situaciones contraproducentes en las que campesinos que no tuvieron opción alguna que cultivar, por ejemplo, hoja de coca, sean afectados y victimizados por el uso de la acción. La acción debe adelantarse en función de la sustitución real de cultivos ilícitos y de la concesión de derechos. En esta dirección, una organización activa en la promoción de derechos ha elaborado dos cartillas pedagógicas, una de ellas específicamente sobre extinción de dominio, en la cual se explica el proceso de aplicación de la acción, “enfocándose en las causales en las que se pueden ver inmersos los bienes de campesinos y campesinas que derivan su subsistencia de la producción de cultivos de uso ilícito”. Todo ello, además, acorde “con los estándares constitucionales, la dogmática penal y el Acuerdo Final de Paz”. Cfr., Filomena: *El proceso de extinción de dominio*.

⁴³ Véase el estudio, en lógica transicional, que evalúa en perspectiva el Código de Extinción vigente, Martínez Sánchez: *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano*.

Se trata de un universo de casos en el cual la figura se ha aplicado y donde se han generado sentencias muy interesantes y pertinentes que reconocen derechos a víctimas del conflicto armado interno o de la violencia política y social. En este sentido la extinción de dominio se aplica respecto de bienes que han sido despojados a familias enteras, primero en despojos fácticos, usando la violencia contra los propietarios campesinos, y luego con despojos jurídicos, a partir de la actuación criminal de funcionarios sin escrúpulos que se prestan para titular bienes a favor de testaferros, de políticos corruptos, de miembros de grupos armados ilegales o de agentes del crimen organizado.

De allí la importancia, relacionada con la duración de los procesos de extinción (aparte “Duración de los procesos de extinción: cifras preocupantes”), de que opere efectivamente la acción, pues la extinción es una condición previa a la devolución de los predios a los verdaderos propietarios despojados en escenarios de violencia. Sobre dinámicas de despojo, la jurisprudencia ha establecido:

La Sala ha identificado algunas modalidades de despojo de bienes, según se explica en CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 36728, entre las que se destaca que en ocasiones las personas fueron obligadas a abandonar sus predios por la fuerza del apremio derivado, por ejemplo, de amenazas de muerte, y luego obligados a suscribir instrumentos públicos a cambio de ningún precio o, en el mejor de los casos, de uno menor, dando apariencia de legalidad a la tradición.

[...] En otras oportunidades, similares intimidaciones se hacían directamente para compeler al abandono de sus pertenencias, y en algunas más se dio apariencia de legalidad a operaciones de falsificación a veces con la connivencia e incluso participación de funcionarios de notarías y de oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, para traspasar los bienes a la titularidad de las agrupaciones ilegales por medio de sus integrantes o de terceros testaferros.⁴⁴

En la actualidad, en la dinámica de restitución, agenciada por la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, la justicia civil especial de restitución de tierras ha entregado terrenos a campesinos, antaño desplazados

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado n.º 43707. Sentencia del 11 de diciembre de 2018.

y sustraídos del dominio de sus tierras.⁴⁵ En este contexto, la figura de la extinción de dominio viene jugando un papel importante. Tanto los nuevos jueces de restitución, creados por la ley mencionada, como los de la justicia ordinaria, han desarrollado una jurisprudencia con base en la cual existe una exigencia de conocimiento mínimo y de cuidado elemental para la compra de predios o su enajenación en escenarios de conflicto armado (personas, por ejemplo, que aluden a que no conocen que el predio que ocupan haya hecho parte de una empresa de despojo).

El siguiente caso funciona como ejemplo. En desarrollo de la actuación paramilitar, un jefe de una máquina de guerra paraestatal, aprovechando su poder, presionó a una campesina viuda para comprarle un gran porcentaje de su predio a un costo ínfimo, como ha sido habitual. No ocupó el bien. Luego apareció un tercero que, aduciendo ser comprador de buena fe, se opuso a las medidas cautelares tomadas por la Fiscalía sobre el predio para devolverlo a las víctimas en sede de reparación. La Sala Penal encargada de cerrar el caso respondió:

En el caso bajo análisis, el incidentante no aportó pruebas a partir de las cuales la Corte advierta que Robinson Chaverra Echavarría, hubiera desplegado durante la compra del predio ‘Pan Gordito’, todas las acciones que le permitirían conocer que solo estaba adquiriendo un derecho aparente. Por el contrario, obran indicios a partir de los cuales se verifica, como lo consideró la magistratura de primera instancia, que su proceder no estuvo enmarcado en el estándar general de los negocios jurídicos de bienes inmuebles rurales con la extensión y el precio de la finca adquirida, ubicado en una zona con amplia y conocida injerencia de los grupos paramilitares.⁴⁶

⁴⁵ Ley 1448 del 10 de junio de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Es un estatuto legislativo fundamental en sede de reparación que, en su capítulo sobre restitución de tierras, plantea, en favor de las víctimas, una inversión de la carga de la prueba, pues se trata, como se verá, de casos concretos de despojo en los cuales aparatos criminales usan la violencia para desplazar y despojar a los propietarios que, luego de años, se encuentran con varios obstáculos para recuperar sus tierras. Se presume la ilicitud del comportamiento de quienes se han apropiado de tierras de campesinos asesinados, violentados u obligados a abandonar sus tierras.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de julio de 2018, radicado n.º 51681, apartado sobre “la buena fe exenta de culpa”. Todo ello bajo un supuesto que sirve de base para la toma de esta decisión y de muchas otras en contextos de violencia. Se

En estos casos, en su mayoría, ha habido desplazamiento, amenazas o muertes de miembros de grupos familiares de propietarios legítimos. Los sobrevivientes han sido despojados “jurídicamente”. Es evidente que a quienes ocupan los predios les queda difícil demostrar que no sabían de la secuencia de hechos victimizantes y de despojo. Tendrían que ser, prácticamente, personas completamente ajenas a la realidad nacional. En otro caso, ligado también a escenarios de violencia, el juez penal de mayor jerarquía concluyó:

Lo que señala la prueba aportada hasta este momento procesal es que para el año 1999 el bien cautelado fue entregado a la organización armada por sus propietarios, concretamente por José Darío Siabato, para compensar una deuda que tenía con la misma organización, producto de actividades de narcotráfico, ingresando de esa manera el bien a las arcas de la facción armada.⁴⁷

En este caso, según la Sala Penal,

[...] esta negociación así realizada, cuyo origen está imbuido en una actividad delictiva y por ende prohibida legalmente, no puede generar réditos a favor de quien participó en ella como lo pretende Rosa María Guerra al reclamar la restitución del bien a pesar de ser consciente de la ilicitud que rodea su pretensión y el bien mismo, descartándose así la condición de tercero de buena fe exenta de culpa que reclama el artículo 17C de la Ley 975 de 2004.⁴⁸

Respecto de los terceros que alegan su buena fe en la compra de todo tipo de bienes, se afirma:

cita aquí de nuevo el estudio de Martínez Sánchez, en lógica transicional sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz: “Los bienes ofrecidos, denunciados o entregados por los paramilitares desmovilizados con el fin de reparar a las víctimas de su accionar ilegal, en su mayoría están ubicados en territorios controlados por estos; obtenidos en forma fraudulenta y pocas veces la titularidad inscrita recae en el postulado, situación reconocida por el legislador (art. 17B Ley 975 de 2005) que autoriza la imposición de medidas cautelares, cuando la Fiscalía pueda inferir la titularidad real o aparente del postulado o del grupo armado organizado al margen de la ley, respecto de los bienes objeto de persecución”. Martínez Sánchez: *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano*, 50.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de agosto de 2016, radicado 48069, aparte: El caso Concreto, 3.5.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de agosto de 2016.

Tercero es toda persona que tenga derechos patrimoniales que puedan verse afectados en la sentencia de extinción, es decir, los titulares de derechos reales de servidumbre, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, servidumbre, prenda e hipoteca, así como los acreedores quirografarios y el poseedor.⁴⁹

No obstante, como lo concibe la doctrina:

La buena fe simple se deduce de la conciencia de haber procedido conforme a las costumbres aceptadas en el tráfico jurídico de la vida cotidiana, siempre que no existan elementos de juicio que permitan inferir que se está obteniendo un beneficio mediante fraudes o comportamientos censurables.⁵⁰

En este caso:

“Quien ha adquirido un bien desconociendo, pese a la prudencia de su obrar, su ilegítima procedencia, no puede ser afectado con la extinción del dominio así adquirido” (sentencia C-740/2003). Esta acción únicamente se justifica cuando el comprador adquiere su dominio aparente por medios ilegítimos, a sabiendas de ello.⁵¹

Pero también en casos no ligados, necesariamente, a escenarios de violencia y despojo, hay situaciones complejas en las que se discute si hubo conocimiento, o si hubo diligencia de un propietario para oponerse a la acción de extinción de dominio. Es un tema muy sensible. Por ejemplo, una persona buscó ante la Sala Penal de la Corte Suprema, por la vía casi imposible de la acción de revisión, revertir una sentencia:

En desarrollo de la causal propuesta, alega el actor que dentro del proceso de extinción de dominio adelantado por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá, no se conoció: (i) que la señora Orduña Quiroga «era la única poseedora del predio, porque no consta ni en la motivación de la sentencia de instancia, ni en el expediente extintivo»; ni (ii) que las pruebas que demuestran su derecho real de posesión sobre el inmueble.⁵²

49 Espitia Garzón: *Instituciones de derecho penal*, 296.

50 Espitia Garzón: *Instituciones de derecho penal*, 296.

51 Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 30.

52 Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 10 de agosto del 2016.

La Sala Penal, que niega la existencia de ese nuevo hecho –necesario de probar en el alegato en sede revisión–, no solo se ocupa del conocimiento que se le exige a quien alega la propiedad, sino que se ocupa de un tema ya ilustrado en relación con el debate sobre la extinción de dominio, así como en su momento con la figura del enriquecimiento ilícito: ¿hay en esta acción, más allá de lo dicho sobre la ley de restitución de tierras, una inversión de facto en la carga de la prueba? Concluye la Sala, respecto a la señora que se opone:

Era de su conocimiento desde el inicio del trámite de extinción de dominio, pues era ella, y no otra persona, quien sabía directamente de ese hecho, motivo por el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del Código de Extinción de Dominio, tenía la carga de allegar los medios persuasorios que demostraran que era titular de un derecho real sobre el inmueble, carga que fue completamente incumplida y le permitió al juzgado declarar extinguido el derecho de dominio con base en las probanzas presentadas por la Fiscalía General de la Nación, que acreditaron que esa señora vivía en el predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1416644, pero en calidad de arrendataria, sin tener ningún derecho real sobre el mismo.⁵³

Consideraciones finales: discusiones sobre la posible eficiencia de la acción estudiada

En una entrevista a medios de comunicación el día 25 de noviembre de 2018, el entonces Fiscal General de la Nación, quien elevó la figura de la extinción a un presupuesto misional de la Fiscalía, anunció que ese año se había extinguido el dominio sobre bienes producto de actividades ilícitas, por un valor cercano a cinco veces lo que pagan todas las personas en el país anualmente por declaración de impuestos.⁵⁴

A su vez, anunció que eran bienes no sometidos a la “enajenación temprana”, una figura reciente que permite enajenar los bienes de una manera más expedita y no esperar durante meses o años a que opere la extinción. Los bienes los enajena un comité especial, creado por el Código de Extinción

⁵³ Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 10 de agosto del 2016.

⁵⁴ Entrevista disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=FBWz1n1itkY>>.

de Dominio del 2014. Así, por ejemplo, en el mes de enero de 2018, operó la enajenación de cerca de 7500 cabezas de ganado o semovientes respecto de los cuales, tratándose de bienes perecederos, no se puede esperar a su efectiva extinción.

Decenas de bienes, en épocas sobre todo de incursión masiva de narcotraficantes, han sido sometidos a extinción. En muchos casos, paradójicamente, han terminados en manos de políticos corruptos, de testaferros de los mismos narcos, etc. Por ello, como se verá, el tema de la administración de los bienes es central para que pueda operar la figura. De hecho, el desorden en la administración, los subregistros y la carencia de información confiable propician el surgimiento de dinámicas de corrupción. Pero se trata, como se ha visto, de un mecanismo complejo que, bien usado, sirve para extinguir bienes de delincuentes. Circunstancia que, en última instancia, supone una sanción mayor que las penas de cárcel por los delitos cometidos.

La Sociedad de Activos Especiales y las dificultades en la administración de los bienes

Sea este el espacio para reseñar aspectos relacionados con el trabajo de la Sociedad de Activos Especiales (SAE). Ofrece cifras, datos, métodos en el manejo y la administración de los bienes, hechos contrastados en un informe de una entidad de control. Son aspectos importantes para entender dinámicas del uso de la información sobre los bienes, su sistematización, su correcta administración, etc. Es evidente que la correcta administración institucional de los bienes objeto de extinción de dominio impacta directamente en la efectividad de la acción y previene dinámicas de corrupción.

De esta forma, tal como lo establece la Sociedad en el primer informe presentado, su creación se dio “en cumplimiento de lo establecido en el artículo 90 de Ley 1708 de 2014, en el cual se previó que ‘[...] el gobierno nacional expedirá el reglamento para la administración de los bienes del capítulo VIII del título III del libro III de la Ley 1708 de 2014’”.⁵⁵

⁵⁵ “En noviembre del 2015 se expidió el Decreto Reglamentario 2136, en el cual se definen los lineamientos para la adecuada administración de los bienes a cargo del Administrador del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco), respecto de los cuales se declare la extinción de dominio o se hayan decretado o se decreten

En sus informes se mencionan innumerables bienes sometidos a este proceso, la metodología usada para la administración de los bienes, su lugar de origen, los riesgos propios de las tareas asignadas a la Sociedad, etc. En el primer informe se enfatiza en la escogencia de la metodología de trabajo, el tipo de funcionarios que actúan y cómo se organiza la institución. En los dos informes posteriores, denominados “informes de gestión”, del año 2017 y 2018, se tratan los aspectos relacionados con los bienes objeto de la extinción y su administración.

En el segundo informe, de cerca de 90 páginas, se hace referencia a la venta de inmuebles, de bienes muebles, de sociedades, de arriendos y de cartera. También a la figura de la enajenación temprana. Incluso a devoluciones de bienes. En un cuadro, al principio, se relacionan los logros de la entidad y se reseñan bienes extinguidos, por ejemplo, a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc), luego del proceso de paz, y se mencionan otros bienes que sumarían, en total, el equivalente a unos cien millones de dólares. Son cifras interesantes que aumentan, en general, desde el año 2018.

Según las cifras la figura opera. Sin embargo, la administración de los bienes sigue siendo un tema muy sensible y con varias críticas. En el *Informe de actuación especial de fiscalización*, elaborado por un grupo especial de la Contraloría General de la República, entidad encargada de ejercer el control fiscal en el país, se evaluó la veracidad de las cifras y la correcta administración de los bienes. Fue un informe elaborado sobre la base de la denominada “trazabilidad del proceso de extinción de dominio”, del mes de noviembre de 2016. En él se acepta que la SAE está haciendo esfuerzos por depurar la información y organizarla, pero aclara: “Respecto de la información recibida, muchos registros antiguos del sistema Matrix, se encuentran incompletos, algunos contienen información imprecisa o

medidas cautelares en procesos de extinción de dominio.” En la página web de la Sociedad de Activos Especiales están los informes en formato PDF. Véase la página 3 de la introducción en <https://www.saesas.gov.co/index.php?idcategoria=31627>. Primer informe de gestión adelantada entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016.

desactualizada, e incluso hay algunos duplicados”.⁵⁶ Así mismo, agrega, lo cual es más problemático aún, que “no todos los bienes con extinción de dominio o incautados se encuentran registrados en el sistema”.⁵⁷ La entidad de control fiscal asegura, además, que “como resultado de la falta de educación contable, para el Estado representa un alto costo el sostenimiento y mantenimiento de bienes improductivos incautados y de los pocos extinguidos, que a mediano plazo harán inviable su sostenimiento”.⁵⁸

El informe concluye con una propuesta de mejora, pues no existía, por lo menos para finales del año 2016, un inventario real y creíble de los bienes producto de la acción de extinción de dominio. Según el informe, tal desorden:

[...] no permite conocer la realidad de los activos que tiene que administrar, ni establecer cuáles son los activos sujetos de medida cautelar, cuáles son los activos involucrados en la acción de extinción de dominio, cuáles son los activos de propiedad del Estado, como resultados de las sentencias que han cobrado ejecutoria o de los bienes que éstas ordenan devolver, o que no han sido reclamados, o sobre qué activos existen en procesos en las diversas jurisdicciones y que la nación sea parte o tenga la legitimación por activa o pasiva.⁵⁹

Hacia el futuro: esfuerzos institucionales por racionalizar la figura en su aplicación práctica

Tal como se ha dicho, la desorganización en la administración de los bienes fruto de la acción propicia escenarios de corrupción, malos manejos, ventas ficticias o con precios irrisorios. Sin duda, el tema de la información veraz y creíble es crítico. No obstante, en entrevista del día 4 de diciembre de 2019 en un medio de comunicación radial, la anterior directora de la SAE da cifras alentadoras sobre el impacto de la acción y asegura que existe, y se proyecta hacia el futuro, una mayor organización y sistematización de los datos y una mejor administración de los bienes.

⁵⁶ Véase Contraloría General de la República: *Informe de actuación especial de fiscalización. Trazabilidad proceso de extinción de dominio*, noviembre de 2016, 9.

⁵⁷ Contraloría General de la República: *Informe de actuación especial de fiscalización*, 9.

⁵⁸ Contraloría General de la República: *Informe de actuación especial de fiscalización*, 10.

⁵⁹ Contraloría General de la República: *Informe de actuación especial de fiscalización*, 10.

Según la funcionaria, de 19.000 bienes en poder de la antigua institución, antes de la normatividad del 2014, el Consejo Nacional de Estupefacientes –aquejado además por decenas de casos de corrupción–, hoy hay 10.000 de ellos extintos y en poder del Estado. Según ella hay un avance en el sistema a partir de la enajenación temprana, pues se pueden vender inmuebles o bienes muebles de una manera más expedita. Aclaró, no obstante, que siempre existe rotación, por ejemplo, en los bienes inmuebles, pues se requeriría un mínimo de 12 meses para enajenarlos. Considera que para el año 2025, 800 nuevos inmuebles extinguidos podrían venderse y prevé para ello una venta masiva. Hace referencia a una próxima transferencia millonaria al Estado por concepto de extinciones.⁶⁰

La funcionaria acepta, empero, que el Estado ha sido mal administrador. Existen numerosos abogados especializados en dilatar los procesos. Los tiempos de enajenación son, en general, muy complejos. No obstante, de la entrevista se puede notar que la funcionaria está interesada en actualizar y dirigir con mayor vigor el ejercicio de la acción en el futuro.⁶¹ En cualquier caso y para finalizar esta escrito, se puede considerar, como lo hace Tovar Torres, que el haber

[...] unificado y cohesionado los procedimientos y reglas aplicables al proceso de extinción de dominio en un código especializado, es una muestra de madurez de una figura jurídica que, junto con el respectivo fortalecimiento de las instituciones de investigación y juzgamiento, podrá derivar en un importante mejoramiento en el funcionamiento de la acción de extinción de dominio.⁶²

⁶⁰ Un hecho interesante, ocurrido justo antes de presentar el trabajo y en medio de la penosa coyuntura por la pandemia del covid-19, fue que el viernes 27 de marzo la SAE anunció la entrega de un enorme bien inmueble, un hotel, extinguido a un narcotraficante, en una isla con precario sistema de salud, para que obrase como hospital de emergencia. Además, varios alcaldes de ciudades importantes han solicitado, desde hace más de dos años, que bienes incautados y en penosas condiciones sean entregados a los municipios para habilitarlos como parques o lugares de recreo.

⁶¹ Entrevista a Virginia Torres de Cristancho, Radio Cadena Nacional RCN Radio, 4 de diciembre de 2019.

⁶² Tovar Torres: *Civilizar*, 2014, 22.

Bibliografía

- Blanco Blanco, Jackeline y Tomás Téllez Naranjo: “La corrupción y los funcionarios durante la república neogranadina”, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, I, Bogotá, 2016, 163-176.
- Espitia Garzón, Fabio: *Instituciones de derecho penal. Con fundamento en los nuevos códigos penal y de procedimiento penal*, segunda edición, Bogotá: Legis, 2001.
- Espitia Garzón, Fabio: “De la transmisión de la acción penal a los herederos al principio iluminista de responsabilidad personal”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 45, Bogotá, 2013.
- Filomena, David: *El proceso de extinción de dominio. Cartilla explicativa enfocada en las conductas relacionadas con los cultivos de uso ilícito*, Bogotá: Dejusticia, 2020.
- Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, 1987.
- Martínez Sánchez, Wilson: *Síntesis y Reflexiones sobre el sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo en Colombia*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.
- Martínez Sánchez, Wilson (ed.): *La extinción del derecho de dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo código*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2015.
- Martínez Sánchez, Wilson: *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano. Lecciones aprendidas de justicia y Paz*, Bogotá: Universidad del Rosario y UNODC, 2016.
- Merton, Robert: *Social Theory and Social Structure*, Glencoe: Ill, 1957.
- Sutherland, Edwin: “White-Collar Criminality”, en *American Sociological Review*, V, Chicago, 1940.
- Tovar Torres, Jenner: “Aproximación general a la extinción de dominio en Colombia”, en *Civilizar* 14 (26), 2014, 17-38.
- Urbano Martínez, José Joaquín: “Corrupción e impunidad. Limitaciones del sistema penal acusatorio para combatir la corrupción”, en Juan Carlos Henao y Aníbal Zarate (eds.), *Corrupción en Colombia*, volumen IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, 345-390.

Documentos e informes

- Contraloría General de la República: *Informe de actuación especial de fiscalización. Trazabilidad proceso de extinción de dominio*, CGR-CDSDJUS n.º 024, noviembre de 2016, 9, <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/479082/>

[CGR-CDSDJS-024-Informe+Actuación+Espeical+SAE.PDF.pdf/fd1b3722-bd12-4501-96a7-2864e82d4092?version=1.0.›](#)

El Tiempo: *Extinción a 92 bienes de herederos de Rodríguez*, Bogotá, 08 de marzo de 2007.

Sociedad de Activos Especiales: *Primer informe de gestión adelantada entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016*, <<https://www.saesas.gov.co/index.php?idcategoria=31627>>.

Canal Caracol: “Néstor Humberto Martínez admite que conoció de irregularidades en Odebrecht antes de ser fiscal”, noviembre 25 de 2018, <<https://www.youtube.com/watch?v=FBWz1n1itkY>>.

Entrevista a Virginia Torres de Cristancho, Radio Cadena Nacional RCN Radio, 4 de diciembre de 2019, <<https://www.rcnradio.com/colombia/sae-solo-13-de-inmuebles-incautados-tiene-proceso-completo-de-extincion>>.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de diciembre de 2018, radicado n.º 43707, M.P. Fernando Castro Caballero, Fundamento 7.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 4 de julio de 2018, radicado n.º 51681, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicado n.º 51646, M.P. Eugenio Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de marzo de 2016, radicado n.º 22179, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de agosto del 2016, radicado n.º 48069, M.P. Eugenio Fernández Calier.

Corte Constitucional: Sentencia n.º C-327 del 20 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero, extraída del comunicado de prensa número 34 de agosto 19 y 20 de 2020.

Corte Constitucional: Sentencia C-516 del 12 de agosto de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional: Sentencia C-958 del 10 de diciembre de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA.

Corte Constitucional: Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional: Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional: Sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Legislación

Ley 1708 de 2014, por medio de la cual se expide el Código de extinción de dominio, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686736>.

Ley 1908 de 2018, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1908_2018.html.

Ley 793 de 2002, por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0793_2002.html.

Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html.

Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

LA PARTICIPACIÓN DE LEGOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Bruno Rusca

RESUMEN. La participación de la sociedad civil en las políticas públicas que tienen por finalidad sancionar la corrupción es un principio que promueven importantes tratados internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. En Latinoamérica, las legislaciones de varios países prevén mecanismos que permiten la intervención de legos en procesos penales por esta clase de delitos. En este contexto, merece particular interés el modelo de participación ciudadana implementado en la provincia de Córdoba (Argentina), el cual establece que los delitos de corrupción deben ser juzgados por un tribunal mixto, integrado mayoritariamente por ciudadanos comunes. El trabajo expone y examina información empírica sobre el funcionamiento del juicio por parte de jurados en Córdoba para casos de corrupción entre 2005-2017. Más específicamente, el objeto de análisis es la totalidad de las sentencias dictadas en dicho periodo, grupos focales realizados con personas que se desempeñaron como jurados en diferentes procesos, y entrevistas con abogados, magistrados y legos intervinientes en casos de corrupción.

Palabras clave: participación ciudadana, corrupción, tribunales legos, análisis empírico.

ABSTRACT. The participation of civil society in public policies aimed at punishing corruption is a principle that is promoted in important international treaties, such as the United Nations Convention against Corruption and the Inter-American Convention against Corruption.

The laws in several Latin American countries provide mechanisms for the participation of laypersons in criminal proceedings involving this class of crimes. Of particular interest in this context is the citizen participation model implemented in the province of Córdoba, Argentina, which establishes that crimes of corruption must be adjudicated by a mixed court consisting primarily of common citizens. This article discusses and examines empirical information about the operation of jury trials in Córdoba in the adjudication of corruption cases between 2005 and 2017. More specifically, the subjects of analysis are all decisions issued during this period; focus groups conducted with people who served as jurors in different proceedings; and interviews with lawyers, magistrates and laypersons who participated in corruption cases.

Keywords: Citizen participation, corruption, lay courts, empirical analysis.

La participación ciudadana en el proceso penal por actos de corrupción en el contexto latinoamericano

En la legislación de diferentes países de Latinoamérica se establecen instituciones que permiten la intervención de los legos en causas penales contra funcionarios públicos por actos de corrupción. Un modo de garantizar la participación de los ciudadanos en estos procesos es por medio de la figura del querellante, prevista en los códigos procesales de varios países de la región. El Código Procesal Penal de Guatemala, en su artículo 116, dispone que cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos podrá constituirse en querellante “cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo”. Este acusador particular, que actúa como querellante adhesivo, tiene amplias facultades para colaborar con el fiscal en la investigación de los hechos, proponer prueba, impugnar resoluciones judiciales y, en general, las atribuciones que le corresponden a las partes en el proceso. El artículo 111 del Código Procesal Penal de Chile establece que cualquier persona capaz, domiciliada en la provincia, podrá entablar una querrela sobre “delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública”. Asimismo,

las normas de procedimiento de diferentes provincias argentinas prevén disposiciones similares.¹

En otros países de la región, en cambio, no se autoriza intervenir a los ciudadanos como acusadores en causas penales por actos de corrupción. En Colombia, aunque la legislación, bajo ciertas circunstancias, permite a la víctima solicitar la conversión de la acción penal pública en privada, dicha potestad no puede ejercerse cuando se trata de delitos de corrupción.² De todos modos, la Ley 906 confiere a las víctimas que actúan por intermedio de sus abogados representantes, aun sin ser acusadores, el derecho a velar por sus intereses, ser oídas en el proceso y tenidas en cuenta en las decisiones.³ Tales facultades pueden ejercerse también en las causas por corrupción. La regulación legal mexicana es similar, pues no reconoce a ciudadanos comunes la potestad de actuar como acusadores en causas penales por hechos de corrupción. Por su parte, el Código Procesal de Perú, aunque tampoco admite la figura del querellante particular en delitos de corrupción, confiere los derechos del *agraviado* a las asociaciones cuyo objeto social se vincule directamente con intereses colectivos afectados por un delito;⁴ entre otros, el derecho a ser escuchado en cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal,⁵ y la facultad de impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.⁶ Además de la posibilidad de intervenir en el ejercicio de la acusación, otro modo de garantizar la participación de ciudadanos comunes en el proceso penal es mediante su actuación como miembros del tribunal. En este aspecto, los ordenamientos jurídicos de varios países latinoamericanos prevén, con diferentes variantes,

¹ El Código Procesal Penal de Santa Fe, en su artículo 93, permite constituirse en querellantes a las personas jurídicas cuyo "objeto fuera la protección del bien jurídico tutelado en la figura penal, cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos". En la provincia de Córdoba, si bien el Código de Procedimiento Penal no reconoce expresamente la legitimación de personas jurídicas para actuar como querellantes en causas por delitos que lesionen bienes jurídicos colectivos, ha sido admitido jurisprudencialmente. Al respecto, véase TSJ., Bonfigli, 2007.

² Ley 1826 (Colombia), artículo 10.

³ Ley 906 (Colombia), artículo 11.

⁴ Código Procesal del Perú, artículo 94, inc.4.

⁵ Código Procesal del Perú, artículo 95, inc. 1a.

⁶ Código Procesal del Perú, artículo 95, inc. 1d.

la institución del jurado. Por un lado, los países de América Central y el Caribe que integraron el *Commonwealth* inglés mantienen un sistema de jurado anglosajón, heredado de su etapa colonial.⁷ A su vez, Nicaragua, Panamá, El Salvador, Puerto Rico, naciones de tradición iberoamericana, cuentan también con un modelo de jurado clásico.⁸ Por otro lado, en otros países del continente, particularmente Venezuela y Bolivia, hay un sistema de jurado escabinado o mixto, conforme al cual jueces profesionales y legos deliberan y deciden conjuntamente sobre la responsabilidad del acusado.⁹ Algunas experiencias en el continente, no obstante, resultan difíciles de clasificar. Así, por ejemplo, en Brasil al jurado se integran siete ciudadanos comunes, quienes actúan bajo la dirección de un juez técnico y adoptan la decisión sin ninguna deliberación previa.¹⁰

De todos modos, la competencia del jurado no siempre incluye el juzgamiento de delitos de corrupción. En Brasil, el tribunal se integra con legos solo cuando debe juzgar ciertos delitos dolosos contra la vida.¹¹ Asimismo, en Argentina casi todas las provincias que recientemente han incorporado un sistema de jurados para casos penales limitan su aplicación a los delitos más graves.¹² En cambio, en la provincia de Córdoba la

⁷ Harfuch y Penna: *Revista Sistemas Judiciales*, 21, 2019, 113.

⁸ Harfuch y Penna: *Revista Sistemas Judiciales*, 21, 2019, 113. Sobre las notas características del jurado anglosajón, véase Maier: *Derecho procesal penal*, vol. 1, 745 s.

⁹ Al respecto, véase Bergoglio (ed.): *Subiendo al Estrado*, 44 s.

¹⁰ Harfuch y Penna: *Revista Sistemas Judiciales*, 21, 2019, 118.

¹¹ Bergoglio (ed.): *Subiendo al Estrado*, 46 s.

¹² El Código Procesal Penal de Neuquén, en su artículo 35, dispone que el tribunal se integrará obligatoriamente con jurados cuando “se deba juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de la libertad superior a los quince (15) años”. La Ley 14543 incorpora el artículo 22 bis al Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, el cual establece que corresponde la integración del tribunal con jurados para el juzgamiento de delitos “cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión, o tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto”. En la provincia de Chaco, el artículo 2 de la Ley 7661 prevé el juicio por jurados para el juzgamiento de delitos reprimidos con prisión perpetua, ciertos casos de homicidio y algunos delitos sexuales. En Mendoza, la competencia del jurado se limita a los delitos de homicidio agravado (cfr. Ley 9106, artículo 2). El Código Procesal Penal de San Juan establece que deben ser juzgados por jurados populares los delitos que tengan prevista una pena máxima de 20 años de prisión (cfr. Ley 1851, artículo 457). Por último, en la provincia de Río

competencia del jurado comprende, además del juzgamiento de homicidios agravados y delitos económicos, las causas por delitos de corrupción.

El modelo cordobés de tribunal mixto

La presencia de la institución del jurado en el ordenamiento jurídico argentino tiene una larga historia. Desde 1853 está expresamente en la Constitución Nacional.¹³ Sin embargo, durante los siglos XIX y XX su aplicación fue casi nula.¹⁴ Con excepción de experiencias aisladas,¹⁵ el jurado fue implementando en algunas provincias a comienzos del siglo XXI y, en todos los casos, circunscripto al ámbito penal.¹⁶ En la provincia de Córdoba, desde el año 2004, una clase de tribunal mixto, integrado por jueces técnicos y ciudadanos comunes, es de aplicación obligatoria para juzgar algunos homicidios agravados y ciertos delitos contra la administración pública y el orden económico.

La implementación de esta institución tuvo lugar, en Córdoba, como consecuencia de un proceso gradual, que involucró una serie de cambios legislativos. Inicialmente, la reforma de la Constitución provincial de 1987 incorporó el artículo 162, el cual establece que, en ciertos casos, la ley puede determinar que los tribunales se integren con jurados. En

Negro, se prevé la realización del juicio por jurados para los casos en los que el fiscal requiera como mínimo una pena de 12 años prisión (cfr. Ley 5020, artículo 26).

¹³ La Constitución argentina hace referencia al juicio por jurado en tres artículos diferentes. El artículo 24 establece: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". El artículo 118 dispone: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución". El artículo 75, inc. 12, indica que corresponde al Congreso sancionar las leyes "que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

¹⁴ Sobre la historia de la institución del jurado en el ordenamiento jurídico argentino y la resistencia a su aplicación, véase Maier: *Derecho procesal penal*, vol. 1, 732-750.

¹⁵ Así, por ejemplo, en la provincia de Chubut, el juicio por jurados funcionó durante diez años en el siglo XIX. Al respecto, véase Zampini: *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 14, 2002, 343-354.

¹⁶ En la actualidad, cuatro provincias argentinas llevan a cabo juicios por jurado en materia penal: Buenos Aires, Córdoba, Mendoza y Neuquén. Las provincias de Chaco, Río Negro y San Juan también aprobaron leyes que establecen dicha institución, aunque todavía no han realizado juicios en esta modalidad. En todos estos casos, a diferencia de la provincia de Córdoba, el legislador ha optado por el modelo de jurado anglosajón o clásico.

términos generales, con esta innovación se pretendió conceder al legislador la facultad de instituir un modelo de jurado *escabinado*, que combinase la participación de jueces técnicos y ciudadanos comunes en las decisiones judiciales.¹⁷

Si bien la Constitución permite la implementación del jurado en cualquier área de la administración de justicia, la legislación posterior a la reforma se ha limitado exclusivamente al fuero penal. Por un lado, el Código de Procedimiento Penal de 1991, que instituyó un sistema procesal de carácter acusatorio en la provincia, prevé la posibilidad de que, a pedido del acusado, el fiscal o el querellante particular, el tribunal se integre con jurados. Esta facultad puede ejercerse cuando la escala penal del delito contenido en la acusación no sea inferior a quince años de prisión. En tal caso, el tribunal del juicio queda conformado con tres jueces técnicos y dos ciudadanos comunes, quienes poseen las mismas facultades de aquellos y deben fundamentar su decisión.¹⁸ La aplicación de este modelo, que rige desde 1998 y continúa vigente en la actualidad, ha sido escasa.¹⁹

Por otro lado, en medio de un contexto caracterizado por una fuerte demanda social de seguridad y denuncias de corrupción contra el gobierno provincial, se sancionó en 2004 la Ley 9182, que instauró una nueva clase de tribunal mixto, aplicable obligatoriamente para el juzgamiento de cierta clase de delitos.²⁰ Esta legislación dio lugar a una ampliación de la participación ciudadana en las decisiones penales. Ello es así porque, además del carácter obligatorio de la integración con jurados, los legos se convierten en mayoría, pues el tribunal debe conformarse con tres jueces técnicos y ocho ciudadanos comunes. Sin embargo, a diferencia del sistema de jurados escabinos previsto en el Código de Procedimiento Penal, las facultades de los legos son, en varios aspectos, limitadas respecto a las de

¹⁷ Del análisis de los debates de la convención constituyente provincial, se advierte con claridad la voluntad de los miembros de la convención de rechazar el modelo anglosajón de jurado. Para un análisis de los debates, puede verse Urquiza y Rusca: *Anuario XI 2008*, 2009, 799 s.

¹⁸ El Código permite a los legos adherirse a la fundamentación del voto de los jueces. Cfr. Código Procesal Penal de Córdoba, artículo 408, inc. 2.

¹⁹ Bergoglio y Amietta: *Anuario XI 2008*, 2009, 586.

²⁰ Bergoglio y Amietta: *Anuario XI 2008*, 2009.

los jueces técnicos.²¹ Cabe destacar, además, que la ley exige al tribunal la fundamentación de la decisión sobre la responsabilidad penal del acusado; en consecuencia, en contraposición con la orientación que han seguido otras provincias, el legislador cordobés se ha apartado del modelo anglosajón de jurado.

Ahora bien, con respecto a los temas a decidir por el tribunal y las facultades de sus integrantes, la ley atribuye la decisión sobre ciertas cuestiones al conjunto de sus miembros y otras, en cambio, exclusivamente a los jueces técnicos. En primer lugar, todos los legos y dos jueces técnicos deliberan y deciden *conjuntamente* sobre la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado; el otro juez técnico, presidente del tribunal, solo vota en caso de empate. Como la ley exige la fundamentación lógica y legal de la decisión, los jurados pueden adherir a la justificación del voto de alguno de los jueces. En caso de que ningún juez haya votado del mismo modo que uno o más jurados, la fundamentación de su voto debe ser redactada por el presidente del tribunal. En segundo lugar, sobre la calificación legal del hecho y la determinación de la pena, solo deciden los tres jueces técnicos, sin participación de los jurados populares. En ambas instancias, las decisiones se adoptan por simple mayoría.

El modelo de tribunal mixto cordobés presenta características heterogéneas, que no se identifican completamente con el jurado anglosajón ni con el escabinado, sino que resultan de una extraña combinación entre ambos.²² Así pues, dado que los ciudadanos comunes constituyen la mayoría del tribunal y solo deciden sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, sin intervenir en cuestiones de “derecho”, su rol se asemeja al de los legos en el modelo anglosajón. Adicionalmente, en la medida en que los jueces técnicos toman parte también en la decisión sobre la existencia del hecho y la participación responsable del acusado, y deben, a su vez, fundamentar la sentencia, cumplen una función similar a la que desempeñan los magistrados en un tribunal escabinado. Esta configuración

²¹ El artículo 34 de la ley prohíbe a los jurados acceder a las constancias de la investigación penal preparatoria; tampoco pueden interrogar al acusado ni a los testigos o peritos.

²² Sobre las diferencias entre ambos modelos, véase Hans: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, 4, 2008, 278 s.

particular del jurado no parece tener un fundamento coherente o, mejor dicho, un análisis reflexivo de las ventajas de tal diseño institucional. Al contrario, solo encuentra explicación en las circunstancias en las que tuvo lugar el debate legislativo y en la oposición de un sector del Poder Judicial al establecimiento del modelo anglosajón.²³

Según la Ley 9182, las cámaras con competencia en lo criminal deben integrarse con jurados populares cuando estén avocadas al juzgamiento de todos los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa²⁴ y, también, del delito de homicidio agravado,²⁵ delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la persona ofendida,²⁶ secuestro extorsivo seguido de muerte,²⁷ homicidio con motivo u ocasión de tortura²⁸ y homicidio con motivo u ocasión de robo.²⁹ Los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa a los que hace referencia la ley consisten, básicamente, en ilícitos contra la propiedad previstos en el título VI del Código Penal, fraudes contra el comercio e industria³⁰ y, además, varios delitos contra la administración pública,³¹ como abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de

²³ El texto legal finalmente aprobado fue producto de negociaciones entre diferentes actores políticos y del ámbito de justicia. En efecto, el proyecto original presentado a la legislatura preveía un modelo de jurado anglosajón, lo cual motivó que un sector importante del Poder Judicial, que se oponía a dicha iniciativa, interviniera para intentar modificar el proyecto. Entre otras medidas, un grupo de veinticinco vocales de Cámara firmaron una nota con cuestionamientos al proyecto del Poder Ejecutivo. Finalmente, se optó por un modelo que incorporara la participación de legos en el juicio penal, pero que, a su vez, garantizara la fundamentación técnica de la sentencia, lo cual constituía la razón principal de la oposición del sector judicial al jurado anglosajón. Al respecto, véase Bergoglio (ed.): *Subiendo al Estrado*, 30 s.

²⁴ Ley 9182 (Córdoba), artículo 7.

²⁵ Código Penal argentino, artículo 80.

²⁶ Código Penal argentino, artículo 124.

²⁷ Código Penal argentino, artículo 142 bis *in fine*.

²⁸ Código Penal argentino, artículo 144, tercero, inc. 2.º.

²⁹ Código Penal argentino, artículo 165.

³⁰ Código Penal argentino, título XII.

³¹ Código Penal argentino, título XI.

funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, entre otros.³²

Desde la implementación de la Ley 9182 hasta el año 2017, se ha realizado un total de 445 juicios con la participación de jurados populares. Particularmente, con respecto a los delitos contra la administración pública, en el mismo período, se llevaron a cabo 38 juicios. La mayoría de ellos han tenido lugar en las circunscripciones judiciales del interior de la provincia. Si bien al comienzo de la implementación del sistema algunos tribunales de la capital y del interior provincial declararon la inconstitucionalidad de la ley, posteriormente tales declaraciones fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.³³ En la actualidad, aunque subsisten algunos cuestionamientos específicos a disposiciones particulares de la ley,³⁴ todas las cámaras con competencia penal, tanto del interior

³² Los delitos incluidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa son: Título VI (Delitos contra la Propiedad), Capítulo 4.º: Relativo a Estafas y otras defraudaciones, artículo 173 (inc. 7.º, 11.º, 12.º y 14.º) y artículo 174 (inc. 5.º) cuando su autor, partícipe primario o secundario, y/o instigador, sea un funcionario o empleado público, o miembro o funcionario de una sociedad comercial, bancaria o financiera, regular o irregular. Artículo 174 (inc. 6.º). Capítulo 4.º bis: Usura, artículo 175 bis, tercer párrafo. Capítulo 5.º: Quebrados y Otros Deudores Punibles, artículos 176, 177, 178, 179 (Primer párrafo) y 180. Título VIII (Delitos contra el Orden Público), artículo 210, cuando el acuerdo para delinquir versare sobre la comisión de hechos típicos establecidos en este artículo. Título XI (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo 4.º: Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de los Funcionarios Públicos, artículos 248, 249, 250, 251, 252 y 253. Capítulo 5.º: Violación de Sellos y Documentos, artículo 254. Capítulo 6.º: Cohecho y Tráfico de influencias, artículos 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis y 259. Capítulo 7.º: Malversación de Caudales Públicos, artículos 260, 261 (Primer párrafo), 262, 263 y 264. Capítulo 8.º: Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de las Funciones Públicas, artículo 265. Capítulo 9.º: Exacciones Ilegales, artículos 266, 267 y 268. Capítulo 9.º bis: Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados, artículos 268 (1), 268 (2) y 268 (3). Capítulo 13.º: Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo, artículo 279 (inc. 3), en función del 278. Título XII (Delitos contra la Fe Pública). Capítulo 5.º: De los Fraudes al Comercio y a la Industria, artículos 300 (incisos 2.º y 3.º) y 301.

³³ El Tribunal rechazó el planteamiento de inconstitucionalidad de la ley. Esta postura se ha mantenido en resoluciones posteriores.

³⁴ En la actualidad, varios tribunales de la provincia se pronuncian por la inconstitucionalidad de los artículos 29 y 44 de la ley, los cuales disponen que el juez técnico que actúe como presidente del tribunal no tiene la facultad de votar por la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, salvo en caso de empate. En líneas generales, la declaración de inconstitucionalidad se basa en el argumento de que, según el artículo 155 de la Constitución provincial, los jueces tienen un *deber de votar*, del cual no pueden ser eximidos por una ley de inferior jerarquía. Entre otras sentencias, puede verse Cámara en lo Criminal

como de la capital, llevan a cabo juicios con la participación de jurados populares en los casos que corresponde su intervención.

Las particularidades de la participación de legos en el juzgamiento de delitos de corrupción

Se suele definir “corrupción” como el uso de una posición de poder, conferida inicialmente para servir a intereses de otros, para beneficio privado.³⁵ Asimismo, el término suele referirse exclusivamente al delito de cohecho.³⁶ Sin embargo, el concepto “delitos de corrupción”, según la legislación cordobesa, denota un conjunto amplio de conductas que atentan contra la administración pública. De acuerdo con esto, se incluyen, además de comportamientos que involucran la utilización de un cargo público para obtener beneficios personales —el cohecho, el peculado o las negociaciones incompatibles—, el dictado de resoluciones contrarias a la ley, o el incumplimiento deliberado de ciertos deberes especiales, aun cuando el funcionario no obre con ánimo de enriquecerse o de favorecer intereses privados, como ocurre con el delito de abuso de autoridad³⁷ o de malversación de caudales públicos.³⁸ En consecuencia, la definición de corrupción de la legislación cordobesa es bastante más amplia que la definición convencional. Según los promotores de la Ley 9182, el juzgamiento de los delitos de corrupción por medio del sistema de jurados populares permitiría brindar mayor transparencia y legitimidad a las decisiones judiciales en este ámbito. En el marco de un contexto caracterizado por una baja confianza de la población en las autoridades, sumada a una alta percepción social de corrupción en los funcionarios, especialmente en los del sector político,³⁹ la participación

y Correccional 12.ª Nominación, 2017, tomo 1, folio: 13-40. Hasta el momento, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia no se ha pronunciado sobre este planteamiento.

³⁵ Esta es la definición de Transparencia Internacional. Disponible en <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>. Sobre el concepto de corrupción, véase Rose Ackerman y Palifka: *Corruption and Government*, 7 s.

³⁶ Entre otros, véase Greco: *Libertas*, 5, 2016, 44-57.

³⁷ Código Penal argentino, artículo 248.

³⁸ Código Penal argentino, artículo 260.

³⁹ Sobre los datos estadísticos de existencia de un elevado nivel de percepción social de corrupción en el ámbito político, véase Rodríguez y Rusca: *Anuario XIII 2011, 2012*, 697-701.

ciudadana en la determinación de la responsabilidad penal por hechos de corrupción constituiría un mecanismo eficaz para reconstruir la confianza en el poder judicial y en la legitimidad del sistema democrático.⁴⁰

De igual manera, el fomento de la participación de la sociedad civil en las políticas de prevención y sanción de la corrupción es una medida institucional promovida por convenciones internacionales, como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.⁴¹ En este sentido, la implementación del jurado popular para el juzgamiento de estos delitos, como lo establece la legislación cordobesa, es compatible con las directrices de la Convención y podría ser interpretada como un avance en la dirección correcta. De todos modos, también existen razones para dudar de la conveniencia de que los juicios por delitos de corrupción se resuelvan por medio de un sistema de jurados populares.

Por un lado, los hechos de corrupción suscitan un profundo sentimiento de indignación moral. A diferencia de otra clase de delitos de cuello blanco, percibidos por la sociedad como infracciones no muy graves,⁴² la identificación de una conducta como *corrupta*, frecuentemente, da lugar a reacciones ciudadanas de repudio severo. Por supuesto, tales reacciones son justificadas por la ilicitud de tales comportamientos. La corrupción involucra, a grandes rasgos, una forma de defraudación de la confianza que los ciudadanos tienen en los funcionarios públicos. En los casos paradigmáticos, como el cohecho, el peculado o las negociaciones incompatibles con la función pública, los funcionarios anteponen su propio beneficio

⁴⁰ Para un análisis del contexto del surgimiento de la ley y del contenido de los debates legislativos, Rodríguez y Rusca: *Anuario XIII 2011*, 2012, 701 s.

⁴¹ El artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción obliga a los Estados Parte a adoptar medidas para “fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción”. Convención ratificada por la República Argentina, Ley 26.097 (06.10.2006).

⁴² El concepto de delito de cuello blanco, de acuerdo con Sutherland, hace referencia a “un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación”. Una de las características centrales de esta clase de criminalidad consiste, según el autor, en que los que cometen estos delitos no son percibidos verdaderamente como “delincuentes”. Cfr. Sutherland: *El delito de cuello blanco*, 9. Para una discusión sobre la utilidad del concepto de delito de cuello blanco para el derecho penal, véase Green: *Lying, Cheating, and Stealing*, 9 s.

o el de terceros a los intereses que deben resguardar. En consecuencia, es razonable que, ante la comisión de esta clase de delitos, los miembros de la sociedad reaccionen con *indignación moral*.

De todos modos, en los últimos años, la corrupción se ha convertido también en un escándalo político.⁴³ En tiempos de amplia exposición mediática, la acusación y estigmatización pública de funcionarios sospechados de corrupción es bien recibida por la opinión pública. Abundan los programas periodísticos dedicados a realizar investigaciones y presentar denuncias por delitos cometidos por políticos y funcionarios públicos. En este contexto, una vez que alguien ha sido estigmatizado como “corrupto”, la posesión de dicho estatus constituye ya un signo de incriminación.⁴⁴ Y, consecuentemente, esto trae aparejado el riesgo de que resulte afectada la imparcialidad del tribunal, pues es difícil que el acusado, al final, sea juzgado exclusivamente por los hechos cometidos, y no por su “identidad corrupta”.

Debido a la influencia de los medios de comunicación y la presión de la opinión pública, la participación de ciudadanos comunes en el juzgamiento de delitos de corrupción podría ocasionar aún mayores problemas. Como demuestran diferentes estudios empíricos, la propaganda previa al juicio (*pretrial publicity*) tiene efectos considerables en las decisiones de los jurados. De hecho, es especialmente influyente la que consiste en información que daña la imagen del acusado.⁴⁵ Los estudios sugieren, además, que la propaganda dirigida directamente a provocar reacciones emocionales –i.e., sensacionalista– afecta más a la opinión de los jurados que la propaganda que se limita a transmitir información.⁴⁶ Por estas razones, en casos de corrupción, debido a la amplia cobertura mediática que suele caracterizarlos, especialmente cuando involucran el juzgamiento de funcionarios políticos de alta jerarquía, es probable que los miembros del jurado tengan ya opiniones formadas sobre la culpabilidad del acusado antes de intervenir en el

⁴³ Sobre este problema, véase Pérez Perdomo: *Escándalos de corrupción y cultura jurídico-política*, 31–48.

⁴⁴ Silva García: *XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal y Criminología*, 2000, 136.

⁴⁵ Para un análisis de investigaciones empíricas sobre la influencia de la propaganda mediática en el veredicto del jurado, véase Bornstein y Greene: *The Jury under Fire*, 258 s.

⁴⁶ Bornstein y Greene: *The Jury under Fire*, 259 s.

juicio. Y, si ello fuera así, entonces, se produciría un serio menoscabo de la garantía de imparcialidad del tribunal.⁴⁷

También surgen interrogantes sobre la capacidad de los jurados para comprender el delito que se atribuye al acusado y la prueba en que se funda la acusación. En efecto, el juzgamiento de ciertos delitos de corrupción exige analizar situaciones que involucran elementos complejos, como la determinación del ámbito de competencia del funcionario, el alcance de sus deberes o la ilegalidad de decisiones adoptadas en ámbitos especializados de la administración pública. La ilicitud de tales conductas, en contraposición a delitos nucleares de la parte especial —*v. gr.*, el homicidio o la violación—, depende de la infracción a normas técnicas de carácter extrapeenal, cuya comprensión se presenta como una tarea ardua para los jurados.⁴⁸ En última instancia, esta *ambigüedad moral*, característica de los delitos de cuello blanco, implica que la línea demarcatoria entre la conducta lícita y la ilícita se funda en tecnicismos legales, antes que en normas culturales compartidas por los miembros de la sociedad.⁴⁹

Asimismo, las particularidades de la prueba que frecuentemente se requiere analizar para determinar la responsabilidad del acusado añaden dificultad al proceso. En estos casos, es común la incorporación de abundante prueba documental, como también la presentación de informes técnicos y dictámenes periciales complejos, especialmente de carácter contable.⁵⁰ La valoración de dichos elementos de prueba implica más dificultad en el examen de la prueba testimonial y, para los jurados, puede significar una

⁴⁷ En el caso de la legislación cordobesa, el problema es aún más grave porque, a diferencia del modelo anglosajón, las facultades que tienen las partes para intervenir en la conformación del jurado son muy limitadas. En efecto, los abogados y el fiscal carecen de la potestad de interrogar a los miembros potenciales del jurado para evaluar su imparcialidad. En cambio, la ley únicamente les permite recusar a los jurados por las mismas causales de incompatibilidad de los jueces y, solo en una oportunidad, pueden recusar a un miembro del jurado sin expresión de causa. Cfr. artículos 23 y 24.

⁴⁸ Esta preocupación ha surgido también en entrevistas realizadas a magistrados. Al respecto, véase Rodríguez y Rusca: *Anuario XIII 2011*, 2012, 708.

⁴⁹ Sobre el concepto de ambigüedad moral de los delitos de cuello blanco, véase Green: *Lying, Cheating, and Stealing*, 23 s.

⁵⁰ Arocena y Balcarce: *Derecho Penal Económico Procesal*, 21 s.

complicación adicional. En definitiva, existe el riesgo de que la decisión de los ciudadanos comunes no se apoye en la prueba producida en el proceso.⁵¹

Por las razones expuestas, entonces, la intervención de legos en el juzgamiento de delitos de corrupción constituye una propuesta controvertida. La posibilidad de un alto grado de mediatización del proceso, la estigmatización pública de los acusados y el tratamiento de la corrupción como un escándalo político, sumado a la complejidad que surge de la clase de conductas ilícitas que deben analizar los jurados, como de las particularidades de la prueba que se presenta en el juicio, dan lugar a un escenario que, en principio, no parece el más adecuado para la participación de ciudadanos comunes.

Por consiguiente, la implementación del modelo cordobés de juicio por jurado proporciona una oportunidad inmejorable para evaluar el desempeño de los legos en los procesos penales por hechos de corrupción y, de este modo, en función del análisis de los resultados de la aplicación del sistema, determinar si las críticas expuestas, en definitiva, son atendibles. Para ello, resulta de utilidad comparar, con la información disponible hasta el momento, las estadísticas en casos de corrupción con las del resto de causas resueltas con participación de jurados, así como el contenido de las decisiones de jueces y jurados sobre los mismos casos.

El análisis de los resultados de la experiencia cordobesa

En primer lugar, el análisis del contenido de las sentencias por hechos de corrupción permite advertir diferencias significativas en relación con el

⁵¹ En el campo de los estudios sobre jurados, a menudo existe la preocupación de que, por el prestigio social que poseen ciertos especialistas, los legos tiendan a sobrevalorar la prueba pericial. Sin embargo, las investigaciones empíricas demuestran que, más que receptores acríticos del informe de los expertos, los jurados valoran esta evidencia en conjunto con el resto de la prueba incorporada al proceso. En cambio, sí existe el riesgo de que, cuando la exposición del perito es compleja, los legos subestimen el valor de la prueba o se concentren en aspectos secundarios del informe, antes que en su contenido. Por supuesto, los jueces profesionales no están exentos de estas dificultades de comprensión, como también sugieren investigaciones empíricas. Lo que se afirma aquí, simplemente, es que esta dificultad se añade a las demás complicaciones mencionadas y, por ello, la intervención de los legos en los casos de corrupción debe ser evaluada con detenimiento. Sobre estos problemas, véanse Bornstein y Greene: *The Jury under Fire*, 150 s; Duce: *Prueba pericial y condena de inocentes*, 64 s.

resto de las causas resueltas con participación de jurados populares. Mientras que en las primeras la tasa de absolución –porcentaje de sentencias absolutorias sobre total de sentencias dictadas en la etapa del juicio– es de 29,9%, en las demás alcanza el 16,3%.⁵²

Tabla 1. Contenido de la decisión

	Tipo de causas		Total
	Corrupción	Otras	
Absolución	29,9%	16,3%	17,6%
Condena	70,1%	83,7%	82,4%
Total	100,0%	100,0%	100,0%

Prácticamente en la totalidad de los casos la decisión absolutoria radica, según la opinión del tribunal, en que no se logra alcanzar el estándar de prueba necesario para condenar. Ciertamente, salvo en un caso, en el cual la absolución se funda en la existencia de un estado de necesidad exculpante,⁵³ en todos los demás el tribunal sostiene que, o bien existe un estado de duda razonable sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del acusado,⁵⁴ o bien se ha demostrado que no existió el hecho objeto de la acusación.⁵⁵ En algunos casos, se hace referencia expresamente a deficiencias de la investigación⁵⁶ o en el diligenciamiento de ciertas pruebas.⁵⁷ También es preciso destacar, como un factor capaz de añadir dificultades adicionales al esclarecimiento de los hechos investigados, la mayor

⁵² Es importante señalar que la unidad de análisis estadístico son las decisiones judiciales, o sea, cada resolución del tribunal sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado. Así, una sentencia puede contener más de una decisión, en la medida en que se juzgue a más de un imputado.

⁵³ Cámara Criminal y Correccional 7.ª Nominación, 2017.

⁵⁴ Cámara Criminal y Correccional de Río Tercero, 2007; Cámara Criminal y Correccional de San Francisco, 2008; Cámara Criminal Correccional 11.ª Nominación, 2010; Cámara Criminal y Corrección 2.ª Nominación de Río Cuarto, 2011; Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto, 2011; Cámara Criminal Correccional de San Francisco, 2012; Cámara Criminal Correccional Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes, 2015; Cámara Criminal Correccional de Villa Dolores, 2016.

⁵⁵ Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes, 2009.

⁵⁶ Cámara Criminal y Corrección 2.ª Nominación de Río Cuarto, 2011.

⁵⁷ Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación, 2017.

duración de los procesos por corrupción en comparación con el resto de las causas; en efecto, en promedio, un caso de corrupción dura cinco años, mientras que la media en el resto apenas supera los dos años.⁵⁸

En el período analizado, del total de casos de corrupción, el 79% se ha decidido de modo unánime. Este porcentaje es ligeramente inferior al resto de las causas resueltas con participación de jurados populares. En principio, ello muestra un alto grado de coincidencia entre el punto de vista de jueces técnicos y legos sobre la decisión a adoptar en los diferentes procesos. Tales cifras coinciden con los hallazgos de investigaciones empíricas realizadas en Estados Unidos. Así, un estudio clásico, llevado a cabo por Harry Kalven y Hans Zeisel hace aproximadamente cincuenta años, solicitó a jueces de primera instancia que completaran cuestionarios sobre 3500 causas penales y 4000 causas civiles. Específicamente, se les pidió que indicaran las características del caso, el veredicto del jurado y cómo habrían decidido ellos mismos si no hubiera intervenido un jurado. El resultado del estudio dio lugar a un porcentaje de acuerdo entre jueces y jurados del 78% en casos penales.⁵⁹ Asimismo, investigaciones más recientes, realizadas con la misma metodología de Kalven y Zeisel, han arribado a porcentajes similares.⁶⁰

Como demuestran diferentes investigaciones, en tribunales mixtos, en los que jueces y legos adoptan las decisiones conjuntamente, el porcentaje

⁵⁸ Véase la Tabla 4. El promedio de duración de las causas penales analizadas puede resultar excesivo en comparación con la situación de otros países de la región. Precisamente, en Argentina, la extensión desmedida de los procesos penales por delitos de corrupción y criminalidad económica ha sido acreditada en diferentes investigaciones y constituye uno de los principales reclamos de organizaciones de la sociedad civil que tienen por objeto la lucha contra la corrupción. Al respecto, véase Hazan: *Revista Sistemas Judiciales*, n.º 15, 2001, 28; *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*, 2014, 5. En el caso de Córdoba, la diferencia entre la duración de los procesos por corrupción y los procesos por otros delitos juzgados por el sistema de participación popular se debe, fundamentalmente, a la prioridad que otorgan los órganos judiciales a la tramitación de las causas en las que el imputado se encuentra preso durante el procedimiento (cfr. *TSJ*, Acuerdo n.º 189, Serie "A", 10 de mayo de 1984). Así pues, en los procesos penales por hechos de corrupción, por la escala penal aplicable a tales delitos, lo más probable es que el imputado mantenga su libertad durante el proceso; en cambio, en el resto de las causas que se juzgan con participación ciudadana, dado que se trata de delitos de suma gravedad, es frecuente que se dicte la prisión preventiva del imputado.

⁵⁹ Bornstein y Greene: *The Jury under Fire*, 279 s.

⁶⁰ Diamond y Rose: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, 1, 2005, 267 s.

Tabla 2. Modo de decisión

		Tipo de causa		Total
		Corrupción	Otras	
Forma de la decisión:	Por unanimidad	79,1%	81,5%	81,3%
	Por mayoría	20,9%	18,5%	18,7%
Total		100,0%	100,0%	100,0%

de unanimidad suele ser más elevado, de hecho, los desacuerdos tienden a ocurrir excepcionalmente.⁶¹ En estos casos, no se puede descartar que la coincidencia sea resultado de la influencia que ejercen los magistrados sobre los legos. En efecto, en los tribunales mixtos, aun cuando los ciudadanos comunes constituyan el grupo mayoritario, ya sea por el dominio de conocimientos legales de los jueces técnicos, o porque estos disponen de mayores facultades procesales,⁶² el grado de participación real de los legos en las decisiones, sin dudas, resulta debilitado de modo significativo.⁶³ Precisamente, la influencia que ejercen los magistrados al momento de la deliberación, como la preeminencia sobre los jurados que les proporcionan sus conocimientos técnicos, surgen de entrevistas realizadas a personas que participaron en diferentes procesos en la provincia de Córdoba.⁶⁴

⁶¹ Hans: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* 4, (2008), 289.

⁶² Así pues, de acuerdo con la ley 9182, los jurados, a diferencia de los jueces técnicos, no pueden acceder a las constancias del expediente, ni tampoco interrogar al imputado, a los peritos o testigos (art. 34).

⁶³ Hans: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, 4, 2008, 288 s.

⁶⁴ Los fragmentos de las entrevistas mencionadas han sido transcritos en el apéndice del trabajo.

El hecho de que la influencia de los jueces técnicos sobre los jurados debilite la capacidad de decisión *real* de los legos no invalida por completo la institución del tribunal mixto, pues la interacción que se produce entre magistrados y ciudadanos comunes puede proporcionar otros beneficios a la administración de justicia y al conjunto de la sociedad. Particularmente, algunos autores señalan que la ascendencia de los jueces profesionales sobre los legos en la toma de decisiones cumple una función pedagógica y, asimismo, contribuye a lograr mayores niveles de aceptación social de la autoridad judicial. Así, por ejemplo, esta es la razón por la cual Tocqueville consideraba al jurado anglosajón en materia civil mucho más provechoso para la organización social que el jurado en materia penal. Sostenía que “los procesos penales descansan enteramente sobre simples hechos que el buen sentido logra fácilmente apreciar. En este terreno, el juez y el jurado son iguales”. En cambio, en el proceso civil, el juez es “quien desarrolla ante sus miembros los argumentos de que se ha fatigado su memoria, y quien

Es interesante observar que, en los casos resueltos por mayoría, la posición que adoptan los jurados sobre la responsabilidad del acusado, en general, no constituye un punto de vista más severo que la opinión defendida por los magistrados. Esta tendencia también se presenta en el resto de las causas resueltas con participación de jurados populares.⁶⁵ En principio, los resultados estadísticos no deberían sorprender. En efecto, a pesar del temor expresado por algunos juristas de que la participación ciudadana en las decisiones penales involucraría un endurecimiento del castigo, la mayoría de las investigaciones empíricas demuestran más bien lo contrario; es decir que, ante el desacuerdo entre jueces y jurados, los legos tienden a sostener una posición más benigna. Así pues, en el ya citado estudio de Kalven y Seizel, del 22% de casos en que hubo discrepancia, en el 19% los jueces habrían dictado una sentencia condenatoria frente a la decisión absolutoria del jurado. En cambio, solo en el 3% restante los jueces habrían absuelto en contraposición con la decisión condenatoria del jurado.⁶⁶ En la misma línea de análisis, investigaciones realizadas más recientemente, aunque de menor escala, confirman la tasa de benignidad hallada por Kalven y Seizel.⁶⁷

Tabla 3. Casos de corrupción resueltos por mayoría

Composición mayoría	N.º de decisiones	Posición mayoría	Composición minoría	Posición minoría
1 Jueces y 4 o más jurados	5	Condena	Jurados exclusivamente	Absolución
2 Jueces y 3 o más jurados	5	Absolución	Jurados exclusivamente	Condena
3 1 juez y 5 o más jurados	2	Absolución	2 jueces y 1 o más jurados	Condena
4 1 juez y 5 o más jurados	2	Absolución	1 juez y 1 o más jurados	Condena
5 7 jurados	1	Absolución	2 jueces y 1 jurado	Condena

los lleva de la mano para dirigirlos a través de los vericuetos del procedimiento judicial, él es quien los circunscribe a los hechos, y les enseña la respuesta que deben dar a la cuestión de derecho. Su influencia sobre ellos es casi ilimitada." Al final: "Los jurados pronuncian el fallo que el juez ha expresado. Prestan a ese fallo la autoridad de la sociedad que representan, y él, la de la razón y la de ley". Tocqueville: *La democracia en América*, 276-277.

⁶⁵ Bergoglio: *Oñati Socio-legal Series*, 6 (2), 2016, 229.

⁶⁶ Diamond y Rose: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, 1, 2005, 267.

⁶⁷ Diamond y Rose: *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, 1, 2005, 267-268.

Del examen de los casos de corrupción se advierte que, si bien la opinión de los jurados en ocasiones es más severa que la de los jueces, son más las situaciones en las que adoptan un punto de vista más benigno. Por un lado, en diez decisiones, la minoría está constituida exclusivamente por jurados, mientras que la mayoría se compone de magistrados y jurados. En cinco de estas oportunidades, la posición minoritaria de los legos es más benigna; en los cinco casos restantes, por el contrario, es más severa. Por otro lado, en cinco decisiones, la mayoría está constituida por jurados exclusivamente o por un juez y el grupo mayoritario de los jurados (cinco o más), frente a una minoría compuesta por uno o dos jueces y el grupo minoritario de jurados (hasta tres). En la totalidad de estos casos, la posición defendida por la mayoría es más benigna que el punto de vista de la minoría.⁶⁸

Cabe señalar que, aunque esta tendencia no difiere sustancialmente del comportamiento de los legos en el resto de las causas, como tampoco

⁶⁸ De todos modos, cabe aclarar que, como el número total de jueces por decisión es menor que el número total de jurados, a los fines de la comparación, equiparar el valor estadístico del voto de un magistrado al voto de un jurado implicaría sobrevalorar la opinión de los legos y, consecuentemente, subvalorar la de los jueces. Dicho de otra forma, como el grupo de los jueces es numéricamente menor, el voto de cada uno de ellos adquiere un valor estadístico mayor que el voto de cada jurado. Sin embargo, tal aclaración no afecta la afirmación de que, conforme a los datos analizados hasta ahora, se comprueba una ligera tendencia a una mayor benignidad de las decisiones de los legos. Efectivamente, en el grupo de casos n.º 3, en los cuales deciden 3 jueces y 8 legos, si se asigna un valor de 1 al voto de cada jurado, el voto de cada magistrado vale 2,66. Por tanto, en estos casos, mientras que la decisión absolutoria tiene un respaldo del 2,66 por parte de los jueces –solo un magistrado vota por la absolución–, con respecto los jurados, el valor es como mínimo de 5 –*al menos* 5 legos votan por la absolución–. En los grupos de casos n.º 4 y 5, como votan solo 2 jueces, si se asigna un valor de 1 al voto de cada jurado, el voto de cada juez vale 4. De acuerdo con esto, en el grupo de casos n.º 4, mientras que la decisión absolutoria tiene un apoyo de 4 por parte de los magistrados –un juez vota por la absolución–, en el grupo de los legos como mínimo alcanza el valor de 5 –*al menos* 5 jurados votan por la absolución–. En el caso n.º 5, como solo 7 legos votan por la absolución, tal decisión tiene un respaldo de 7 de los jurados y de 0 de los magistrados. En consecuencia, las cinco decisiones incluidas en los grupos de casos n.º 3, 4 y 5 califican como “más benignas” desde el punto de vista de los legos. Con respecto a los grupos de casos n.º 1 y 2, la situación es más sencilla. En el grupo n.º 1, como *todos* los jueces respaldan la condena, pero *no* todos los legos lo hacen, debe calificarse la postura de los legos como “más benigna”. En cambio, en el grupo n.º 2, como *todos* los jueces apoyan la absolución, pero *no* todos los legos lo hacen, debe calificarse la postura de los jurados como “más severa”. En conclusión, mientras que en 10 decisiones los legos adoptan una postura más benigna –grupos de casos n.º 1, 3, 4 y 5–, solo en 5 decisiones adoptan una postura más severa –grupo de casos n.º 2–.

de los resultados de otras investigaciones empíricas, es un dato particularmente destacable. Ciertamente, podría pensarse que, por el índice elevado de percepción social de la corrupción en la sociedad argentina, la estigmatización de la corrupción como un comportamiento especialmente reprochable y, además, la posibilidad de que los medios de comunicación ejerzan una influencia importante en estos procesos, los jurados adoptarían decisiones más severas que los jueces técnicos.⁶⁹ Sin embargo, hasta el momento, la intervención de los legos en el juzgamiento de los hechos de corrupción no ha dado lugar a un endurecimiento del castigo penal.

De todos modos, la explicación de esta tendencia también puede radicarse en las características de los casos juzgados hasta el momento. En efecto, del análisis de las causas de corrupción resueltas con participación de legos surge que, en la mayoría de los casos, la acusación recae sobre funcionarios de baja jerarquía, por hechos que no presentan una especial complejidad ni involucran la producción de un perjuicio patrimonial de magnitud considerable contra el Estado. Así pues, prácticamente la mitad de las causas consisten en procesos seguidos contra miembros de las fuerzas de seguridad –policías, agentes del servicio penitenciario o auxiliares de la policía administrativa o judicial–, por la comisión de diferentes delitos,⁷⁰ en su mayoría, cohecho y exacciones ilegales. Asimismo, con respecto a las causas sustanciadas contra funcionarios políticos, la mayoría de los acusados son personas que se desempeñaron como intendentes o en cargos

⁶⁹ En el ranking que anualmente elabora Transparencia Internacional, correspondiente al año 2018, Argentina ocupa la 85.ª posición sobre un total de 180 países. En: <https://www.transparencia.org/cpi2018>.

⁷⁰ Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto, 2009; Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores, 2009; Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes, 2009; Cámara Criminal y Correccional 3.ª Nominación, 2009; Cámara Criminal y Correccional 8.ª Nominación, 2010; Cámara Criminal y Correccional de San Francisco, 2012; Cámara Criminal y Correccional 2.ª Nominación de Río Cuarto, 2013; Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto, 2015; Cámara Criminal y Correccional 5.ª Nominación, 2015; Cámara Criminal y Correccional 11.ª Nominación, 2015; Cámara Criminal Correccional Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes, 2015; Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores, 2016; Cámara Criminal y Correccional 9.ª Nominación, 2016; Cámara Criminal y Correccional 7.ª Nominación, 2017.

inferiores, en localidades pequeñas o medianas del interior provincial,⁷¹ es decir, actores con un bajo nivel de capital político, juzgados por hechos que no provocaron un impacto social considerable ni recibieron una cobertura especial de los medios de comunicación.⁷²

De modo que desde la implementación del jurado popular en la provincia de Córdoba, con excepción de pocos casos, las causas resueltas con participación ciudadana no han involucrado el juzgamiento de funcionarios políticos de alta jerarquía,⁷³ como tampoco hechos de corrupción de especial complejidad o que traigan aparejado un perjuicio importante contra el patrimonio del Estado provincial. Esto es así a pesar de que en el año 2003 se crearon organismos especializados para la investigación de delitos de corrupción, abocados exclusivamente a la instrucción de estas causas y que, presumiblemente, deberían haber permitido esclarecer los hechos más graves.⁷⁴ Todo ello tiene consecuencias relevantes relacionadas con el grado

⁷¹ Cámara Criminal y Correccional de Río Tercero, 2007; Cámara Criminal y Correccional de San Francisco, 2008; Cámara Criminal Correccional 11.ª Nominación, 2010; Cámara Criminal Correccional de San Francisco, 2011; Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto, 2011; Cámara Criminal y Corrección 2.ª Nominación de Río Cuarto, 2011; Cámara Criminal Correccional de San Francisco, 2012; Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores, 2013; Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores, 2016; Cámara Criminal y Correccional de 5.ª Nominación, 2017.

⁷² Como excepciones a esta tendencia pueden mencionarse tres casos, en los cuales se juzgó a fiscales de instrucción por recibir dinero como contraprestación en la toma de decisiones, y, además, un caso en donde se condenó a un exintendente de la ciudad de Córdoba por intervenir en una contratación del municipio con el fin de obtener un beneficio personal. Al respecto, véase Cámara Criminal y Correccional de 6.ª Nominación, 2008; Cámara Criminal y Correccional de 2.ª Nominación, 2015; Cámara Criminal Correccional de 2.ª Nominación, 2016; Cámara Criminal y Correccional 7.ª Nominación, 2016.

⁷³ En el período analizado, ningún funcionario político del poder ejecutivo provincial ha sido sometido por jurados a un juicio por hechos de corrupción.

⁷⁴ El fuero penal económico y anticorrupción administrativa, integrado por dos fiscalías de instrucción y un juzgado de control, tiene competencia exclusiva para la investigación de delitos de corrupción en la primera circunscripción judicial, en la cual tienen asiento las autoridades del gobierno provincial. La creación de este fuero especializado se fundamentó en la necesidad de mayor eficiencia y celeridad en la investigación de estos delitos. En el debate legislativo, sin embargo, legisladores opositores al proyecto sostuvieron que la acumulación de todas las causas importantes de corrupción en un fiscal facilitaría el control político de estas investigaciones judiciales. En la actualidad, y desde hace varios años, las críticas al fuero de periodistas, actores políticos y profesionales del ámbito del derecho, se han multiplicado. Sobre el análisis del contexto de la creación de este fuero y de los debates legislativos, véase Rodríguez y Rusca: *Anuario XIII 2011*, 2012, 701 s. Sobre las críticas, véanse: JuanLeyes:

de participación ciudadana en las decisiones judiciales que efectivamente promueve el modelo cordobés. En este aspecto, la posibilidad de que los legos participen en el juzgamiento de la corrupción resulta debilitada significativamente si las causas de mayor impacto social directamente no alcanzan la etapa del juicio.

Reflexiones finales

La implementación del juicio por jurado en los casos de corrupción constituye una propuesta novedosa de la legislación cordobesa. En el resto de las provincias argentinas donde se ha establecido la institución del jurado, la intervención de los legos está prevista exclusivamente para los delitos más graves. Ahora bien, es difícil formular una conclusión definitiva sobre la conveniencia de esta medida. Por un lado, las ventajas de la participación ciudadana en la administración de justicia son importantes. El juicio por jurado, como afirman diferentes autores, es un medio eficaz de educación cívica, contribuye a la democratización del Poder Judicial y confiere legitimidad a sus decisiones.⁷⁵ Además, la integración del tribunal con legos permite involucrar a la sociedad civil en el juzgamiento y sanción de la corrupción, tal como lo promueven importantes convenciones internacionales en la materia. Por otro lado, empero, en los casos de corrupción también existe el riesgo de que la decisión de los legos no se apoye en la prueba producida en el proceso, o que los miembros del jurado tengan una opinión formada de la culpabilidad del acusado antes del comienzo del juicio.

Del análisis de los casos resueltos con participación ciudadana en la justicia de Córdoba pueden extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, la tasa de absolución es significativamente más alta en casos de corrupción (29,9%) que en el resto de las causas resueltas con jurados populares (16,3%). En segundo lugar, un porcentaje elevado (79,1%) de decisiones se adoptan por unanimidad. Ello parece indicar que, en la mayoría de

"Anticorrupción", Javier Cámara: "Anticorrupción", Carlos Palacio Lake: "Jaqué al fuero Anticorrupción"; *La Voz*: "Causas que no llegaron a condena".

⁷⁵ Al respecto, véase Tocqueville: *La democracia en América*, 273 s.

los casos, jueces y jurados comparten el mismo punto de vista sobre la decisión que debe adoptarse en el proceso. De todos modos, es probable que el alto grado de unanimidad se deba a la influencia que los magistrados ejercen sobre los legos en la deliberación. En tercer lugar, cuando hay discrepancia, en general, la postura de los legos no ha sido más severa que la adoptada por los jueces. Por el contrario, se ha verificado una ligera tendencia de los ciudadanos comunes a sostener una posición más benigna sobre la responsabilidad del acusado, lo cual es coherente con lo que demuestran otras investigaciones empíricas. Sin embargo, es destacable que la mayoría de los casos analizados representan un tipo de corrupción de baja intensidad, caracterizada por el juzgamiento de actores que carecen de un alto nivel de responsabilidad institucional y por hechos que no han tenido prácticamente ningún impacto social ni mediático.

El examen de los resultados del modelo implementado en Córdoba para enfrentar la corrupción permite formular algunas consideraciones críticas. El grado efectivo de participación ciudadana en el juzgamiento y sanción de estos delitos depende de que la investigación de las causas avance adecuadamente y, en definitiva, que alcancen la etapa del juicio. En Córdoba, aun cuando se crearon organismos especializados para investigar los delitos de corrupción, su funcionamiento ha sido objeto de serias críticas por no haber demostrado resultados satisfactorios en el esclarecimiento de causas de alto impacto social y político. Todo esto demuestra que el esfuerzo por promover mayor transparencia y participación de la sociedad civil en los procesos penales por hechos de corrupción debería comenzar por garantizar el funcionamiento eficiente y la independencia de los órganos encargados de la investigación. De lo contrario, la integración del tribunal con ciudadanos comunes puede devenir en una medida institucional que no aporte demasiado a la lucha contra la corrupción.

Bibliografía

Arocena, Gustavo A. y Fabián I. Balcarce: “Derecho Penal Económico Procesal, Centro de Investigación Interdisciplinaria” en *Derecho Penal Económico*, CIIDPE, en <http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf> (13.11.2018).

- Asociación Civil por la Justicia y la Igualdad (ACIJ): “10 puntos urgentes para la agenda anticorrupción argentina”, <https://acij.org.ar/proponemos-10-puntos-urgentes-para-la-agenda-anticorrupcion-en-argentina/> (27/02/2019).
- Bergoglio, María Inés (ed.): *Subiendo al Estrado. La experiencia Cordobesa del juicio por jurado*, Córdoba: Advocatus, 2010.
- Bergoglio, María Inés: “Citizen Views on Punishment: The Difference between Talking and Deciding”, en *Oñati Socio-legal Series*, 6 (2), 2016, 216-324. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2459182
- Bergoglio, María Inés y Santiago Amietta: *Las decisiones de jueces y jurados: la dureza del castigo penal según legos y letrados en la experiencia cordobesa*, Anuario XI 2008, Buenos Aires: La ley, 2009, 585-608.
- Bornstein, Brian H. y Edie Greene: *The Jury under Fire. Myth, Controversy and Reform*, New York: Oxford University Press, 2017.
- Cámara, Javier: “Anticorrupción: el fuero que no atrapa corruptos”, *La Voz*, Política, <https://www.lavoz.com.ar/politica/anticorrupcion-el-fuero-que-no-atrapa-corruptos>
- Diamond, Shari Seidman y Mary R. Rose: “Real Juries”, en *Annu.Rev.Law.Soc.Sci.*, 1, 2005, 255-284.
- Duce, Mauricio J.: “Prueba pericial y condena de inocentes: antecedentes comparados para el debate en America Latina”, en Zoraida García Castillo – Fernanda López Escobedo – Lorena Goslinga Remírez (coords.), *Temas de vanguardia en ciencia forense*, México: Tirant lo Blanch, 2018, 41-68.
- Greco Luis: “Aproximación a una teoría de la corrupción”, en *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 5, 2016, 44-57.
- Green, Stuart P.: *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, New York: Oxford University Press, 2007.
- Hans, Valery: “Jury Systems Around the World”, en *Annu.Rev.Law.Soc.Sci.*, 4, 2008, 275-297.
- Harfuch, Andrés y Cristián Penna: “El juicio por jurados en el continente de América”, en *Revista Sistemas Judiciales*, 17 (21), 2019.
- Hazan, Luciano: “La investigación y persecución de delitos de alta connotación social en Argentina”, en *Revista Sistemas Judiciales*, 8 (15), 2001, 24-34.
- La Voz*: “Causas que no llegaron a condena”, Política, 4 de junio de 2017 <https://www.lavoz.com.ar/politica/causas-que-no-llegaron-condena>
- Leyes, Juan: “Anticorrupción: el PJ escuchó críticas contra el fuero, que sigue sin cambios”, *La Voz*, Política, 10 de mayo de 2018, <https://www.lavoz.com.ar/>

[politica/anticorrupcion-el-pj-escucho-criticas-contral-fuero-que-sigue-sin-cambios](#)

- Maier, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Vol. I, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.
- Nieva Fenoll, Jordi: “Proceso Penal y delitos de corrupción”, en *InDret*, 2013, 1-22. Disponible en http://www.indret.com/pdf/967_a.pdf
- Palacio Lake, Carlos: “Jaque al fuero Anticorrupción”, *La Voz*, Opinión, 31 de mayo de 2018, <https://www.lavoz.com.ar/opinion/jaque-al-fuero-anticorrupcion>
- Pérez Perdomo, Rogelio: “Escándalos de corrupción y cultura jurídico-política: un análisis desde Venezuela”, en Johannes Feest (coord.), *Globalization and legal culturales*, Oñati Summer Course, 1997, 31-48.
- Rodríguez, José Eugenio y Bruno Rusca: “Corrupción y reformas judiciales en Córdoba”, en *Anuario XIII (2011)*, Buenos Aires: La Ley, 2012, 693-713.
- Rose Ackerman, Susan y Bonnie J. Palifka: *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*, 2.ª ed., New York: Cambridge University Press, 2016.
- Silva García, Germán: “La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica”, en *XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, 2000, 129-143.
- Sutherland, Edwin H.: *El delito de cuello blanco*, traducido por Laura Belloqui, Buenos Aires-Montevideo: BDEF, 2009.
- Tocqueville, Alexis de: *La democracia en América*, prefacio, notas y bibliografía de J.P. Mayer, 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002 (1835).
- Urquiza María Isabel y Bruno Rusca: “‘Y seréis como Dioses’. El Juicio por jurados en Córdoba en los discursos de los debates constitucionales de 1987 y parlamentarios de la ley N. 9182”, en *Anuario XI 2008*, Buenos Aires: La ley, 2008, 790-808.
- Zampini, Virgilio: “Chubut Siglo XIX: una década del juicio por jurados”, en *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8 (14), Buenos Aires, 2002, 343-354.

Referencias jurisprudenciales

- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: “Bonfigli, Mario Alberto y otros p.s.a. Concusión - Recurso de casación”, 2007.
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: “Navarro, Mauricio Orlando p.s.a. de Homicidio en ocasión de robo –Recurso de Inconstitucionalidad–”, 2006.

- Cámara Criminal y Correccional de San Francisco: “Andrada, José Marcelo. Exacciones ilegales por el medio, incumplimiento de los deberes de funcionario público –reiterado– usurpación, hurto, uso de documento privado falso. Cabral, Julio Alberto. Exacciones ilegales agravadas por el medio –falsedad ideológica– reiterado”, 2012.
- Cámara Criminal Correccional de Villa Dolores: “Areco, Victor Manuel y Pereyra, Guido César. Causa con imputados”, 2016.
- Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto: “Auce, José María y Gutiérrez, Óscar Ernesto. Causa con imputados”, 2015.
- Cámara Criminal y Correccional de San Francisco: “Benedetti, Gustavo Ariel y Cravero, Mauricio Andrés p.ss.aa. de Abuso de autoridad y Falsedad ideológica en concurso material”, 2008.
- Cámara Criminal y Correccional 2.ª Nominación de Río Cuarto: “Bernardo, Victorio Joaquín y Bonivardo, Andrés Rodolfo”, 2013.
- Cámara Criminal y Correccional 8.ª Nominación: “Bertolotti, José Santiago y Toledo Néstor Fabián p.ss.aa. de Omisión de los deberes de funcionario público, Evasión agravada por el art. 41 bis, en grado de tentativa”, 2010.
- Cámara Criminal y Correccional de 5.ª Nominación: “Bonfigli, Mario Alberto y otros p.ss.aa. de Exacciones Ilegales, etc.”, 2017.
- Cámara Criminal y Correccional 5.ª Nominación: “Cáceres, Gustavo Raúl – Rodríguez, Víctor Alejandro p.ss.aa. de Exacciones ilegales”, 2015.
- Cámara Criminal y Correccional 1.ª Nominación de Río Cuarto: “Castro, Arturo Hipólito y otros p.ss.aa. de Robo y cohecho activo”, 2009.
- Cámara en lo Criminal y Correccional 12.ª Nominación, Sección 24: “Chávez, Carlos Alberto y otros p. ss. aa. de Homicidio calificado”, n.º resolución 2, tomo 1, año 2017, Folio: 13-40.
- Cámara Criminal y Corrección 2.ª Nominación de Río Cuarto: “Daniotti, Danilo Pedro y Olivo, Antonio Daniel. Causa con imputados”, 2011.
- Cámara Criminal y Correccional 11.ª Nominación: “Distefano, Luis Alberto p.s.a. de Peculado”, 2015.
- Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores: “Fragapane, Juan Alberto p.s.a. de Peculado”, 2009.
- Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes: “Funes, Cristian Dario y otros p.ss.aa. de Omisión a los Deberes de Funcionario Público, etc.”, 2009.

- Cámara Criminal y Correccional 1.^a Nominación: “Galli, Eugenio Enrique y otros p.ss.aa. de Defraudación calificada”, 2017.
- Cámara Criminal Correccional de San Francisco: “Gandino, Daniel Ramón p.s.a. de Defraudación por administración infiel; Fraude en perjuicio de alguna administración pública; Omisión de los deberes de funcionario público; Malversación de caudales públicos; Falsificación de documentos públicos y Uso de documentos públicos falsos”, 2012.
- Cámara Criminal Correccional de San Francisco: “Gaviglio, Sergio Gabriel p.s.a. de Peculado reiterado, usurpación y falso testimonio”, 2011.
- Cámara Criminal Correccional 11.^a Nominación: “Gioria Hugo Ramón p.s.a. de Negociaciones incompatibles de los funcionarios públicos”, 2010.
- Cámara Criminal y Correccional 7.^a Nominación: “Juárez, Marcos y otros p.ss.aa. de Cohecho activo agravado, etc.”, 2016.
- Cámara Criminal y Correccional de 2.^a Nominación: “Kammerath, Germán Luis – Rodríguez De la Puente, Alejandro Gustavo – Schor Landman, Guillermo p.ss.aa. de Negociaciones incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas”, 2015.
- Cámara Criminal y Correccional 7.^a Nominación: “León, María Eugenia y otro p.ss.aa. de Abuso de Autoridad”, 2017.
- Cámara Criminal y Correccional 9.^a Nominación: “Ligorria, Evaristo Walter Osvaldo y otros p.ss.aa. de Lesiones leves calificadas, severidades ilegales, etc.”, 2016.
- Cámara Criminal y Correccional de Río Tercero: “Magni, Diego Alberto p.s.a. de Peculado”, 2007.
- Cámara Criminal y Correccional 1.^a Nominación de Río Cuarto: “Mattone, Miguel Ángel y Feller, Walter Hugo”, 2006.
- Cámara Criminal Correccional Civil, Comercial, Familia y Trabajo de Deán Funes: “Márquez, Fredi Daniel y otro p.ss.aa. de Cohecho pasivo”, 2015.
- Cámara Criminal y Correccional 1.^a Nominación de Río Cuarto, “Mattone, Miguel Ángel y Feller, Walter Hugo”, 2011.
- Cámara Criminal y Correccional 3.^a Nominación: “Moyano, Pablo José p.s.a. de Exacciones ilegales”, 2009.
- Cámara Criminal Correccional de 2.^a Nominación: “Nazar, Luis Marcelo y otros p.ss.aa. de Exacciones ilegales, etc.”, 2016.
- Cámara Criminal y Correccional de 6.^a Nominación: “Nievas, Gustavo Daniel Ivar. Defraudación so pretexto de remuneración – exacciones ilegales”, 2008.

Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores: “Oliva, Luis Ernesto p.s.a. de Estafa, etc.”, 2016.

Cámara Criminal y Correccional de Villa Dolores: “Sala, Martín Gerardo p.s.a. de Malversación de Caudales Públicos”, 2013.

Referencias legislativas

Código Penal argentino.

Código Procesal Penal de Chile.

Código Procesal Penal de Guatemala.

Código Procesal Penal de Perú.

Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba.

Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén.

Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la provincia de Córdoba.

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ley 906 (Colombia).

Ley 1826 (Colombia).

Ley 1851 (San Juan).

Ley 5020 (Río Negro).

Ley 7661 (Chaco).

Ley 9106 (Mendoza).

Ley 9182 (Córdoba).

Ley 14553 (Buenos Aires).

Apéndices

Entrevistas

- “Muchos te dicen bueno, pero me va a ayudar, me va a ayudar... el fundamento de ellos tiene que ser un fundamento desde su visión, su experiencia, pero [...] se da esa situación, por eso se puede explicar esto que decís vos de la unanimidad” (entrevista Vocal de Cámara).
- “Bueno, el primer día sí, no entendíamos nada [...]. Pero después, cuando fueron pasando los testigos, nos fuimos dando cuenta cómo..., y aparte preguntábamos entre nosotros, los jurados populares, qué opinaban [...]. No opinar, sino qué habían entendido, por qué se lo acusaba de una cosa o la otra, viste. [...], nosotros fuimos sacando conclusiones de qué se trataba [...]. Porque tendrían que habernos dicho desde un primer momento... bueno, eh... ‘las causas de que se lo acusa son por tal y tal cosa’, ¿no? Me parece. Después durante el juicio nos fuimos enterando” (entrevista Jurado Popular interviniente en caso de corrupción).
- “Jurado participante en grupo focal 4 (I3): –En el caso que yo tuve, eran dos policías que recibían coimas para la verificación de los vehículos, había cosas muy técnicas que no las entendimos. Pero en ese caso el tribunal fue bastante claro, hizo como un paréntesis y nos explicó cómo era el grabado, cómo había sido borrado, con qué productos químicos.

Entrevistador (E): –¿Eso lo hacían en el medio de la audiencia?

I3: –Sí.

E: –Se detenía y decía: ‘esto significa tal cosa’.

I3: –Lo aclaraba ahí para que el jurado [...] lo entiéramos, y si después quedaba alguna duda se la preguntábamos al secretario, [...] aparte, en la sala nuestra, o nos acercábamos a alguno del tribunal y se lo podíamos preguntar también”.

Tabla 4. Duración del proceso en días, según tipo de causa

Tipo de causas	Periodo	Promedio	N.º	Mínimo	Máximo
Corrupción	2005 - 2009	1.080,78	9	425	1.603
	2010 - 2013	1.346,40	15	309	4.962
	2014 - 2017	2.877,43	14	726	5.421
	Total	1.847,55	38	309	5.421
Otras	2005 - 2009	777,62	112	171	5.999
	2010 - 2013	941,02	114	198	4.955
	2014 - 2017	845,35	179	42	6.608
	Total	853,55	405	42	6.608
Total	2005 - 2009	800,17	121	171	5.999
	2010 - 2013	988,16	129	198	4.962
	2014 - 2017	992,75	193	42	6.608
	Total	938,81	443	42	6.608

BASES PARA UNA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN (CASO MÉXICO)

Eréndira Contreras Félix

RESUMEN. El trabajo pretende sentar las bases de un proyecto institucional para una investigación criminal exitosa de las fiscalías anticorrupción. La propuesta está en armonía con el Sistema Nacional Anticorrupción, derivado de la reforma constitucional de mayo de 2015, y del cual se creó la *Fiscalía especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción*, instaurada desde enero de 2019, pero que requiere la implementación de mecanismos eficaces contra la corrupción para disminuir así la impunidad actual en México.

Palabras clave: fiscalía anticorrupción; sistema nacional anticorrupción; órgano autónomo; conflicto de interés; corrupción en México.

ABSTRACT. This work aims to lay the foundations of an institutional project for a successful criminal investigation of anti-corruption prosecutors. The proposal is in harmony with the National Anti-Corruption System, derived from the constitutional reform of May 2015, and from which the Office of the Special Anti-Corruption Prosecutor, established in January 2019, was created, but which still requires the implementation of effective anti-corruption mechanisms in order to reduce current impunity in Mexico.

Keywords: Anti-corruption prosecutor; national anti-corruption system; autonomous body; conflict of interest; corruption in Mexico.

Introducción

Sin importar las diferencias sociales, económicas, políticas y culturales de cada país, la corrupción afecta a todos en alguna medida. El desvío de recursos a intereses particulares frena el desarrollo de los Estados, obstaculiza la inversión directa, afecta la generación de empleos y la modernización y crecimiento económico. La persecución penal de la corrupción en México ha sido insuficiente.

Hay distintos niveles de corrupción dependiendo de la situación de la que se trate. Hay conductas, como la entrega de dinero a cambio de no recibir una multa de tránsito o el soborno que se exige para la tramitación o prestación de un servicio público, en la que están involucrados empleados del gobierno que aceptan el soborno debido a los bajos salarios que reciben o, simplemente, para obtener un beneficio aprovechándose de su cargo. Hay otras conductas de corrupción que implican violaciones graves de los derechos humanos. Ejemplo de ello son las relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por el Estado, como ha ocurrido en la venta de medicamentos al sector público a precios excesivos (y la correspondiente repartición económica entre los servidores públicos que autorizan la compra).

Sobre la evidente corrupción y su insuficiente persecución en México, surgen interrogantes: ¿es un problema institucional o social?, ¿los servidores públicos son el origen principal de la corrupción?, ¿el problema se debe a una regulación deficiente de tipos penales y de procedimientos?, ¿el bajo número de investigaciones es el resultado de la ausencia de denuncias o de la corrupción de los investigadores y juzgadores? Y, por último, ¿qué tan real ha sido la investigación y la sanción llevada a cabo por el Estado mexicano en contra de la corrupción?

Este trabajo busca señalar aspectos fundamentales para el correcto funcionamiento de una Fiscalía Anticorrupción en México. El objeto de análisis será únicamente la Fiscalía Federal, denominada Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción (FECC),¹ aprobada a nivel constitucional de

¹ Debido a la división en niveles de gobierno (Federal y Local) en México, el país debe estar conformado por 33 Fiscalías Anticorrupción, ya que cada Estado tiene facultades para tramitar sus procedimientos penales y, además lo hace también la Federación para ciertos asuntos. En ese sentido, no se tiene legislación única en materia penal. Además del ámbito

la mano de la creación de la Fiscalía General Autónoma, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio.²

La corrupción en México

Sistema Nacional Anticorrupción

El 27 de mayo de 2015³ se publicó la reforma y adición de diversas disposiciones de la Constitución mexicana en materia de combate a la corrupción, destacándose la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), integrado por diversos organismos,⁴ y definido por la propia normativa como

federal cada uno de los 32 Estados de la República cuenta con su propia Constitución Política, Código Penal y, hasta antes del 2016, con su Código Procesal Penal. Actualmente todos los Estados y la Federación utilizan el mismo código procesal, denominado “Código Nacional de Procedimientos Penales”. El 18 de julio de 2016 se estableció que los 32 Sistemas Locales Anticorrupción deben integrarse y funcionar de manera similar al SNA, siguiendo los lineamientos de la LGSNA. Situación que a junio de 2020 no se ha implementado en su totalidad. Tal es el caso de Ciudad de México, que todavía no cuenta con Fiscal Anticorrupción, a pesar de ser la capital del país.

² En 2008 se instauró el Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, implementándose en su totalidad hasta el 18 de junio de 2016. En aquel momento, se consideró importante que dentro del sistema acusatorio se contara con un órgano acusador que tuviera la autonomía necesaria para realizar imparcial y objetivamente sus funciones. Dentro de ese contexto legislativo, en la reforma político-electoral del 2014 se aprobó la creación de una Fiscalía General Autónoma, estableciéndose en la constitución que “el Ministerio Público de la Federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”.

³ En el 2012 se impulsó un proyecto de reforma constitucional que establecía la creación de la Comisión Nacional Anticorrupción, dotada de autonomía e independencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, un modelo nacional aplicable a los tres órdenes de gobierno. La iniciativa de reforma no prosperó, pero sin duda es un antecedente importante para el actual sistema implementado. Sobre el particular véase profundamente el análisis de Ontiveros: *El Ministerio Fiscal*, 423-441.

⁴ Hay un Comité Coordinador, responsable de establecer los mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional Anticorrupción, así como de diseñar, promocionar y evaluar las políticas públicas de combate a la corrupción. Está integrado por los titulares de las siguientes instituciones: i) Auditoría Superior de la Federación: Fiscaliza el uso de los recursos públicos federales; ii) Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; iii) Secretaría de la Función Pública: Vigila los actos u omisiones de los servidores públicos federales, audita el gasto de recursos federales y coordina a las Contralorías de las dependencias federales y, entre otras funciones sanciona las faltas administrativas consideradas como no graves; iv) Consejo de la Judicatura Federal: Encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial federal; v) Consejo de Participación Ciudadana: Integrado por cinco ciudadanos destacados por su contribución en transparencia, rendición de cuentas o represión de la corrupción. Es la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y

la instancia de coordinación entre distintas autoridades federales y locales para combatir eficazmente a la corrupción. Con la creación del SNA se publicaron leyes secundarias nuevas⁵ y algunas reformas a las existentes.⁶

Los ejes fundamentales del SNA son:

- i) Sanciones administrativas para los servidores públicos por hechos de corrupción (clasificando las conductas en graves⁷ y no graves⁸).

académicas involucradas con el Sistema Nacional Anticorrupción; vi) Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales: órgano encargado de transparentar la información pública y garantizar el cumplimiento de los derechos de acceso a la información pública y la protección de datos personales; vii) Tribunal Federal de Justicia Administrativa: Imparte justicia fiscal y administrativa en el orden federal con plena autonomía. Conoce de los juicios que se promuevan en contra de resoluciones definitivas por las que se impongan sanciones administrativas. Adicionalmente, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los Sistemas Locales Anticorrupción están conformados por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación y de la Secretaría de la Función Pública, así como por 7 miembros rotatorios. Se encargan de establecer acciones y mecanismos en torno a la fiscalización de los recursos públicos.

⁵ i) Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción: Instaure las bases de coordinación entre la Federación y las entidades federativas. Señala las bases mínimas para la prevención de hechos de corrupción y faltas administrativas, así como para la emisión de políticas públicas integrales en el combate a la corrupción, (18 de julio de 2016); ii) Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA): Establece las competencias de los órdenes de gobierno para regular las responsabilidades, obligaciones y sanciones de los servidores públicos y particulares, (18 de julio de 2016, con última reforma el 13 de abril de 2020); iii) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa: Establece la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal como órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena, (18 de julio 2016); iv) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación: Regula las facultades de la ASF referente a la revisión y fiscalización de la Cuenta Pública, incluyendo la facultad de presentar denuncias penales, administrativas y juicio político, (18 de julio de 2016, con última reforma el 11 de enero de 2021).

⁶ i) Ley Orgánica de la entonces llamada PGR para establecer las funciones y atribuciones de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, (18 de julio de 2016); ii) Código Penal Federal para armonizar los tipos penales con el SNA, incluyendo un título sobre Delitos por hechos de corrupción, (18 de julio de 2016); iii) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para establecer el papel de la Secretaría de la Función Pública como Institución fundamental del combate a la corrupción, (29 de diciembre de 1976, con última reforma el 11 de enero del 2021).

⁷ Las faltas graves de los servidores públicos son cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, actuar bajo conflicto de interés, contratación indebida de quien se encuentre impedido, enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato y obstrucción de la justicia.

⁸ Las faltas consideradas como no graves son la omisión de cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, omitir denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir. Así mismo, no atender las instrucciones de sus

- ii) Sanciones para los particulares por faltas administrativas consideradas graves.⁹
- iii) Combate a los delitos por hechos de corrupción, cometidos por servidores públicos y/o particulares.
- iv) Fiscalización y rendición de cuentas.¹⁰

Estudios sobre la corrupción en México

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) hizo estimaciones sobre el número de víctimas y actos de corrupción en trámites, pagos, solicitudes de servicios públicos y otro tipo de contacto con las autoridades durante 2017. La población que tuvo contacto con algún servidor público y experimentó al menos un acto de corrupción fue de 14.635 por cada 100.000 habitantes a nivel nacional.¹¹

Otro estudio interesante fue el de la organización no gubernamental México Evalúa, enfocada en la construcción de obra pública (identificado

superiores –siempre que estas sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público–; no presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses; omitir registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, divulgación, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebido. También se contempla el hecho de no supervisar a sus subordinados; no rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones, en términos de las normas aplicables; no colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte o no cerciorarse de la actualización de un conflicto de interés, antes de la celebración de contratos de adquisiciones, arrendamientos o para la enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza o la contratación de obra pública o servicios relacionados con esta.

⁹ Las faltas cometidas por los particulares que prevé la LGRA son: soborno, participación ilícita en procedimientos administrativos, tráfico de influencias, utilización de información falsa en procedimientos administrativos, obstrucción de facultades de investigación, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida de exservidores públicos. Respecto a las personas jurídicas, la LGRA establece que solo pueden ser sancionadas administrativamente, por las faltas consideradas como graves, entre las que se encuentran el soborno, la participación ilícita de procedimientos administrativos, tráfico de influencias, utilización de información falsa, obstrucción de facultades de investigación, uso indebido de recursos públicos y contrataciones indebidas. Las medidas cautelares más graves que prevé la LGRA son la suspensión temporal del servidor público y el embargo precautorio de bienes, así como el aseguramiento o intervención precautoria de negociaciones.

¹⁰ En la rendición de cuentas se encuentra el Sistema de Evaluación Patrimonial, el Sistema de Declaración de Conflicto de Interés y la Constancia de declaración fiscal.

¹¹ Véase <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSeg-Pub/encig2018_03.pdf>.

como el sector más corrupto del mundo).¹² La Métrica de Transparencia de la Obra Pública (MeTrOP) evaluó las tres grandes etapas de la obra pública: precontratación, contratación y postcontratación. Según el análisis en México no hay mecanismos de rendición de cuentas implementados para la fase previa a la contratación, por lo que no se conoce el sustento de la necesidad de la contratación. El 60% de los fallos (principal documento de rendición de cuentas del proceso de asignación del contrato) no está publicado. Tampoco hay un mecanismo de rendición de cuentas para la fase postcontractual. El estudio señala que la información de las tres etapas está desarticulada, por lo que no es posible rastrear un proyecto de inversión, una obra pública o un contrato a través de todas sus fases. Por lo tanto, no hay acceso a la documentación (si es que existe) que justifique los desfases de presupuesto o de tiempos que ocurren en casi todos los casos. En términos generales no se cumple con la totalidad de las obligaciones de transparencia marcadas en la normatividad, lo que sin duda aumenta los riesgos de corrupción en las transacciones.¹³ La total falta de cuidado en la vigilancia y transparencia de dichas operaciones promueve la comisión de conductas corruptas tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) realizó un estudio en el que analizó 700.000 procedimientos de contratación pública del periodo 2012 a 2017. El IMCO determinó el índice de riesgos de corrupción en ese sector, e identificó los órganos de gobierno más susceptibles a verse involucrados en situaciones de corrupción en torno a la contratación pública. Sobre los datos que revela el estudio se encuentra que en cada cambio de administración presidencial cambian las empresas que “ganan” las contrataciones.¹⁴

Por otro lado, un estudio reciente de la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex) encontró que el 44,2% de los empresarios

¹² Véase <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2016/09/MeTrOP_completo.pdf>.

¹³ Véase <<https://www.mexicoevalua.org/2016/04/29/>>.
[metrop-antidoto-vs-la-corrupcion-2/>](https://www.mexicoevalua.org/2016/04/29/>).

¹⁴ Véase <https://imco.org.mx/articulo_es/indice-riesgos-corrupcion-sistema-mexicano-contrataciones-publicas/>.

en México ha sido víctima de algún delito, y que el 43,2% ha experimentado algún acto de corrupción.¹⁵

Relación de la Fiscalía Especial de Combate a la Corrupción (FECC) con la Fiscalía General de la República (FGR)

En marzo de 2014 se creó la FECC como un órgano administrativo adscrito a la Oficina del Fiscal General, teniendo por objeto la investigación y persecución de los delitos relacionados con hechos de corrupción de competencia federal, así como cualquier otro delito cometido por un servidor público federal en el desempeño de un empleo, cargo o comisión.¹⁶ Casi tres años después, en abril del 2017, se reconoció expresamente a la FECC como un órgano con autonomía técnica y operativa.¹⁷ Sin embargo, la operatividad real de la FECC quedó sujeta a la FGR.¹⁸

¹⁵ Véase <<https://coparmex.org.mx/data-coparmex/data-coparmex-mxsincorruptcion/>>. Al respecto es importante resaltar el análisis elaborado en 2018 por PricewaterhouseCoopers, S.C., denominado “Contrastes y oportunidades en el sistema anticorrupción mexicano”. En él se destaca la participación del sector privado, como lo demuestra la Encuesta de Delitos Económicos 2018, edición México, que indica que el 87% de las organizaciones cuenta con un programa de cumplimiento. Sin embargo, solo el 31% afirma haber realizado un análisis de riesgos en temas de soborno y corrupción, situación que incrementa las posibilidades de que los empresarios o sus empleados intervengan en actos de corrupción. Véase <https://www.pwc.com/mx/es/archivo/2019/20190227-contrastes-y-oportunidades-en-el-sistema-anticorruptcion-mexicano.pdf?utm_source=Website&utm_medium=SiteABAC&utm_content=DescargaPDF>.

¹⁶ Revisar el Acuerdo A/011/14 emitido por el Procurador General de la República.

¹⁷ Revisar los Acuerdos A/011/14 y A/029/17 emitidos por el Procurador General de la República.

¹⁸ En diciembre de 2018 se expidió y entró en vigor la Ley Orgánica de la FGR, determinando como fines: investigar los delitos y el esclarecimiento de los hechos; otorgar una procuración de justicia eficaz, efectiva, apegada al derecho, que contribuya a combatir la inseguridad y disminuirla; prevenir el delito; fortalecer el Estado de derecho en México; procurar que el culpable no quede impune; así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición de las víctimas, de particulares y de la sociedad en general. La FGR en su Ley Orgánica incluyó la creación de un Consejo Ciudadano, integrado por 5 ciudadanos, señalando que estos deben ser de probidad y prestigio, y que se hayan destacado por su contribución en materia de procuración e impartición de justicia, investigación criminal y derechos humanos, y estableciendo que dicho Consejo podrá emitir opiniones y recomendaciones públicas, respecto de las cuales, si bien no serán vinculantes, el Fiscal General y los órganos de la Fiscalía deben pronunciarse expresamente. La creación del Consejo Ciudadano es una herramienta novedosa para controlar una correcta rendición de cuentas sobre la institución. Sin embargo, se identifican algunas deficiencias, como lo es que el Fiscal General tiene la posibilidad de remover a los miembros del Consejo cuando considere que sus recomendaciones

Lo importante a destacar es que: i) el Fiscal General durará 9 años en su cargo,¹⁹ ii) el titular de la FECC será nombrado y removido por el Fiscal General, y iii) el periodo presidencial será de 6 años.²⁰

Del procedimiento establecido se estima que puede haber parcialidad para el nombramiento del Fiscal Anticorrupción, pues queda sujeto a la decisión del Fiscal General sin que se establezca un procedimiento especial para su selección. La normativa únicamente señala que el nombramiento y remoción puede ser objetado por el Senado con el voto de dos terceras partes de los miembros presentes, pero si no se pronuncia, se entenderá que no tiene objeción. En febrero de 2019 se nombró a la primera persona para el cargo de titular de la FECC.²¹

Propuesta de modelo de Fiscalía Anticorrupción mexicana Atender los desafíos actuales

Hablar de una transformación total es utópico, pues no se va a lograr jamás con el cambio de funciones de una institución, reformas legislativas o la contratación de nuevos empleados públicos. Lo problemático no solo es la norma, sino los valores y principios éticos de las personas. Existen empleados públicos sin una exacta valoración ética de la importancia y trascendencia de su función, lo que abre el camino a la corrupción, en muchos casos fomentada por la sociedad y el sector privado.²² Por lo tanto, la

generan una intromisión en aspectos sustantivos de función ministerial o cuando divulguen información clasificada como reservada o confidencial.

¹⁹ El periodo del nombramiento del Fiscal General se puede considerar extenso. Antes no había un plazo previsto para ocupar el cargo de Procurador. Podía ser nombrado por un presidente y continuar con el cargo en el siguiente sexenio, sin embargo, lo que generalmente ocurría era que cada presidente nombraba a la persona de su confianza. En los últimos 30 años no hubo ningún procurador que durara todo el sexenio de un presidente. Por ejemplo, con la administración 2012-2018 se nombraron 3 procuradores y 1 encargado, dejando en evidencia la dificultad de permanecer en el cargo.

²⁰ En términos de lo previsto en la Constitución, el procedimiento para la elección del Fiscal General consiste en que el Senado envía al presidente una lista de 10 candidatos, de los cuales se elige una terna para que el Senado seleccione a la persona que ocupará el cargo. Actualmente la mayoría de los miembros del Senado pertenecen al mismo partido político.

²¹ Revisar el Acuerdo A/003/2019 emitido por el Fiscal General de la República.

²² Al respecto, Elorduy refiere que algunos gobernantes no cuentan con una exacta valoración ética sobre la importancia y trascendencia de su función, lo que abre el camino hacia

corrupción está vinculada a los componentes éticos de los grupos sociales que la conforman, de modo que altera los valores que atañen a la administración de los intereses comunes,²³ y agrava la pobreza, la inseguridad, la salud y el desempleo.²⁴

Por la situación expuesta, la FECC debe ser un órgano capaz de cumplir con el objetivo del SNA, adhiriéndose a las mejores prácticas internacionales para dar cumplimiento a su mandato constitucional de manera eficiente y efectiva. Lo que se puede lograr a través de acciones bien delimitadas y concretas, esencialmente en los ámbitos estructural y funcional, enfrentándose actualmente a cuatro desafíos principales.

El primero de los desafíos que se debe atender, y uno de los que se considera más complicados, es sobre la necesidad del cambio de mentalidad en la sociedad y en los servidores públicos mexicanos sobre la “zero tolerancia a la corrupción”. Ello considerando que se ha normalizado la comisión de actos corruptos, pues, como se ha señalado, parece que la sociedad solo reprocha algunas conductas, a saber, las “más graves”. En ese sentido, se propone establecer estrategias de concientización social como las que han sido implementadas por el Departamento de Relaciones con la Comunidad de la Fiscalía Anticorrupción de Hong Kong.²⁵

El segundo desafío es que la FECC cuente con autonomía, lo que no implica que deje de ser parte de la FGR. La autonomía debe entenderse como independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, lo que incluye las investigaciones y las determinaciones.

El tercer desafío es abatir el rezago de investigaciones o procesos sin resolver, identificando: i) los casos relevantes, y ii) los asuntos que sí tienen elementos suficientes para continuar con el procedimiento, ya sea desde la investigación o en juicio, y determinar que los asuntos que no cuenten con sustento o indicios suficientes se deberán archivar, para así enfocar los

la corrupción cuando pierden de vista por qué y para quién gobiernan, lo que genera una descomposición global en ausencia de normas éticas, jurídicas e incluso de referencias morales para el comportamiento de personas. Elorduy: *Revista Iuris Tantum* 11, 2000, 23.

²³ Sabán Godoy: *El marco jurídico*, 57.

²⁴ Centro de Investigación y Docencia Económicas: *Hacia una política nacional anticorrupción*, 10.

²⁵ Al respecto, véase profundamente el trabajo de Lucena Cid: *La lucha contra la corrupción política*, 179-181.

esfuerzos en los asuntos que puedan llegar a una sentencia condenatoria. Lo que implica que se debe establecer un mecanismo de priorización de casos, mediante el cual se tenga control y seguimiento de los avances y los resultados.

La FGR debe ser un ente de investigación eficaz que proporcione los elementos suficientes que acrediten las conductas corruptas y ellas puedan ser sancionadas en sede judicial. La prevención de los actos de corrupción debe ser prioridad de la FGR, en coordinación con otros órganos de gobierno. Los datos actuales son alarmantes, pues según la información que publica la propia FGR, en el Informe 2019 de la Visitaduría General de la FGR (encargada de investigaciones a servidores públicos de la institución), tenían en trámite 1.640 investigaciones,²⁶ 2 órdenes de aprehensión cumplimentadas y se había ejercido acción penal en contra de 1 persona. Sin embargo, respecto a los años anteriores no hubo mucho cambio. En 2018 se tenían en trámite 1.032 investigaciones,²⁷ se ejerció acción penal en contra de 7 personas, se cumplimentaron 2 órdenes de aprehensión, se removieron 4 servidores públicos y se logró solo una sentencia condenatoria, sin que se especifiquen mayores datos al respecto. No se conocen el tipo de delito, los hechos, ni qué servidores o particulares estuvieron involucrados.²⁸ Otro dato que señalan las estadísticas publicadas por la FGR en su informe 2012-2018 es que en el 2017 solo el 30% de los asuntos en los que se ejerció acción penal derivaron en un auto de formal prisión (sistema tradicional) o autos de vinculación a proceso (sistema acusatorio) y un 34% de cumplimiento de órdenes de aprehensión y reaprehensión.²⁹ Los datos resultan preocupantes habiendo tantos casos públicos de corrupción.

²⁶ De las cuales 1,425 son carpetas de investigación (sistema acusatorio) y 215 averiguaciones previas (sistema inquisitivo mixto).

²⁷ 731 averiguaciones previas (sistema inquisitivo mixto) y 1001 carpetas de investigación (sistema acusatorio).

²⁸ Véase <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/389890/Informe_de_Resultados_Enero_2018.pdf>.

²⁹ Véase Informe de Rendición de Cuentas PGR, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/415526/Informe_de_Rendici_n_de_Cuentas_de_Conclusi_n_de_la_Administraci_n_2012-....pdf>, 19 y 20.

Las cosas no han cambiado mucho, pues, a un año de haberse constituido formalmente la FECC, hay poca transparencia y eficacia en sus investigaciones. Según el informe presentado por la titular de la FECC en marzo de 2020, durante el periodo comprendido entre abril de 2019 y enero de 2020 se habían recibido 810 denuncias y 348 solicitudes de facultad de atracción, sumando un total de 1.158 expedientes, de los cuales se iniciaron 950 investigaciones. Los principales delitos investigados fueron peculado (314 investigaciones), uso ilícito de atribuciones y facultades (136 investigaciones), ejercicio ilícito de servicio público (129 investigaciones) y enriquecimiento ilícito (93 investigaciones).³⁰ De las 950 investigaciones iniciadas, los ministerios públicos emitieron 196 determinaciones, 108 declinando la competencia a otras áreas y de las 88 restantes 31 fueron acumuladas con otras investigaciones, en 8 se utilizaron mecanismos alternativos de solución de controversias y 6 se judicializaron.³¹ En el informe emitido por la FECC no se hace referencia a alguna sentencia condenatoria. De las 6 investigaciones judicializadas no se conoce si se vincularon a proceso o si algún asunto llegó a juicio.

Bases para la Fiscalía Anticorrupción

Autonomía del Fiscal Anticorrupción

La elección del Fiscal Anticorrupción es realizada por el Fiscal General, lo que evidentemente puede tener tintes políticos, pues no hay una selección real derivada de las capacidades personales que deben tener los que lleven a cabo una función tan importante.

El Fiscal Anticorrupción puede ser subordinado del Fiscal General, pero a la vez lo suficientemente independiente para no dejarse influenciar ni intimidar por cuestiones políticas. La normativa vigente no asegura

³⁰ Los otros delitos son abuso de autoridad (69 investigaciones), cohecho (49 investigaciones), delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos (41), ejercicio abusivo de funciones (36 investigaciones), encubrimiento (16 investigaciones), violación a los deberes de humanidad (6 investigaciones), fraude (6 investigaciones) e intimidación (5 investigaciones).

³¹ Véase <http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4019055_20200312_1584137010.pdf>, 7 y 8.

dicha autonomía, en principio debido a su designación, pero, además, varias de las atribuciones sustantivas se supeditan a la autorización de su superior. Esto implica que tanto el presupuesto de la FECC como la designación, transferencia y remoción de su personal dependerán de la aprobación del Fiscal General. En ese contexto, resulta improbable que la FECC lleve a cabo investigaciones libres e independientes. Al margen de ello, no hay que olvidar que constitucionalmente la función de investigar delitos es facultad exclusiva del Ministerio Público, por lo que forzosamente la FECC dependerá de la FGR, de lo contrario tendría que haber una reforma constitucional que determinara ministerios públicos para la investigación de todos los delitos y otros exclusivamente para temas de corrupción.

En ese sentido, para disminuir el riesgo de actuar a discreción del Fiscal General o de alguna corriente política, se propone el siguiente procedimiento de elección del Fiscal Anticorrupción:

- i) A través de un Comité de Evaluación integrado por el Fiscal General, los fiscales de los Estados, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembros de la sociedad que cumplan con el perfil de especialistas en derecho penal (como miembros de Colegios de Abogados, académicos y abogados postulantes), debe ser lanzada una convocatoria pública abierta a todos lo que cumplan con los requisitos académicos y profesionales requeridos.
- ii) Los requisitos académicos y profesionales mínimos serán: a) ser abogado y haberse desempeñado durante 10 años³² continuos de forma destacada en actividades profesionales relacionadas con la materia penal, y b) no haber sido Secretario de Estado, Fiscal General o Estatal, Senador, Diputado Federal o local, Gobernador o Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, durante los 3 años previos a su nombramiento.
- iii) Una vez acreditados los requisitos académicos y profesionales, todos los participantes deberán elaborar una carta de exposición de motivos y una evaluación de conocimientos que deberán aprobar.

³² Se considera que en ese tiempo es posible adquirir la experiencia mínima necesaria para desempeñar la función.

- iv) Las tres evaluaciones con mayor puntaje deberán realizar una exposición y una entrevista pública ante los miembros del Comité de Evaluación, quienes mediante voto secreto elegirán al candidato ganador.

La propuesta anterior no está muy alejada de la realidad de México, pues hay procedimientos parecidos en otros órganos constitucionales autónomos, como la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones,³³ en los que un Comité de Evaluación integrado por los titulares de tres instituciones lanza una convocatoria pública abierta a todos lo que cumplan con los requisitos académicos y profesionales solicitados. Los aspirantes que llenen los requisitos realizan un examen de conocimientos en la materia, y es el Comité de Evaluación quien envía al presidente de la República una lista de tres a cinco aspirantes que hayan aprobado con la calificación más alta. Una vez que el presidente elige al candidato, lo presenta ante el Senado, para su ratificación. Con dicho procedimiento se crea mayor transparencia en la elección de los Comisionados, y se disminuye la posibilidad de que sean nombramientos por conveniencia e intereses políticos, o por lo menos hay mayor certeza sobre las capacidades profesionales del candidato.

Adicionalmente, es importante establecer un procedimiento especial para investigar objetiva e imparcialmente al Fiscal General o al Fiscal Anticorrupción, así como en los casos en que exista algún conflicto de interés. Por ejemplo, la Comisión de Conflicto de Interés y Ética de Canadá, independiente al Parlamento, ha iniciado investigaciones en contra del Primer Ministro de dicho país.³⁴

El hecho de que el Fiscal Anticorrupción sea nombrado por el Fiscal General no implica que deba ser un funcionario corrupto, pero sí aumenta la posibilidad de que atienda intereses políticos de su superior, quien además es nombrado por la mayoría del poder legislativo. Esto puede convertirse en un círculo de amistades, favores y deudas, que deje de lado la investigación y represión de la corrupción y que lleve, inclusive, a que se

³³ Ver artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁴ Savoie y Thibodeau: *Conflict of Interest*.

realicen pesquisas en contra de enemigos políticos. La autonomía prevista actualmente para la FECC no debe convertirse en inmunidad para el Fiscal General, el Fiscal Anticorrupción o sus allegados políticos o personales.

Prevención, detección, investigación y procesamiento de hechos vinculados a la corrupción

La Fiscalía Anticorrupción se deberá encargar de la prevención, detección, investigación y persecución de hechos vinculados a la corrupción, con miras a la imposición de una condena y a su cumplimiento.

i) Prevención.

Con el objetivo de generar los insumos necesarios para la elaboración y el diseño de programas estratégicos y los lineamientos de prevención de conductas de corrupción se debe procurar la creación y aplicación de normativa que responda a nuevas exigencias. En ese entendido, la FECC, a través de la Coordinación de Métodos de Investigación,³⁵ debe cumplir los siguientes objetivos preventivos:

- Identificar las actividades de alto riesgo o sectores prioritarios.
 - Incentivar actuaciones honestas de los servidores públicos.
 - Detectar los riesgos asociados a la corrupción, analizando el tipo de personas (físicas y/o jurídicas) y los vínculos que tienen (familiares, políticos o grupos de interés económico).
 - Establecer parámetros para que las empresas implementen controles internos.
 - Lograr una correcta coordinación con instituciones públicas nacionales e internacionales para la obtención de información.
 - Establecer mecanismos funcionales de transparencia y rendición de cuentas.
 - Regular con claridad los conflictos de interés.
- ii) Detección, investigación y procesamiento de hechos vinculados a la corrupción.**

³⁵ Véase Acuerdo A/007/19 por el que se instala la Coordinación de Métodos de Investigación, de la Fiscalía General de la República, <https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5552123&fecha=07/03/2019>.

A través de un proceso sistemático, ético y lícito se deben recopilar, clasificar y analizar los datos obtenidos, los cuales deben ser entregados a la policía de investigación o a los fiscales investigadores para que los utilicen con la mayor racionalidad posible con el fin de iniciar investigaciones o definir líneas de investigación de asuntos en trámite.³⁶ En ese sentido, con la obtención, análisis y procesamiento de grandes volúmenes de datos (*Big Data*) se debe generar un incremento de la eficiencia operativa para la adquisición y análisis de información, así como para identificar patrones de conducta. Para lograrlo se debe contar con tecnología especializada para mejorar los procesos de análisis y validación de la información, acorde con las mejores prácticas internacionales.³⁷ Además, se debe establecer cooperación interinstitucional por medio de convenios de acceso a registros de información con el fin de complementar y dar seguimiento a las líneas de investigación que servirán, entre otras cosas, para la creación de redes de vínculos.

Para definir las líneas de investigación se debe tener en cuenta que hay diversos delitos relacionados con corrupción, y puede ser que una misma conducta típica sea cometida por motivos y sujetos distintos, con grados variables de organización, conocimiento y capacidad, pues se puede tratar de empresarios deshonestos o de delincuentes de carrera.³⁸ En ese sentido, no es correcto establecer las mismas líneas de investigación. Se deberán identificar patrones de conducta existentes o en evolución, así como realizar análisis de perfiles tanto de los servidores públicos que se corrompen como de las personas físicas y jurídicas que intervienen en actos de corrupción. Con la elaboración de redes de vínculos es posible conocer los flujos de recursos, conexiones y relaciones jerárquicas y de coordinación que guardan entre sí quienes cometen conductas de corrupción. Es importante dar especial seguimiento e iniciar un proceso de revisión técnico-jurídica para conocer el estado o grado de avance de las investigaciones en trámite y, dado el caso, generar nuevas líneas de investigación que permitan su perfeccionamiento y su determinación.

³⁶ Torres Estrada y Quintos: *La inteligencia*, 1.

³⁷ Torres Estrada y Quintos: *La inteligencia*, 17-21.

³⁸ Clarke y Eck: *60 pasos*, 61.

En ese sentido debe conducirse la actual Coordinación de Métodos de Investigación, entendida como una herramienta estratégica para la toma de decisiones de las otras Unidades Especializadas. Debe estar compuesta por varios elementos indivisibles con un propósito común: convertir la información disponible en conocimiento operable para identificar, reducir, interrumpir, prevenir y combatir las conductas de corrupción, por medio de una gestión estratégica y eficaz. Debe proporcionar a los fiscales los datos relacionados con posibles conductas de corrupción, a fin de iniciar investigaciones, definir líneas de investigación e identificar patrones delictivos para la prevención y el combate. Esta Coordinación debe apoyarse en el método BASE (búsqueda, análisis, seguimiento y evaluación).³⁹ Se deben crear bases de datos y tener colaboración de organismos o entes de cualquier naturaleza (pública o privada) convenientes para el desarrollo del banco de datos estadísticos. Una de sus funciones debe consistir en dar claridad al hecho que se va a investigar o que se investiga, subsanar los vacíos de la información y, además, orientar la construcción de la teoría del caso y apoyar la planificación de las investigaciones y las actividades que se deriven para esos fines.

Sistema de carrera

Las conductas indebidas de los servidores públicos tienen trascendencia innegable en perjuicio del orden social. La consecuencia de atentar directamente contra la sociedad, base del Estado, debe ser combatida con todo el rigor. Por ello, además de las modificaciones constitucionales y legales que se han indicado en torno al SNA y a fin de dar debido cumplimiento a las recomendaciones emitidas a México en el marco de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se propone lo siguiente:

- Darle prioridad al Servicio Profesional de Carrera seleccionando a los mejores postulantes, lo que posibilitaría la profesionalización, el ascenso y la estabilidad laboral del servidor público.

³⁹ Clarke y Eck: *60 pasos*, 52-65.

- Tener mayor rigor en las evaluaciones de control de confianza a las que son sometidos los servidores públicos, siendo necesario que se aplique en los tres ámbitos de gobierno.
- Profesionalizar y capacitar al servidor público sobre su trabajo para que lo lleve a cabo dotado de los valores que se requieren para que sea consciente de lo que implica pertenecer al servicio público.

La estabilidad en un cargo público puede generar dos efectos: i) que el servidor público evite cometer conductas de corrupción por miedo a perder su empleo o ii) que la estabilidad fomente la corrupción al sentirse seguro en el cargo. Esto debe analizarse teniendo en cuenta otros factores.

Se deben exigir una especialización acreditable en la función que desempeñen y unas horas mínimas de capacitación semestral. Se deben practicar exámenes de conocimientos por lo menos una vez al año. La falta de recursos no debe ser un pretexto para no capacitar a los servidores públicos, pues existen organismos internacionales que proporcionan capacitación de forma gratuita.⁴⁰

Es de esperar que el fortalecimiento de la FECC, particularmente a través de la profesionalización, impacte de manera positiva en cualquier acción de abatimiento de las conductas de corrupción. Por ello, para investigar y sancionar es primordial la capacitación y profesionalización de los fiscales y policías, no solo desde el aspecto sustantivo y procesal penal, sino también en materias como contabilidad, finanzas y auditoría.

Conclusiones

La experiencia en México es que no hay una persecución eficiente de las conductas corruptas. Existen datos que se conocen y que reflejan la impunidad en la que se vive. Por ejemplo, como fue señalado por la OCDE, no hay sentencia condenatoria por el delito de cohecho internacional. En el informe emitido en marzo de 2020 por la FECC, a un año de su funcionamiento no se menciona la obtención de una sola sentencia condenatoria por algún delito relacionado con hechos de corrupción.

⁴⁰ Ejemplo de ello es la denominada “Iniciativa Mérida”, capacitación proporcionada por la Embajada de Estados Unidos de América a empleados del gobierno mexicano.

Los tres desafíos principales a los que se enfrenta la FECC son: i) cambio de mentalidad en la sociedad y en los servidores públicos mexicanos hacia la “cero tolerancia a la corrupción”; ii) contar con autonomía en la toma de decisiones, lo que incluye las investigaciones y determinaciones que emitan; y iii) abatir el rezago de investigaciones o procesos sin resolver. Además de ello, que la selección del Fiscal Anticorrupción sea llevada a cabo a través de un Comité de Evaluación, que emita una convocatoria pública abierta a todos lo que cumplan con los requisitos académicos y profesionales requeridos. Con ello, disminuyen las posibilidades de que sea un nombramiento que obedezca a intereses políticos.

Se debe establecer un procedimiento especial que permita investigar objetiva e imparcialmente al Fiscal General o al Fiscal General Anticorrupción, así como en los casos en los que exista algún conflicto de interés.

Tal y como fue recomendado por el mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, es necesario reforzar el Servicio Profesional de Carrera, seleccionando a los mejores postulantes, estableciendo mayor rigor en las evaluaciones de control de confianza y capacitando continuamente a los servidores públicos.

Bibliografía

- Bacigalupo Silvina, Lizcano Jesús: *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Madrid: Eurosocial, 2013.
- Burneo Labrín, José A.: “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Derecho PUCP*, Perú, [file:///D:/Users/econtrerasf/Downloads/Dialnet-CorrupcionYDerechoInternacionalDeLosDerechosHumano-5085242%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/econtrerasf/Downloads/Dialnet-CorrupcionYDerechoInternacionalDeLosDerechosHumano-5085242%20(1).pdf) (16.10.2018).
- Cabezas, Víctor: “La Ley FCPA ¿un caso de jurisdicción universal?”, en *USFQ Law Review*, 2 (1), https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_005.pdf (25.08.2019).
- Centro de Investigación y Docencia Económicas: *Hacia una política nacional anticorrupción. Bases para una discusión pública (documento para discusión)*, México: CIDE, 2018.

- Clarke, Ronald V. y John E. Eck: Arturo Gutiérrez Aldama (ed.), *60 pasos para ser un analista delictivo*, México: Center for Prolem-Oriented Policing e Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- Conill Sancho, Jesús: “La Intervención de la Autonomía”, en *Revista Eidon de la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la Universidad de Valencia*, 39, 2013, <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39655251/KANT.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1538615820&Signature=T2zJsp%2FdLMRQ%2BYnrQNjSLVu6U3g%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DKANT.pdf> (23.06.2019).
- Elorduy, María del Carmen: “La corrupción en la administración pública”, en *Revista Iuris Tantum*, XV (11), México, 2000.
- Fernández Delgado, Miguel Ángel y José Luis Soberanes Fernández: *Antecedentes Históricos de la Responsabilidad de los Servidores Públicos en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/907/3.pdf> (19.01.2019).
- Huber, Bárbara: “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en Miguel Ontiveros Alonso, *Aportes Fundamentales al Derecho Penal*, México: Ubijus Editorial, 2010, 73-96.
- Lucena Cid, Isabel Victoria: “La lucha contra la corrupción política. Hong Kong un modelo de buenas prácticas”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Universidad Pablo de Olavide, Ediciones Complutense, 2016.
- Matute González, Carlos: “Los Organismos Autónomos Constitucionales”, en *Revista de Administración Pública* 138 (3), México, 2015, 15-35.
- Ontiveros Alonso, Miguel: (2017) *El Ministerio Fiscal en el combate a la corrupción: experiencias y perspectivas desde los sistemas penales de Iberoamérica*, en Fabian Caparrós – Eduardo A. – Miguel Ontiveros Alonso – Nicolás Rodríguez García, México: Ubijus, Inacipe, Grupo de Estudio sobre la Corrupción de la Universidad de Salamanca.
- Palacios Prieto, Alejandra: “La COFECE como órgano constitucional autónomo”, en *Revista de Administración Pública* 138 (3), México, 2015, 155-188.
- Pedroza de La Llave, Susana Thalía: “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en José Ma. Serna de la Garza – José Antonio Caballero Juárez, *Estado de Derecho y Transición Jurídica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/306/7.pdf> (12.10.2018).
- Sabán Godoy, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, España: Civitas, 1991.

- Santiago Quintos, Óscar Aaron y Pedro Rubén Torres Estrada: *El analista en el nuevo sistema de justicia penal*, México: Ubijus-Inacipe, 2017.
- Savoire, Alexandra y Maxime-Oliver Thibodeau: *Conflict of Interest at Federal Level: Legislative Framework, Economics, Resources and International Affairs Division Parliamentary Information and Research Service*, Canada, 2018, <<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2010-92-e.pdf>> (27.11.20).
- Torres Estrada, Pedro Rubén y Óscar Aarón Santiago Quintos: *La inteligencia en el nuevo sistema de justicia penal. Diseño e implementación de una Unidad de Análisis de la Información para la persecución del delito*, México: Inacipe, 2015.
- Vignettes Del Olmo, Mario: “La ventaja legítima en el análisis de inteligencia”, en *Revista de Administración Pública*, 50 (1), Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2015, 51-67.

IV

**POLÍTICA CRIMINAL E HISTORIA
DE LA CORRUPCIÓN**

DERECHO PENAL Y LUCHA ANTICORRUPCIÓN EN LA AGENDA LEGISLATIVA COLOMBIANA

RECIENTE: INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL, REPRESIÓN Y ESCASA REFLEXIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Gustavo Emilio Cote Barco

RESUMEN. Este trabajo proporciona un panorama o mapa general sobre la manera en que la agenda legislativa colombiana en materia de corrupción se ha movido en los últimos años, concretamente en el campo del derecho penal. El objetivo es llamar la atención sobre tres puntos: i) la influencia del derecho internacional sobre el derecho interno, ii) el carácter represivo de las medidas propuestas y iii) la ausencia de reflexión político-criminal rigurosa al respecto. Para esto, aquí se reseña, en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre corrupción. En segundo lugar, se aborda el concepto de “actos de corrupción”, así como su expansión progresiva. Posteriormente, se discuten dos propuestas recientes de reforma legislativa, una finalmente aprobada y otra fallida; la primera sobre eliminación de beneficios punitivos en casos de condena por tipos penales susceptibles de ser considerados como corrupción, y la segunda en torno de la adopción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para finalizar, se presenta un resumen de las principales reflexiones hechas en el texto.

Palabras clave: corrupción, política criminal, derecho penal colombiano, derecho internacional, reformas legislativas.

ABSTRACT. This work provides an overview or general map of the way in which the Colombian legislative agenda on corruption has moved in recent years, specifically in the field of criminal law. Its objective is to call attention to three points: i) the influence of international law on domestic law; ii) the repressive nature of the proposed

measures; and iii) the absence of rigorous political-criminal reflection on the matter. First, it reviews the Colombian Constitutional Court's jurisprudence on corruption. Second, it addresses the concept of "acts of corruption," as well as its progressive expansion. Next, it discusses two recent legislative reform proposals, one that was finally approved, and one that failed; the former on the elimination of punitive benefits in convictions for crimes that can be considered corruption, and the latter around the adoption of a criminal liability regime applicable to legal entities. Finally, the article presents a summary of its main reflections.

Keywords: Corruption, criminal policy, criminal law, international law, legal reforms.

Introducción

La denominada "lucha contra la corrupción" constituye un tema que recientemente ha adquirido relevancia en la discusión pública colombiana. Varios han sido los escándalos de corrupción, principalmente relacionados con la contratación estatal de particulares para la prestación de servicios "públicos" o para obras de infraestructura, que han impactado en la opinión pública y causado profundos sentimientos de indignación en la población.¹ Como consecuencia, la agenda legislativa ha incluido reiteradamente propuestas de reforma orientadas tanto a expandir el derecho penal (desde lo sustancial), como a facilitar su intervención (desde lo procesal) y a endurecer su reacción (desde lo punitivo). En el año 2011 se expidió la Ley 1174, denominada Estatuto Anticorrupción (EAC), y desde entonces se han tomado y propuesto diferentes medidas en esta dirección. De hecho, en la última campaña presidencial, una vez desmovilizado el grupo insurgente FARC-EP, la lucha contra la corrupción llenó el vacío que en

¹ En este sentido se puede mencionar el escándalo "Odebrecht", que no se limita a Colombia. Véase, por ejemplo, *Semana*: "Odebrecht: capturan al empresario Mauricio Vergara", 11 de agosto de 2017, "Escándalo de Odebrecht: Los Buldócer en la mira", 25 de noviembre de 2018. Sobre el desfalco al sistema de salud pública en el Departamento de Córdoba ver *El Espectador*: "Así se robaron la plata del cartel de la hemofilia en Córdoba", 18 de julio de 2018. Sobre el caso Samuel Moreno, exalcalde de Bogotá, ver *El Espectador*: "Le imputan a Moreno peculado por \$218.000 millones", 19 de septiembre de 2011.

el debate electoral dejó el conflicto armado,² lo cual estuvo estrechamente ligado con la Consulta Anticorrupción, promovida por un partido político de la oposición y realizada el 26 de agosto de 2018.³ Precisamente, como producto de esta consulta, el presidente Iván Duque, cuyo gobierno inició el 8 de agosto de 2018, anunció inmediatamente tras su posesión que presentaría a consideración del legislativo un “paquete” de medidas en esta materia.⁴

Este trabajo busca, en este contexto, proporcionar un panorama o mapa general de la manera en que la agenda legislativa en materia de corrupción se ha movido en los últimos años –de ahí que el texto tenga un alto componente descriptivo–, concretamente en el campo del derecho penal. Con esto se quiere llamar la atención sobre tres puntos. En primer lugar, la influencia del derecho internacional en la agenda legislativa nacional, la cual no siempre se ha definido de manera espontánea, producto de reflexiones locales, sino que ha seguido las tendencias de las normas internacionales. En segundo lugar, el enfoque represivo que ha caracterizado la agenda, lo cual, desde un punto de vista pragmático, genera interrogantes sobre la efectividad de la persecución penal ante un tipo de criminalidad que no es fácil de detectar. Por último, la falta de sustento empírico y de reflexión político-criminal más o menos concienzuda al proponer reformas legales que no son menores.

² Ver, por ejemplo, Montenegro: “Precalentamiento electoral”, en *Periódico El Espectador*, 29 de julio de 2017; *El Tiempo*: “Corrupción e inseguridad, entre lo que más inquieta a los colombianos”, 28 de febrero de 2018.

³ La Consulta Anticorrupción fue promovida por el Partido Alianza Verde. Al respecto ver página web del partido, <<http://alianzaverde.org.co/pagina/index.php/transparencia/consultaanticorrupcion>> (23.07.2019). Según el artículo 103 Const., “son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, *la consulta popular*, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato” (cursivas añadidas). De acuerdo con la Corte Constitucional, “de modo general, puede afirmarse que la consulta popular es la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas”, Corte Constitucional: Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994, apartado 1.7. (Consideraciones de la Corte). Ver también artículos 8, 50 ss de la Ley 134 de 1994.

⁴ En este sentido Ministerio del Interior: “El Gobierno Nacional radica 8 proyectos de lucha contra la corrupción”.

Para esto se abordarán los siguientes temas: 1) el concepto de corrupción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; 2) la idea de “actos de corrupción” como concepto elástico, capaz de cobijar cada vez más tipos penales; 3) la propuesta de eliminar beneficios penales como producto de una política de “tolerancia cero”; 4) la propuesta (fallida) de adoptar un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas como estrategia disuasoria. Para terminar 5) se hará, a manera de conclusión, un resumen de los hallazgos del texto. Es importante anotar, en todo caso, que aquí no se pretende hacer un análisis exhaustivo de todas las iniciativas legislativas relacionadas con la corrupción que se han presentado en los últimos años. A manera de ejemplo solo se han tomado como referencia el EAC y algunos de los proyectos de ley propuestos después de la Consulta Anticorrupción.⁵ Se debe anotar que, a pesar de que algunos proyectos de ley aquí comentados no se aprobaron, debido a que los periodos legislativos en que se debieron discutir finalizaron sin que esto ocurriera,⁶ las reflexiones generales que se formulan en este trabajo mantienen su vigencia, con mayor razón si se tiene en cuenta que en el discurso pronunciado por el presidente de la República el pasado 20 de julio de 2019, durante la instalación del nuevo periodo de sesiones ordinarias del Congreso, se anunció nuevamente que el Gobierno insistiría en propuestas de reforma legislativa para luchar contra la corrupción, concertadas con la Fiscalía General de la Nación.⁷

⁵ Recientemente también fueron presentadas otras iniciativas, entre las cuales vale la pena mencionar la propuesta de la Fiscalía General de la Nación hecha a mediados del año 2017, discutida en el Congreso de la República. Ver Proyecto de Ley No. 005 de 2017 (Cámara). Esta propuesta también “se hundió” al finalizar el periodo legislativo 2018-2019.

⁶ Ver *Semana*: “Por naturaleza, la agenda anticorrupción es ajena al Congreso”, Angélica Lozano, 20 de junio de 2019.

⁷ Ver *Portafolio*: “Reforma pensonal y anticorrupción, los temas centrales de Duque”, 20 de julio de 2019.

El concepto de corrupción y la relación entre el derecho internacional y el derecho penal doméstico: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Para explicar la forma en que el derecho penal colombiano trata la corrupción, resulta útil, inicialmente, acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; no solo porque la legislación punitiva no define dicho término y por esto la Corte ha intentado delimitarlo mediante la interpretación sistemática de varias normas jurídicas, sino también porque en las decisiones de la Corte es posible entrever cuál ha sido el enfoque que, al menos formalmente, ha orientado la formulación de normas al respecto. Este tribunal se ha pronunciado sobre la corrupción en diversas ocasiones, al analizar la compatibilidad de algunos tratados internacionales con la Constitución Política o la constitucionalidad de algunas normas nacionales expedidas con el objetivo explícito de combatir la corrupción.

Por medio de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible identificar entonces dos fenómenos que permiten entender el rol que ha jugado el derecho penal en “la lucha contra la corrupción” y la relevancia que poco a poco ha adquirido este discurso en el ordenamiento jurídico interno. Por un lado, las decisiones de la Corte reflejan la relación que existe entre el derecho internacional y el doméstico, ya que varias de las reformas más relevantes desde el punto de vista jurídico penal (sustancial) que se han llevado a cabo en los últimos años en el país, mediante las cuales se busca responder ante este flagelo, obedecen precisamente a la adopción previa de normas internacionales sobre el mismo tema. Es decir, la *discusión internacional* ha determinado en buena medida la agenda legislativa nacional sobre corrupción. Por otro lado, estas decisiones también muestran que, en el ordenamiento jurídico colombiano, o sea, desde el punto de vista legal, el concepto de corrupción ha sido dotado de contenido a partir del derecho penal, pero tomando como punto de referencia el derecho internacional.⁸ Este enfoque ha servido particularmente

⁸ Aunque en tratados como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción tampoco se define el término “corrupción”, al respecto ver Rose *et al.*: *Introduction*, 2.

para articular distintas medidas legislativas que se ubican en otros ámbitos o, en otras palabras, que responden a otros tipos de responsabilidad, como la disciplinaria o la administrativa. Es decir que la activación de varias de las medidas que se han tomado contra la corrupción depende, al menos parcialmente, de la aproximación que hace el derecho penal.

Para explicar las dos consideraciones hechas en el párrafo anterior es posible referirse a tres aspectos transversales en la jurisprudencia de la Corte, a saber: i) la visión que tiene la Corte sobre los efectos sociales de la corrupción y sobre la corrupción misma; ii) la forma en que la Corte ha definido la expresión “actos de corrupción”, incluida en varias normas promulgadas con la finalidad de combatirla; y iii) la valoración que ha hecho la Corte de la lucha contra la corrupción, como fin estatal legítimo desde el punto de vista constitucional.

Con relación al primer aspecto, es posible afirmar que la visión de la Corte Constitucional colombiana sobre la corrupción parte de la contraposición entre esta y la forma en que ha sido definido el Estado colombiano por la Constitución. Para la Corte, la corrupción es un fenómeno que conduce a la *negación del Estado social de derecho*,⁹ fórmula acogida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 para definir al Estado colombiano,¹⁰ debido a que aquella es producto de la anteposición, hecha por funcionarios públicos, del “interés mezquino” individual frente al interés general,¹¹ lo cual desvía las actuaciones del Estado de sus fines, por ejemplo, como han sido definidos en el artículo 2 de la Constitución.¹²

⁹ Corte Constitucional: Sentencia C-397 del 5 de agosto de 1998, 24-25.

¹⁰ El artículo 1 Const. define al Estado colombiano de la siguiente manera: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹¹ Corte Constitucional: Sentencia C-397. Similar Rose *et al.*: *Introduction*, 3-4. Esta visión sobre la corrupción se acerca a lo que Hough explica como una de cuatro dimensiones a partir de las cuales es posible definir este fenómeno, denominada “*abuse of entrusted power for private gain*”. Ver Hough: *Analysing*, 38-41. Las otras tres dimensiones son: las legales, la dimensión transaccional o comercial y lo que recientemente ha sido llamado “corrupción legal”. Hough: *Analysing*, “Chapter 3: The definitional challenge”.

¹² De acuerdo con el artículo 2 Const.: “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y

Se trata de un juego de intereses¹³ que, por consiguiente, impide el ejercicio de las actuaciones del Estado o, más concretamente, de su función administrativa, de conformidad con los principios que la misma Constitución define como su fundamento: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.¹⁴ En este sentido, la Corte sostiene que la corrupción trae como consecuencia, entre otros efectos, la disminución de la confianza de los ciudadanos en el Estado, el aumento de los costos de su operación y de la realización de obras públicas, así como el desvío de recursos públicos a patrimonios privados, todo lo cual afecta el desarrollo económico del país y el correcto funcionamiento de la administración pública.¹⁵

Esta visión de la corrupción, en la que se le atribuyen efectos negativos tanto desde el punto de vista político como económico, coincide con lo dicho en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), así como de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). En ellas se menciona, por ejemplo, el impacto de la corrupción en la legitimidad de las instituciones y la democracia,¹⁶ y se hace referencia a los efectos negativos en el desarrollo “sostenible” o “integral” de los Estados.¹⁷

La Corte se abstiene, en todo caso, de formular una definición precisa de corrupción. Para este tribunal es suficiente con reconocer que la corrupción es un fenómeno complejo,¹⁸ que se manifiesta de diferentes

deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Ver Corte Constitucional: Sentencia C-397.

¹³ Ver Cancelado: *La corrupción*, 344 (“Los intereses de los individuos que harán lo que sea por privilegiar a los suyos sobre los demás”).

¹⁴ Ver Corte Constitucional: Sentencia C-397; Artículo 209 Const.; también Cancelado: *La corrupción*, 13 y 344.

¹⁵ Corte Constitucional: Sentencia C-944 del 14 de noviembre de 2012, numeral 3.2. (La corrupción y el Estado de derecho).

¹⁶ CNUCC, Preámbulo, primer párrafo, y CICC, Preámbulo, primer párrafo.

¹⁷ CNUCC, Preámbulo, primer párrafo, y CICC, Preámbulo, primer párrafo.

¹⁸ Corte Constitucional: Sentencia C-434 del 10 de julio de 2013, 20.

maneras y que tiene una capacidad especial de mutación.¹⁹ Según la Corte, esta es precisamente la concepción del legislador colombiano, reflejada en la Ley 1474 de 2011 o EAC vigente.²⁰ La Corte califica dicha concepción como *dinámica* y sostiene que debe tomarse como punto de partida para interpretar las normas que componen dicho estatuto,²¹ las cuales se supone que responden, por esta misma razón, a una “política integral contra la corrupción”.²² La pregunta sobre qué constituye corrupción en concreto se mantiene entonces abierta; sin embargo, a pesar de las dificultades para definir qué es corrupción, la resolución de este problema resulta fundamental, si de lo que se trata es de entender el fenómeno y reaccionar eficazmente contra él.²³

En vez de definir el término *corrupción*, la Corte Constitucional ha intentado dotar de contenido la expresión *actos de corrupción*, acogida en varias normas del EAC. De acuerdo con la Corte, si bien esta no es una expresión que tenga un significado preciso, su contenido sí es determinable mediante “una lectura integral del ordenamiento jurídico”.²⁴ Así ocurrió, por ejemplo, con el párrafo 2.º del artículo 84 EAC, en donde se previó una inhabilidad por cinco años para el interventor de un contrato público que no entregue información a la entidad contratante, relacionada, entre otros, “con hechos o circunstancias que puedan constituir *actos de corrupción* tipificados como conductas punibles”.²⁵ Algo similar había sucedido antes con el artículo 7 del mismo Estatuto, mediante el cual se estableció como causal de cancelación de la tarjeta profesional de los contadores públicos que actúan como revisores fiscales la no denuncia o puesta en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente de “los actos de

¹⁹ Corte Constitucional: Sentencia C-434, 20. En este sentido también ver Gómez: *Erradicar*, 609; Cancelado: *La corrupción*, 332.

²⁰ Corte Constitucional: Sentencia C-434.

²¹ Corte Constitucional: Sentencia C-434.

²² Corte Constitucional: Sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. También Preámbulo de la CNUCC, párrafo quinto: “enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción”; en este sentido también ver Cancelado: *La corrupción*, 335.

²³ Hough: *Analysing*, 34 y 47.

²⁴ Corte Constitucional: Sentencia C-434. 16.

²⁵ Cursivas añadidas. Corte Constitucional: Sentencia C-434. 15 ss. (Cargo 1. Violación al principio de legalidad).

corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo”.²⁶ Para definir el alcance de la expresión *actos de corrupción*, la Corte se remite entonces a las conductas mencionadas en la CNUCC, y en la CICC e incluso en el mismo EAC.²⁷ Por consiguiente, actos como el soborno,²⁸ la malversación o apropiación indebida de bienes,²⁹ el tráfico de influencias,³⁰ el abuso de funciones³¹ o el enriquecimiento ilícito,³² todos ellos mencionados en la CNUCC, deben entenderse en el ordenamiento jurídico colombiano como actos de corrupción, al estar incluidos en estas convenciones; asimismo, la Corte se remite al artículo 1 EAC, para afirmar que los delitos contra la administración pública, previstos en el Código Penal colombiano, así como el soborno transnacional, al estar mencionados en el EAC, deben entenderse como actos de corrupción.³³ En este contexto la Corte afirma que el EAC puede entenderse como parte del desarrollo de los compromisos adquiridos por Colombia al suscribir tanto la CNUCC como la CICC.³⁴

Medidas disciplinarias como las establecidas en los artículos 7 y 84 EAC pueden imponerse, en este sentido, siempre que la omisión en ellos prevista involucre alguno de los actos mencionados en el párrafo anterior, lo que en términos del Código Penal colombiano (CP) supondría la configuración de tipos penales como el cohecho propio,³⁵ el cohecho impropio³⁶

²⁶ Ello “dentro de los seis (6) meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo”. Esta norma también fue demandada por inconstitucional, entre otras razones, al no existir claridad sobre el significado de la expresión “actos de corrupción”, lo cual, según el demandante, violaría el principio de legalidad, ver Corte Constitucional: Sentencia C-630, numeral. 2.2.; también ver Corte Constitucional: Sentencia C-200 del 14 de marzo de 2012.

²⁷ Corte Constitucional: Sentencia C-434, 17 ss.

²⁸ CNUCC, artículo 16.

²⁹ CNUCC, artículo 17.

³⁰ CNUCC, artículo 18.

³¹ CNUCC, artículo 19.

³² CNUCC, artículo 20.

³³ El artículo 1 EAC se refiere a “personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad” y al “soborno transnacional”, pero “con excepción de delitos culposos”.

³⁴ Corte Constitucional: Sentencia C-434, 19; sobre la constitucionalidad de la CNUCC ver Corte Constitucional: Sentencia C-172 del 8 de marzo de 2006; sobre la CICC, Corte Constitucional: Sentencia C-397.

³⁵ Código Penal colombiano, artículo 405.

³⁶ CP, artículo 406.

o el cohecho por dar u ofrecer³⁷ –los cuales corresponden al “soborno de funcionarios públicos nacionales”–, el peculado por apropiación³⁸ –también denominado en la CNUCC como malversación–, o el tráfico de influencias o el enriquecimiento ilícito, tal y como han sido previstos por el legislador colombiano en los artículos 411 y 412, respectivamente. Queda en todo caso la pregunta sobre los límites de este enfoque, dado que, por ejemplo, si el artículo 1 EAC permite identificar lo que constituye corrupción, al hacer referencia de manera general a los delitos contra la administración pública –aunque con excepción de los delitos culposos–, también quedarían incluidas aquí conductas como el peculado por uso³⁹ y el peculado por aplicación oficial diferente,⁴⁰ frente a las cuales es posible preguntarse si necesariamente deben ser catalogadas como expresiones de este fenómeno.

A partir de este entendimiento (dinámico) sobre lo que constituye corrupción o, más precisamente, actos de corrupción, la Corte Constitucional ha afirmado que la lucha contra ella representa un *fin constitucionalmente legítimo*, para cuya consecución el legislador goza de un amplio margen de configuración.⁴¹ Al ser un fin constitucionalmente legítimo, es posible relativizar algunas prohibiciones constitucionales, con las cuales esta “lucha” puede entrar en tensión. Así lo ha sostenido la Corte, por ejemplo, frente a la concurrencia de sanciones penales y disciplinarias, lo que, según ella, no supone una restricción ilegítima del principio *non bis in idem*,⁴² o respecto de las obligaciones de denuncia impuestas a quienes ejercen ciertas actividades, como la revisoría fiscal, con lo que se levanta el secreto profesional que deben guardar los contadores públicos, a pesar

³⁷ CP, artículo 407.

³⁸ CP, artículo 397.

³⁹ CP, artículo 398.

⁴⁰ CP, artículo 399.

⁴¹ Corte Constitucional: Sentencia C-306 del 26 de abril de 2012, 19 ss.

⁴² Corte Constitucional: Sentencia C-306, 19 ss. Sobre *non bis in idem* ver también Corte Constitucional: Sentencia C-181 del 13 de abril de 2016. En general, el test para determinar la violación de esta garantía supone examinar si entre dos procesos existe identidad de sujetos, objeto y causa; este último elemento se refiere al motivo que da lugar al proceso y es justamente aquí donde la jurisprudencia colombiana ha encontrado la justificación para afirmar que la concurrencia de las sanciones disciplinaria y penal, cuando los hechos son los mismos, no implica desconocer el *non bis in idem*, dados los objetivos diferentes a los que atiende cada forma de responsabilidad.

de que el segundo inciso del artículo 74 de la Constitución establece tajantemente y sin matices que “el secreto profesional es inviolable”.⁴³

La relevancia constitucional de la lucha contra la corrupción se puede apreciar más claramente, sin embargo, en la relación que según la Corte existe entre los tratados internacionales sobre corrupción y otras clases de tratados, como por ejemplo los tratados de protección de derechos humanos. Así, por ejemplo, para la Corte, permitir la imposición de inhabilidades, como sanción disciplinaria, para ejercer cualquier tipo de función pública o cargo público, incluso aquellos de elección popular, no viola el artículo 23 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en donde se establece que el acceso a estas posiciones solo se puede limitar “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia [...] o condena, por juez competente, en proceso penal*”.⁴⁴ Según la Corte, la CADH se debe interpretar sistemáticamente con otros tratados, así estos últimos no busquen proteger directamente la dignidad humana, cuando se trata de instrumentos internacionales mediante los cuales los Estados buscan fomentar la cooperación internacional con miras a la consecución de fines igualmente legítimos, como la lucha contra la corrupción.⁴⁵ Esta forma de entender la lucha anticorrupción, en la que no solamente se eleva dicho fin a rango constitucional sino que también se reconoce como una empresa con el potencial de ser ponderada con la protección internacional de los derechos humanos, deja interrogantes importantes, nuevamente, sobre sus límites.⁴⁶

43 Al respecto también Corte Constitucional: Sentencia C-200.

44 Cursivas añadidas. Corte Constitucional: Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006, 20 ss.

45 Corte Constitucional: Sentencia C-028, 32-33.

46 La Sentencia C-709 del 9 de diciembre de 1996 muestra otra perspectiva, en la que se reconocen límites a la lucha anticorrupción, incluso desde el punto de vista pragmático y político-criminal. En esta decisión la Corte Constitucional se pronunció sobre la inexequibilidad del artículo 24 de la Ley 190 de 1995, en donde se preveía la figura del “agente provocador” para casos de cohecho.

Tipos penales y *actos de corrupción* como concepto elástico: expansión del derecho penal sustantivo

El lugar que la lucha contra la corrupción ocupa actualmente en el debate público colombiano no obedece únicamente al descubrimiento de grandes casos de corrupción con un impacto fuerte en la opinión pública.⁴⁷ Como se afirmó en el apartado anterior, la agenda legislativa anticorrupción a nivel doméstico ha sido estimulada en buena parte por el derecho internacional.⁴⁸ El incremento de la relevancia que en Colombia ha tenido la lucha contra la corrupción no es espontáneo, sino que se inscribe en un contexto más amplio, en el que dicho discurso se ha posicionado globalmente como una prioridad, entre otras razones debido al reconocimiento de que la corrupción puede ser un fenómeno con alcance internacional que exige, por lo menos, la acción coordinada de los Estados.⁴⁹ Con relación al derecho penal, en Colombia es posible observar cómo la aparición de tratados internacionales en esta materia ha tenido como consecuencia el aumento paulatino de los tipos penales que se asocian con este fenómeno. En otras palabras, el desarrollo de normas internacionales ha implicado la criminalización nacional de nuevas conductas, lo cual permite afirmar que la expresión *actos de corrupción*, tomada de la CICC y utilizada en textos legales domésticos como el EAC, constituye un *concepto elástico* que, así como puede cobijar cada vez más normas penales previamente existentes, puede también llevar a que las fronteras del derecho penal sustantivo se expandan mediante la consagración de nuevas figuras delictivas.

La *expansión del derecho penal* mediante la aparición de nuevos tipos penales como consecuencia de la adopción de normas internacionales se puede apreciar partiendo de la aprobación de la CICC. La adopción de este tratado por parte de Colombia no implicó, en un principio, la tipificación de nuevos delitos. De hecho, al examinar la constitucionalidad de

⁴⁷ Ver algunos ejemplos en *supra* nota 1.

⁴⁸ Ver *supra* nota 27.

⁴⁹ Ver CNUCC: Preámbulo, cuarto párrafo; CICC, Preámbulo, sexto párrafo; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (CCSPETCI) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Preámbulo, primer y segundo párrafos.

la Convención, la Corte Constitucional colombiana afirmó que el Estado colombiano ya cumplía en ese momento con los compromisos que adquiriría al suscribir dicho instrumento. Para la Corte, los “actos de corrupción” enunciados en el artículo VI (1) CICC coincidían “en su descripción con los tipos penales que como delitos contra la administración pública” consagraba el CP colombiano.⁵⁰ La Corte se refiere aquí expresamente a los tipos penales de peculado (en sus diferentes modalidades), concusión y cohecho, aunque se debe decir, por un lado, que el peculado se encuentra definido más claramente en el artículo XI (1b y d) CICC,⁵¹ y, por otro lado, que la Convención va más allá de lo reconocido por la Corte.

Efectivamente, el literal a) del artículo VI (1) CICC alude al tipo penal de concusión (“el requerimiento por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas”), así como a los tipos penales de cohecho propio e impropio (“la aceptación [...] por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas [...] a cambio de la realización u omisión”).⁵² De la misma manera, el literal b) de esta disposición hace referencia al cohecho por dar u ofrecer (“el ofrecimiento o el otorgamiento [...] a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas”).⁵³ Incluso el literal c) hace alusión tanto al tipo penal de tráfico de influencias como al tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos (“con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o

⁵⁰ Ver Corte Constitucional: Sentencia C-180, 27; en ese momento se encontraba vigente el CP de 1980 (Decreto-ley 100), <https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980_pr004.htm> (28.03.2020).

⁵¹ El artículo XI (1 b) CICC hace referencia al “uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado”, y el artículo XI (1 d) a la “desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado [...] que los hubieran percibido por razón de su cargo”.

⁵² En el CP de 1980 la concusión se encontraba tipificada en el artículo 140, mientras que en el CP de 2000 en el artículo 404; las dos disposiciones coinciden en la descripción típica: “El servidor público que abusando 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”. El cohecho propio se encontraba en el artículo 140, ahora en el 405 y el cohecho impropio en los artículos 142 y 406 respectivamente.

⁵³ En el CP de 1980 el cohecho por dar u ofrecer se encontraba en el artículo 143 y en el CP de 2000 en el artículo 407.

para un tercero”).⁵⁴ Además, el literal d) permitiría hablar de tipos penales mediante los cuales actualmente se busca sancionar el ocultamiento de bienes o recursos provenientes de actividades delictivas, precisamente como los delitos contra la administración pública (“ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”). En este sentido podrían ser considerados actos de corrupción, conforme a la CICC, tipos penales como el lavado de activos, el favorecimiento o la recepción.⁵⁵ De hecho, al referirse a la “asociación o con-fabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”, el literal e) no solo cobijaría las diferentes formas de autoría y participación previstas en los artículos 29 y 30 del CP vigente, sino también el tipo penal de concierto para delinquir.⁵⁶

También el enriquecimiento ilícito, mencionado en el artículo IX de la CICC, estaba previsto en el CP colombiano de 1980 (artículo 148),⁵⁷ lo cual fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 1998 como un ejemplo más del cumplimiento “anticipado” del Estado

⁵⁴ En el CP de 1980 el tráfico de influencias se encontraba en el artículo 147, mientras que en el actual está en el artículo 411; asimismo, el artículo 145 del CP de 1980 tipificaba el “interés ilícito en la celebración de contratos”, mientras que el artículo 409 del CP de 2000 habla de “interés indebido en la celebración de contratos”. En los dos casos se configura el tipo penal cuando un servidor público “se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”.

⁵⁵ El lavado de activos se encuentra tipificado en el artículo 323 del CP de 2000, como una de las conductas que atentan contra el orden económico y social. De acuerdo con este tipo penal, incurre en responsabilidad penal quien “adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato” en los delitos mencionados en dicha norma; adicionalmente, también se hace alusión a quien dé “a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes”, aunque recientemente la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”, con la que terminaba este tipo penal, por violación del principio de legalidad. Ver Corte Constitucional: Sentencia C-191 del 20 de abril de 2016, 50 ss. Tanto el favorecimiento como la recepción estaban en el Código de 1980 –arts. 176 y 177, respectivamente– y están actualmente en los artículos 446 y 447 del CP de 2000.

⁵⁶ Tipificado en el artículo 340 del CP de 2000 como un delito contra la seguridad pública, hace referencia a “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos”. El artículo 340 del CP de 1980 lo preveía de la misma manera.

⁵⁷ Previsto actualmente en el artículo 412 del CP de 2000.

colombiano de los compromisos asumidos al suscribir dicha Convención.⁵⁸ De las conductas mencionadas en la CICC como “actos de corrupción” solamente el *soborno transnacional* (artículo VIII) no existía para entonces en la legislación penal colombiana. Al respecto, la Corte Constitucional afirmó acertadamente que el concepto de “servidor público” incluido en el tipo penal de cohecho no debía interpretarse extensivamente o por analogía para subsumir en él también funcionarios de países extranjeros.⁵⁹ Para la Corte, la persecución penal de esta conducta en el ordenamiento jurídico colombiano estaba sujeta a la tipificación que hiciera el legislador, aunque entre tanto el Estado colombiano se comprometía a prestar asistencia y cooperación a los demás países para perseguir esta conducta.⁶⁰ En todo caso, en cumplimiento de lo estipulado en la CICC, en el año 2000 fue tipificado el soborno transnacional, al expedirse el CP vigente en la actualidad (artículo 433).⁶¹

La adopción de la CNUCC produjo reformas legales más significativas. Tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la expedición del EAC puede entenderse como desarrollo o implementación de los compromisos adquiridos por Colombia al suscribir este tratado.⁶² Mediante el EAC, como también lo reconoció la Corte Constitucional, se quiso adoptar en Colombia una política integral, que proporcionara al Estado herramientas eficaces para combatir este flagelo. Precisamente, al ser integral, dentro de esta política las reformas de carácter penal solo constituyen uno

⁵⁸ Ver Corte Constitucional: Sentencia C-397, 29 ss.

⁵⁹ Corte Constitucional: Sentencia C-397, 28-29.

⁶⁰ Corte Constitucional: Sentencia C-397, 28-29.

⁶¹ Este delito se define aquí de la siguiente manera: “El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional”. Aunque la tipificación en la legislación penal colombiana no era exacta desde el punto de vista literal respecto de la definición de la CICC, es claro que en un principio esta se tomó como base. Colombia suscribió posteriormente la CCSPETCI de la OCDE, la cual fue aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 1573 de 2012; esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-944 del 14 de noviembre de 2012.

⁶² Ver *supra* nota 34.

de varios elementos.⁶³ Sin embargo, la persecución penal tiene una relevancia especial, lo cual se puede constatar a través del *enfoque explícitamente represivo* de varias de las reformas que se implementaron con el Estatuto. De hecho, el EAC obedece a una política de tolerancia cero, sustentada en el efecto disuasivo esperado al endurecer la legislación penal en términos de prevención general negativa. Así se afirmó en la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011,⁶⁴ en donde también se adoptó el enfoque, según el cual la corrupción es un fenómeno dinámico, “cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir”.⁶⁵

Estas reformas se sustentaron, además, en la necesidad de armonizar la legislación penal colombiana con los tratados internacionales sobre la materia. Esta armonización supuso entonces tanto la tipificación de nuevas conductas como la modificación de tipos penales ya existentes. Como ejemplos de lo primero es posible mencionar, siguiendo la manera como se sustentaron estas iniciativas en la discusión parlamentaria, el *fraude de subvenciones*, los *acuerdos restrictivos de la competencia en materia de contratación estatal*, así como el *tráfico de influencias de particulares*,⁶⁶ mientras que como ejemplos de lo segundo se puede aludir al *enriquecimiento ilícito*⁶⁷ y al *soborno transnacional*.⁶⁸

⁶³ En el EAC se encuentran medidas administrativas (art. 1 ss.), penales (art. 13 ss.), disciplinarias (art. 41 ss.), institucionales y pedagógicas (art. 73), preventivas (art. 82 ss.) y fiscales (art. 97 ss.).

⁶⁴ Ver Proyecto de Ley 142 de 2010 (Senado), 7 de septiembre de 2010, 17.

⁶⁵ Proyecto de Ley 142 de 2010, 16.

⁶⁶ Proyecto de Ley 142 de 2010, 18. Estos tipos penales se encuentran en los artículos 403-A (fraude de subvenciones), 410-A (acuerdos restrictivos de la competencia) y 411-A (tráfico de influencias de particulares).

⁶⁷ Proyecto de Ley 142 de 2010, 18. El texto original del artículo 412 del CP definía esta delito de la siguiente manera: “el servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y *en los dos años siguientes* a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado” (cursivas añadidas). En el proyecto original que dio lugar al EAC se proponía suprimir el término de dos años, lo cual no fue acogido y en cambio se previó un término cinco años. Esta modificación hubiera ampliado en exceso el ámbito de aplicación de dicha norma. La justificación que se dio para la propuesta original fue que después de esos dos años el servidor público podía, de todas maneras, tener un incremento patrimonial injustificado, por razón del desviado ejercicio del cargo.

⁶⁸ Con la expedición del EAC el sujeto activo del soborno transnacional se volvió indeterminado, siguiendo la definición de la CNUCC, y se hizo alusión también a organizaciones

Mediante el EAC se modificaron entonces nueve tipos penales⁶⁹ y se introdujeron otros ocho, dentro de los cuales se destacan algunos tipos que criminalizan actos de corrupción en el sector privado (*corrupción privada, administración desleal y tráfico de influencias de particular*),⁷⁰ así como algunas medidas focalizadas, especialmente en el sector salud.⁷¹ Precisamente, uno de los componentes más importantes de la CNUCC es el artículo 21, en el que se define el soborno en el sector privado, y el artículo 22, en donde se hace referencia a la malversación o peculado de bienes en este mismo sector. El reconocimiento de la corrupción entre privados, así como de la necesidad de su persecución penal, no es, por consiguiente, un fenómeno espontáneo en el ordenamiento jurídico colombiano. Hace parte del esfuerzo internacional por armonizar las legislaciones penales nacionales, tal como ocurrió en su momento con el soborno transnacional.

Tanto la CICC como la CNUCC han tenido efectos importantes desde el punto de vista de la Parte Especial del derecho penal colombiano. Sin embargo, hasta dónde es posible ampliar la idea de “actos de corrupción” y cuántos delitos más (de los ya tipificados o por tipificar) podrán encuadrarse en ella, son preguntas que aún se deben responder. De todas maneras, la expansión paulatina del derecho penal sustantivo no deja de ser un resultado inquietante de la lucha contra la corrupción que, al menos formalmente, ha tenido lugar en Colombia.

internacionales públicas. Ver Proyecto de Ley 142 de 2010, 19. Este tipo penal también lo modificó la Ley 1778 del 2 de febrero de 2016, expedida con el fin de implementar en el ordenamiento jurídico interno la CCSPETCI.

⁶⁹ Se agregaron agravantes al delito de estafa (art. 274 CP), se modificó la utilización indebida de información privilegiada (art. 258 CP), también los tipos penales de especulación (art. 298 CP), agiotaje (art. 301 CP), evasión fiscal (art. 313 CP), enriquecimiento ilícito (art. 412 CP), soborno transnacional (art. 433 CP), soborno (art. 444) y soborno en la actuación penal (art. 444-A, introducido mediante la Ley 890 de 2004).

⁷⁰ Corrupción privada (art. 250-A CP), administración desleal (art. 250-B CP) y tráfico de influencias de particular (art. 411-A); los dos primeros como delitos contra el patrimonio económico y el tercero como delito contra la administración pública.

⁷¹ Por ejemplo, los tipos penales de omisión de control en el sector de la salud (art. 325-B CP) y peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social (art. 399-A CP).

Eliminación de beneficios penales como resultado de una política de tolerancia cero: endurecimiento del sistema penal y efectividad de la lucha contra la corrupción

La implementación de medidas punitivas orientadas a combatir la corrupción no solamente ha llevado a modificar tipos penales existentes y a tipificar nuevas figuras delictivas. También se ha querido restringir el ámbito de aplicación de varios beneficios penales, con lo cual se pretende, sobre todo, hacer efectiva la privación de la libertad en establecimiento carcelario en los casos de condena por delitos asociados a este fenómeno. Esta clase de medidas obedece a un intento por incrementar el efecto disuasivo del derecho penal, como estrategia para aumentar la efectividad de la lucha contra la corrupción. Precisamente, con este propósito se aprobó la Ley 2014 del 30 de diciembre de 2019, la cual puede entenderse como resultado del “mandato ciudadano” expresado en la Consulta Popular realizada el 28 de agosto de 2018.⁷² Con la segunda pregunta de esta consulta se interrogó a los ciudadanos si estaban de acuerdo con “que las personas condenadas por corrupción y delitos contra la administración pública [debieran] cumplir la totalidad de las penas en la cárcel, sin posibilidades de reclusión especial”.⁷³ Dicha pregunta, aunque no logró superar el umbral necesario para tener efectos obligatorios, obtuvo 11.673.166 votos, de los cuales el 99,54% fue afirmativo.⁷⁴ Como consecuencia de la Consulta, se presentaron varios proyectos que condujeron a la aprobación de la Ley 2014.

Mediante la Ley 2014 de 2019 se llevaron a cabo dos reformas en materia penal, relacionadas con la sustitución de la pena de prisión por la privación de la libertad en el lugar de residencia y con la reclusión en

⁷² Proyecto de Ley n.º 163 de 2018 (Cámara), 20 de septiembre de 2018, 18-19, en donde se menciona como antecedente de este proyecto de ley, precisamente, la Consulta Anticorrupción (sobre esta consulta ver *supra* nota 3); ver también Proyecto de Ley 164 de 2018 (Cámara), 20 de septiembre de 2018, 26.

⁷³ Ver, por ejemplo, *Periódico El Espectador*: “Así quedaron las siete preguntas de la consulta anticorrupción”, 20 de junio de 2018.

⁷⁴ Según los resultados del “preconteo” publicados por la Registraduría General de la Nación en su página web, <https://elecciones1.registraduria.gov.co/pre_cpa_20180826/consultas/html/inicio.html> (28.03.2020).

condiciones especiales. El artículo 4 de esta ley modificó el artículo 38G del CP colombiano, según el cual el condenado puede terminar de cumplir en su lugar de residencia la pena impuesta, siempre que se haya ejecutado la mitad de la sanción en prisión y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B CP, es decir, que demuestre arraigo familiar y social y garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones, como, por ejemplo, no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial competente o reparar los daños ocasionados con el delito. El mismo artículo 38G menciona algunos tipos penales frente a los cuales no procede este beneficio, entre ellos el genocidio,⁷⁵ el secuestro extorsivo,⁷⁶ la tortura⁷⁷ y el desplazamiento forzado.⁷⁸ La Ley 2014 de 2019 adicionó a esta lista once tipos penales contra la administración pública⁷⁹ y seis tipos penales contra la eficaz y recta impartición de justicia.⁸⁰ Adicionalmente, en este mismo sentido, el artículo 4 incluyó en el artículo 38G CP una referencia genérica a todos “los delitos que afecten el patrimonio del Estado”. El artículo 4 también introdujo un párrafo al artículo 38G CP para indicar que los particulares que participen en los tipos penales contra la administración pública y de justicia aquí mencionados tampoco podrán acceder al beneficio que contempla esta norma.⁸¹

⁷⁵ Código Penal, artículo 101.

⁷⁶ CP, artículo 169.

⁷⁷ CP, artículo 178.

⁷⁸ CP, artículo 180.

⁷⁹ Los tipos penales contra la administración pública incluidos por la Ley 2014 de 2019 en la lista de delitos que no admiten sustitución de la pena de prisión por la privación de la libertad en el lugar de residencia son: “Peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción”.

⁸⁰ Los tipos penales contra la administración de justicia incluidos por la Ley 2014 de 2019 en la lista de delitos que no admiten sustitución de la pena de prisión por la privación de la libertad en el lugar de residencia son: “Falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio”.

⁸¹ Según este nuevo párrafo del artículo 38G CP: “los particulares que hubieran participado en los delitos de [...] no tendrán el beneficio de que trata este artículo”.

El artículo 5 de la Ley 2014 de 2019 realizó la segunda reforma en materia penal de las dos llevadas a cabo a través de esta ley. Mediante esta disposición se adicionó al artículo 29 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario (CPC) un nuevo párrafo (el 2), con el fin de evitar que los funcionarios públicos condenados por delitos asociados a la corrupción sean reclusos en lugares especiales y reciban un tratamiento privilegiado. El primer inciso del artículo 29 dispone que, cuando el hecho punible ha sido cometido por algunos servidores públicos⁸² —por ejemplo, aquellos que gozan de fuero constitucional o legal—⁸³, así como por ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales. De manera similar, el segundo inciso de esta disposición establece que

[...] la autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la *detención preventiva* como para la *condena*, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.⁸⁴

El nuevo párrafo 2 del artículo 29 CPC dispuso entonces que el inciso segundo en ningún caso se aplicará a los servidores públicos condenados por cometer los mismos tipos penales contra la administración pública o contra la administración de justicia, frente a los cuales se prohibió la prisión domiciliaria, o cualquier delito que afecte el patrimonio del Estado. Estos podrán, en cambio, ser reclusos “en pabellones especiales para servidores públicos dentro del respectivo establecimiento penitenciario o carcelario”.⁸⁵

⁸² Esta disposición se refiere a: “Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, [...] funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas”.

⁸³ Por ejemplo, los miembros del Congreso Nacional (art. 325.4 Const.) o magistrados de las altas cortes (art. 174 Const.); ver también artículos 32 (6, 7, 9) Código de Procedimiento Penal (CPP), en donde se mencionan otros funcionarios, cuyo juzgamiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

⁸⁴ Cursivas añadidas.

⁸⁵ Ley 2014 de 2019, artículo 5.

Si bien es cierto que estas medidas cuentan con un importante respaldo popular, expresado en la Consulta Anticorrupción, la fundamentación presentada en el trámite legislativo permite plantear varios interrogantes, relacionados, principalmente, con su efectividad para disminuir la corrupción. Aunque, se debe aclarar, en primer lugar, que en el Proyecto de Ley 163 de 2018, presentado ante la Cámara de Representantes y cuya discusión llevó a la aprobación de la Ley 2014, solo se proponía una reforma en materia penal, la cual consistía en prohibir la reclusión en condiciones especiales de funcionarios públicos condenados por delitos contra la administración pública, pero modificando el artículo 68A CP y no el artículo 29 CPC, como finalmente ocurrió.⁸⁶ En este proyecto no se tomaba ninguna medida relacionada con la prisión domiciliaria. La modificación del artículo 38G es producto de otro proyecto de ley, el 164 de 2018 Cámara, también presentado como resultado de la Consulta Anticorrupción, y mediante el cual no solamente se quería prohibir la prisión domiciliaria, sino también la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva en establecimiento carcelario y la libertad condicional.⁸⁷ En este otro proyecto de ley también se pretendía condicionar, para casos de corrupción, lo procedente de mecanismos de terminación anticipada del proceso penal a que se restituyeran los dineros públicos perdidos como resultado de la conducta punible o se contribuyera a esto.⁸⁸ Aunque el Proyecto de Ley 164 de 2018 no fue aprobado, al parecer por razones de

⁸⁶ En este proyecto de ley solo se justificó la prohibición de la reclusión en condiciones especiales; esta justificación también se encuentra en el Proyecto de Ley 164 de 2018. De acuerdo con los proponentes de esta reforma, la condición de servidor público o el hecho de gozar de fuero para el juzgamiento no constituye una circunstancia que justifique un tratamiento diferenciado en la ejecución de la pena, en la medida en que estas personas no representan “una población de condiciones uniformes ni de especial vulnerabilidad que tenga que ser sujeto de especial protección por parte de la ley”. Permitir que en estos casos la pena se cumpla, por ejemplo, en establecimientos especiales, supondría entonces una vulneración al principio de igualdad. Ver Proyecto de Ley 163 (*supra* nota 72), 20 y Proyecto de Ley 164 (*supra* nota 72), 27.

⁸⁷ Ver Proyecto de Ley n.º 164 (*supra* nota 72), 23-24.

⁸⁸ Con relación a los preacuerdos y negociaciones entre imputado y Fiscalía y a la aplicación del principio de oportunidad, ver las propuestas de reforma incluidas en el Proyecto de Ley 164 a los artículos 349 y 324 del CPP, 24-25.

tiempo,⁸⁹ la modificación al artículo 38G CP, realizada mediante la Ley 2014 de 2019, fue tomada de dicha iniciativa.⁹⁰ Por esta razón, para encontrar la motivación de las dos reformas penales realizadas con esta ley, se deben tener en cuenta ambos proyectos.

La justificación general dada en el Proyecto de Ley 163 de 2018, el cual antecedió a la Ley 2014 de 2019, fue la poca efectividad que hasta el momento ha tenido el EAC, adoptado en el año 2011.⁹¹ Según se afirma en este mismo documento, el EAC no ha sido lo suficientemente efectivo para prevenir la corrupción debido a tres circunstancias: i) la falta de difusión y sensibilización sobre su contenido; ii) la falta de desarrollo normativo; y iii) la falta de la institucionalidad requerida.⁹² Esta explicación permite cuestionar, en términos generales, si lo que en realidad se requiere para disminuir la corrupción en Colombia es el endurecimiento de la reacción punitiva, dado que estas tres circunstancias parecieran responder a problemas de otra índole, no relacionadas directamente con lo propuesto en ese mismo proyecto de ley.

Por otro lado, los artículos 4 y 5 de la Ley 2014 de 2019 parecen problemáticos a la luz del principio de legalidad. La expresión “delitos que afecten el patrimonio del Estado”, incluida tanto en el artículo 38G CP, como en el Parágrafo 2 del artículo 29 CPC, no parece cumplir con el nivel de determinación necesario para que una norma penal proporcione suficiente seguridad sobre su ámbito de aplicación.⁹³ De hecho, en el debate

⁸⁹ Desde el inicio del trámite legislativo de estos proyectos hubo dificultades. Ver en este sentido *El Tiempo*: “Contrarreloj para aprobar los 15 proyectos anticorrupción”, 30 de octubre de 2018.

⁹⁰ De hecho, durante la discusión parlamentaria varios senadores expresaron su preocupación ante la existencia de varios proyectos de ley sobre los mismos temas. Este sentido ver Consideración y votación en primer debate en el Senado del Proyecto de Ley 119 de 2019 (Senado) - 163 de 2018 (Cámara), 11 de octubre de 2019, 37-38.

⁹¹ Proyecto de Ley 163 (*supra* nota 72), 19.

⁹² Proyecto de Ley 163. Estas afirmaciones se toman en el Proyecto de Ley 163 de un documento de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción, pero sin que se indique cuál, lo que impide verificar la fuente. Se debe mencionar, en todo caso, que esta comisión fue creada por el EAC; información al respecto puede ser consultada en http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/Informes_CNCLCC.aspx (30.03.2020).

⁹³ Sobre el principio de legalidad en Colombia ver Corte Constitucional: Sentencia C-297 del 9 de junio de 2016 y Corte Constitucional: Sentencia C-091 del 15 de febrero de 2017.

legislativo se llamó la atención sobre la necesidad de definir con precisión los delitos frente a los cuales aplicarían estas medidas y, no obstante, se mantuvo esta cláusula abierta.⁹⁴ De todas maneras, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional colombiana se ha referido en repetidas ocasiones al problema de la vaguedad de las normas penales y ha afirmado que lo decisivo a la luz del principio de legalidad no es tanto que la norma en cuestión sea determinada, sino más bien que sea determinable mediante procesos de interpretación sistemática.⁹⁵ Si, además, se tiene en cuenta la forma en que la Corte ha definido en otras ocasiones, por ejemplo, la expresión “actos de corrupción”,⁹⁶ así como la relevancia constitucional que le ha atribuido a la lucha contra este fenómeno,⁹⁷ es posible pensar que la Corte avalaría esta formulación.

De todas maneras, es importante advertir que las reformas legales que se llevaron a cabo mediante la Ley 2014 de 2019, con fundamento en la necesidad de combatir la corrupción, restringen la posibilidad de conceder beneficios penales, incluso en casos en los que es posible preguntarse si en realidad se está ante hechos que pueden calificarse como corruptos. La expresión “delitos que afecten el patrimonio del Estado” ya permite plantear este interrogante, dado que no solo es indeterminada, sino que además no es claro si se refiere a cualquier tipo de crimen que cause al Estado algún detrimento patrimonial, incluso, por ejemplo, delitos contra el patrimonio económico. Sucede lo mismo con los tipos penales contra la administración de justicia incluidos en los artículos 38G CP y 29, parágrafo 2, CPC, en

También Velásquez: *Fundamentos*, 75 ss. Sobre el principio de legalidad y el tipo penal de lavado de activos ver Corte Constitucional Sentencia C-191. Con mayor detalle, sobre el principio de legalidad y sus diferentes manifestaciones ver Roxin: *Strafrecht, Band I*, 172-176; Jakobs: *Strafrecht*, 60 ss.

⁹⁴ Ver Consideración y votación en primer debate en el Senado (*supra* nota 90), 37 y 41.

⁹⁵ Sobre el principio de legalidad (con resumen de su propia jurisprudencia) y la expresión “actos de corrupción” contenida en el artículo 325-B CP (omisión de control en el sector salud), ver Corte Constitucional: Sentencia C-084 del 20 de febrero de 2013, numeral 5 (el artículo 22 de la Ley 1474 de 2011, frente al principio de legalidad en materia penal), en donde la Corte declaró exequible dicha expresión, al considerar que este tipo penal constituye un tipo penal en blanco, cuyo contenido se puede delimitar mediante interpretación de varias normas, entre ellas, nuevamente, las contenidas en el mismo EAC, en la CNUCC y en la CICC.

⁹⁶ Ver *supra* nota 24.

⁹⁷ Ver *supra* notas 41 y 42.

donde se alude, por ejemplo, al falso testimonio,⁹⁸ a las amenazas a testigos⁹⁹ y a la destrucción de elemento material probatorio.¹⁰⁰ La inclusión de todos estos tipos penales en normas destinadas a combatir la corrupción genera entonces inquietudes sobre el concepto de corrupción que ha orientado estas reformas. Si bien estas constituyen conductas bastante reprochables, no es claro en qué sentido pueden ser calificadas como corrupción, si por corrupción se entiende en primer lugar la anteposición del “interés mezquino” individual frente al interés general por parte de los funcionarios públicos, como lo ha dicho la Corte Constitucional.¹⁰¹ No se debe olvidar, tal como lo advierte Hough, que el abuso del término corrupción, cuando se utiliza para designar todo aquello que se considera reprobable, puede convertirlo en una “caja vacía”, lo cual representa un obstáculo para entender en qué consiste realmente este fenómeno y cómo reaccionar racionalmente ante él.¹⁰²

Pero el endurecimiento de la legislación punitiva no solo es problemático frente a conductas que no encajan tan claramente en la idea de corrupción; la adopción de políticas cada vez más represivas también puede ser contraproducente ante lo que sí puede ser considerado corrupción. Mediante políticas radicales, por ejemplo, de “tolerancia cero”, es posible incluso generar mayor corrupción o un mayor impacto de la corrupción existente, dado que así, si bien se pueden reducir conductas como los sobornos, se genera un aumento de su costo —esto, de hecho, constituye uno de los objetivos explícitos de estas reformas—,¹⁰³ lo que puede aumentar las cuantías y los daños causados al Estado e incluso las ganancias (al incrementarse el riesgo) de quienes participan en transacciones corruptas.¹⁰⁴ Adicionalmente, este tipo de políticas puede dificultar la persecución

⁹⁸ Código Penal, artículo 442.

⁹⁹ CP, artículo 454A.

¹⁰⁰ CP, artículo 454B.

¹⁰¹ Ver *supra* nota 11.

¹⁰² Hough: *Analysing*, 33-34 (“we are in danger of turning the term into an empty box, into which you can simply place things of which you do not approve”).

¹⁰³ Ver Proyecto de Ley 163 (*supra* nota 72), 20.

¹⁰⁴ Al respecto ver Rose-Ackerman: *La Corrupción*, 72-81, 94. (“una lección importante del análisis económico del delito [...] la política anticorrupción nunca debe tener como objetivo el lograr una rectitud completa [...]. Quienes toman una posición radical [...] probablemente aumentan, en lugar de reducir, los alicientes a la corrupción”).

penal. Como lo ha puesto de presente Rose-Ackerman, la corrupción es difícil de detectar, dado que supone una transacción (ilegal) entre dos o más personas, cuyo interés principal, en principio, es mantenerla oculta.¹⁰⁵ Por esta razón, se debe buscar un equilibrio entre el endurecimiento del derecho penal y la concesión de beneficios o estímulos para que al menos una de las partes de la transacción corrupta esté dispuesta a denunciarla.¹⁰⁶ Precisamente, por esta razón el EAC introdujo dentro de las causales de aplicación del principio de oportunidad una para hacer procedente esta figura en casos de cohecho.¹⁰⁷ Sin embargo, los proyectos de Ley 163 y 164 de 2018, al parecer, se apartaban de esta perspectiva.¹⁰⁸

Este enfoque represivo muestra, además, que detrás de estas medidas hay una visión sobre la corrupción que respondería únicamente al modelo “principal-agente”, el cual, para explicar este fenómeno, se focaliza en el individuo como actor racional que actúa a partir de incentivos y deja de lado el contexto (cultural) en el que el comportamiento individual tiene lugar.¹⁰⁹ De esta manera se ignoran las discusiones que al respecto existen sobre causas estructurales de la corrupción y, sobre todo, se ignora que este

¹⁰⁵ Rose-Ackerman: *La Corrupción*, 72-81, 94.

¹⁰⁶ Rose-Ackerman: *La Corrupción*, 72-81, 94. En este contexto se puede acoger el llamado hecho por Urbano, quien afirma que ante la corrupción se deben implementar estrategias para hacer más eficiente la persecución penal –podríamos agregar: sin necesidad de endurecer la reacción punitiva–, como, por ejemplo, el fortalecimiento y la mayor especialización de la policía judicial encargada de investigar hechos de esta clase y la aplicación consistente de normas sobre medidas cautelares o extinción de dominio, ver Urbano: *Corrupción*, 357 ss.

¹⁰⁷ El artículo 40 EAC introdujo el n.º 18 al artículo 324 CPP, el cual dispone que: “cuando el autor o partícipe 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”. En la exposición de motivos del EAC se justificó esta medida mediante la necesidad de “quebrar el círculo de impunidad” que surge del compromiso que une a quien da la dádiva y a quien la recibe, así como el silencio que los beneficia a ambos, ver Proyecto de Ley 142, 19.

¹⁰⁸ Urbano, por ejemplo, habla de la necesidad de recuperar la “teleología original” del principio de oportunidad para “beneficiar a los partícipes con menor intervención para facilitar la judicialización de los autores con mayor grado de responsabilidad en casos de corrupción”. Ver Urbano: *Corrupción*, 385.

¹⁰⁹ De acuerdo con este paradigma se deben endurecer los controles y costos para revertir los incentivos que una persona (agente) puede tener para realizar actos corruptos; además, se deben cerrar los espacios de decisión discrecional, con el fin de que el agente solo responda a los intereses del sujeto principal, en cuyo beneficio debe actuar; esto, además, supone una visión reduccionista del Estado. Al respecto Hough: *Analysing*, 71 ss.

modelo explicativo ha sido seriamente cuestionado cuando se utiliza para dar cuenta de dicho fenómeno en países de institucionalidad débil y poca interiorización de la importancia del imperio de la ley,¹¹⁰ como ocurre –es posible pensar– en Colombia.¹¹¹

También es necesario mencionar la falta de fundamento empírico de estas medidas. En las exposiciones de motivos de los proyectos de ley 163 y 164 de 2018 se afirma, por ejemplo, que “*es evidente* la necesidad de aumentar el costo de la comisión de delitos contra la administración pública”.¹¹² Sin embargo, al parecer, con esta afirmación solo se quería evitar tener que demostrar la premisa sobre la que se construyeron estos proyectos, ya que no se proporciona evidencia al respecto. Aquí hay una falencia grande. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en reformas anteriores en las que también se han recortado beneficios punitivos en casos de condenas por tipos penales asociados a la corrupción tampoco se han dado mayores explicaciones sobre esta necesidad. Así ocurrió por ejemplo con la reforma introducida al artículo 68A CP y al artículo 314 Código de Procedimiento Penal (CPP) por el EAC. En su exposición de motivos solo se afirma respecto del artículo 314 CPP y la prohibición de conceder la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria que esto “resulta[ba] conveniente”, sin que se diera ninguna prueba al respecto;¹¹³ algo similar sucedió con la modificación que introdujo el artículo 29I de la Ley 1709 de 2014 también al artículo 68A CP,¹¹⁴ dado que en la ex-

¹¹⁰ Hough: *Analysing*, 87. Incluso en contextos en donde la corrupción puede ser una forma de solucionar problemas ante instituciones débiles e ineficientes (“Corruption is, on occasion, not the problema perse; it is a response to a problem”).

¹¹¹ Ver Cancelado: *La corrupción*, 347 (“más que ver sus efectos hay que considerar la corrupción como una consecuencia de modelos sociales, económicos y de la naturaleza humana”).

¹¹² Proyecto de Ley 163 (*supra* nota 72), 20; y Proyecto de Ley 164 (*supra* nota 72), 26.

¹¹³ Proyecto de Ley 142 de 2010, 19.

¹¹⁴ El artículo 68A CP trata de la exclusión de beneficios y subrogados penales; el texto original de esta norma prohibía conceder este tipo de beneficios cuando la persona hubiera sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores; el artículo 13 EAC introdujo un segundo inciso haciendo referencia explícita a los delitos contra la administración pública, a la estafa y al abuso de confianza que recaigan sobre bienes del Estado, a la utilización indebida de información privilegiada, al lavado de activos y al soborno transnacional. Posteriormente, la Ley 1709 de 2014 modificó esta lista, haciendo alusión a

posición de motivos de esta ley ni siquiera se mencionaba esta modificación en concreto.¹¹⁵ La falta de fundamentación real de la pertinencia de estas medidas en la exposición de motivos de los proyectos de ley 163 y 164 de 2018 se observa también cuando se afirma que “gran parte de los que cometen delitos contra la administración pública son beneficiarios de condiciones especiales de reclusión”.¹¹⁶ Esta afirmación no se demuestra con las estadísticas que se citan supuestamente con esta finalidad, lo cual genera mayores dudas sobre el soporte empírico de las medidas propuestas.¹¹⁷ En todo caso, aunque esta afirmación eventualmente puede ser cierta, la discusión de medidas restrictivas de la libertad de este tipo debería estar soportada en algo más que la intuición.

Propuesta de adopción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunos aspectos problemáticos de su fundamentación

Además de la creación de nuevos tipos penales, mediante los cuales se ha ampliado paulatinamente la noción de *actos de corrupción*, y de la eliminación progresiva de beneficios punitivos, la agenda legislativa de “lucha contra la corrupción” también ha buscado involucrar a las personas jurídicas, a través de la posibilidad de imponer sanciones de diferente índole que disuadan al sector empresarial de hacer parte de transacciones corruptas. En este sentido, en el derecho colombiano se ha dejado de concebir a las personas jurídicas como un medio, a través del cual se pueden cometer

estos mismos delitos y a tipos penales como captación masiva y habitual de dineros, enriquecimiento ilícito de particulares, instigación a delinquir, exportación o importación ficticia y evasión fiscal, entre otros.

¹¹⁵ Ver Proyecto de Ley 256 de 2013 (Cámara), 21 de marzo de 2013, 23 ss.

¹¹⁶ Ver Proyecto de Ley 163 (*supra* nota 72), 20; y Proyecto de Ley 164 (*supra* nota 72), 26.

¹¹⁷ Las cifras que aquí se dan solo muestran una cantidad de delitos cometidos, pero no se refieren a las penas impuestas ni a su ejecución: “según el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, entre los años 2008 y 2017 se identificaron 3.176 sanciones penales vinculadas a delitos asociados con corrupción’ [...]. Dentro de estas sanciones se constata que: ‘el 87.78% está relacionado con delitos contra la administración pública, seguido por 10.42% que corresponde a delitos contra el Orden Económico y Social y un restante 1.79% de delitos contra los Mecanismos de Participación Ciudadana.” Proyecto de Ley, 20; Proyecto de Ley 164, 26.

infracciones legales, para reconocerlas como “sujetos” de imputación, es decir, responsables. Como producto de este desarrollo se presentó recientemente otro proyecto de ley, también sustentado en la necesidad de combatir la corrupción, a través del cual se pretendía crear un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹¹⁸ Esta propuesta tampoco obedeció a una decisión completamente espontánea de los órganos estatales colombianos; aquí nuevamente se observa cómo la agenda legislativa nacional, al menos formalmente, es definida en buena parte por el derecho internacional. Si bien la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que genera diferentes interrogantes, tanto sustanciales como procesales, con el fin de explicar lo anterior, aquí deben bastar las siguientes consideraciones.

La necesidad de tomar medidas que afecten o hagan posible imponer sanciones a las personas jurídicas ha sido reconocida tanto en la CNUCC como en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (CCSPETCI). Sin embargo, es importante señalar que en ninguna de estas dos convenciones se establece de manera perentoria la obligación de crear un régimen de responsabilidad *penal* para entes colectivos o morales. El espíritu que al parecer guía estas dos convenciones es el del respeto por los principios de los ordenamientos jurídicos nacionales y, en este sentido, en ambos instrumentos se prevé la posibilidad de que los Estados acudan a diferentes formas de responsabilidad. La obligación de los Estados, en estricto sentido, sería entonces la de sancionar a las personas jurídicas por actos de corrupción, no la de sancionarlas, específicamente, en términos penales. Esto se puede constatar en el artículo 26 (1) CNUCC, el cual dispone que “cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, *en consonancia con sus principios jurídicos*, a fin de establecer *la responsabilidad* de [las] personas jurídicas por su participación” en actos de corrupción. Más explícitamente, en el artículo 26 (3) se prevé que “la responsabilidad

¹¹⁸ Ver Proyecto de Ley 167 de 2018 (Senado), viernes, 31 de agosto de 2018, por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público, y se dictan otras disposiciones.

de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”, pero, en cualquier caso, las sanciones deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.¹¹⁹ De manera similar, el artículo 3 (2) CCSPETCI hace referencia a la obligación de tomar “las medidas que sean necesarias, *de conformidad con sus principios jurídicos*, para establecer *la responsabilidad* de las personas morales”, al tiempo que con relación a las sanciones el artículo 3 (2) de esta misma Convención afirma que, cuando la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, el Estado deberá asegurar que se les impongan “sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias”, incluyendo sanciones monetarias.

La primera disposición que se adoptó en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo referencia expresa a las personas jurídicas y a la lucha contra la corrupción, al parecer, fue el artículo 34 del EAC, adoptado en el año 2011. El primer inciso hace referencia a la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas las medidas contempladas en el artículo 91 CPP, cuando hayan buscado beneficiarse de delitos contra la administración pública, o de cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, siempre que hayan sido realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente. En el artículo 91 del CPP se autoriza a los jueces de control de garantías, en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, suspender la personería jurídica u ordenar el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, “de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas”.¹²⁰ De acuerdo con el artículo 34 EAC, este tipo de “medida cautelar”¹²¹ podrá imponerse entonces (también) en casos de corrupción, aunque, se debe

¹¹⁹ CNUCC, artículo 26 (4). Sobre el artículo 26 CNUCC ver Borlini: *Article 26*, 274-286, quien resalta la apertura de la Convención al tratar la responsabilidad de las personas jurídicas.

¹²⁰ Al respecto ver Corte Constitucional: Sentencia C-603 del 2 de noviembre de 2016, en donde se declaró exequible esta norma, “en el entendido de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de imputación”.

¹²¹ Aclarando que durante el proceso esta medida solo es provisional y solo se puede decretar de manera definitiva en la sentencia. Esta misma figura se contemplaba en el artículo 65 del CPP anterior, Ley 600 de 2000. Al respecto ver Corte Constitucional: Sentencia C-558 del 1 de junio de 2004, 14.

decir, en realidad no parecería haber existido ningún obstáculo para que el artículo 91 CPP tuviera aplicación, por sí mismo, en estos casos, de manera que la pertinencia de lo dispuesto en el artículo 34 EAC podría ponerse en tela de juicio; el fundamento de esta norma no es entonces para nada claro, entre otras razones porque en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley del EAC no se decía nada al respecto.

El artículo 34 EAC fue modificado, en todo caso, por el artículo 35 de la Ley 1778 del 2 de febrero de 2016. Esta ley se expidió con el fin de implementar en el ordenamiento jurídico colombiano la CCSPETCI de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El ingreso de Colombia a esta organización fue presentado por el Gobierno Nacional como un logro especial, dado que de esta manera Colombia se vería obligada a adoptar en sus prácticas económicas, sociales y de gobernabilidad los más altos estándares.¹²² Pues bien, uno de los temas para los que deberían realizarse varias reformas, según el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE, era precisamente el de la responsabilidad de las personas jurídicas, debido a que el artículo 34 del EAC presentaba, de acuerdo con el informe del Grupo, vacíos importantes que dificultaban la persecución del soborno transnacional.¹²³ Como consecuencia, mediante la Ley 1778 de 2016 se implementó un régimen de responsabilidad administrativa, en aplicación del cual las personas jurídicas pueden ser sancionadas por la Superintendencia de Sociedades, cuando, por medio de empleados, contratistas, administradores, o asociados, “propios o de cualquier persona jurídica subordinada”, realicen alguno de los actos enunciados en el artículo 2 de esta ley.¹²⁴ En este régimen la sanción puede ser desde una multa hasta la prohibición de recibir hasta por cinco años cualquier tipo de subsidio o beneficio del Gobierno, pasando por la inhabilidad para contratar con el Estado hasta por veinte años o la publicación de la decisión en donde se condena a la persona

¹²² Ver Proyecto de Ley 159 de 2014 (Cámara), 4 de noviembre de 2014, 6, 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.

¹²³ Proyecto de Ley 159 de 2014, 6-7.

¹²⁴ Ver Ley 1778 de 2016, artículos 2 y 3.

jurídica.¹²⁵ A pesar de que la implementación de la CCSPETCI tuvo lugar, aproximadamente, tan solo hace dos años, en agosto del año 2018 la Procuraduría General de la Nación presentó al Senado de la República, con apoyo del Gobierno Nacional, el Proyecto de Ley 117, cuyo capítulo V pretendía crear un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que al perecer coexistiría paralelamente con el de responsabilidad administrativa instaurado mediante la Ley 1778 de 2016.

El Proyecto de Ley 117 buscaba introducir un título nuevo en el Libro Primero del CP colombiano, en donde se previera la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos señalados en el propuesto artículo 100A del CP. Estos delitos no se limitaban a los tipos penales contra la administración pública, pues en esta disposición también se hacía alusión, por ejemplo, a los delitos contra el medio ambiente, a los delitos contra el orden económico y social y a la financiación del terrorismo.¹²⁶ Según esta propuesta, las personas jurídicas podrían ser penalmente responsables cuando sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, etc., incurrieran en alguno de estos tipos penales, siempre que la conducta se hubiera cometido “en su interés o para su provecho”.¹²⁷ Este último elemento hacía referencia a la intención del sujeto que consuma la conducta punible y no (solo) al hecho (objetivo) de que la persona jurídica se hubiera visto beneficiada por dicha conducta. No obstante, este proyecto de ley también dejaba varios interrogantes, por ejemplo, con relación al tipo de régimen que se hubiera instaurado, así como sobre el fundamento del reproche que se haría a las personas jurídicas.

En el Proyecto de Ley 117 no era del todo claro qué tipo de régimen de responsabilidad penal se quería implementar. Según el artículo 100C propuesto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería

¹²⁵ Ver Ley 1778 de 2016, artículos 5 y ss.

¹²⁶ El primer párrafo del propuesto artículo 100A CP establecía que: “Las personas jurídicas de derecho privado responderán penalmente por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público”, ver Proyecto de Ley 167 de 2018, 5.

¹²⁷ Propuesta de artículo 100B. Proyecto de Ley 167 de 2018, 5-6.

“autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales”¹²⁸ y, según se afirmaba en la exposición de motivos, “lejos de consagrarse un modelo de responsabilidad objetiva [...] por los actos de [los] directivos”, el Proyecto 117 buscaba consagrar la responsabilidad penal de los entes colectivos “en razón a que [estos tienen] la capacidad [se podría agregar, por sí mismos] de crear riesgos jurídicamente desaprobados”.¹²⁹ Sin embargo, en el mismo Proyecto se preveía, como ya se mencionó, que las personas jurídicas serían responsables de los delitos “que fueren cometidos [...] *por* sus representantes legales, revisor fiscal”, entre otros.¹³⁰ Más aún, en la exposición de motivos se afirmaba también que este sería un régimen de “heterorresponsabilidad”. ¿Cómo es posible hablar de responsabilidad penal autónoma y al mismo tiempo de heterorresponsabilidad? En este punto la propuesta de reforma parecía, por lo menos, contradictoria.

Este proyecto de ley también dejaba dudas sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹³¹ El proyecto de artículo 100B condicionaba la responsabilidad a que la comisión de los delitos hubiera sido consecuencia “del incumplimiento, por parte de esta [es decir, de la persona jurídica], de los deberes de dirección y supervisión”,¹³² lo que sugiere que aquí se acogía la teoría de la organización como fundamento de la responsabilidad.¹³³ Sin embargo, en la exposición de motivos se hacía alusión al incumplimiento de estos mismos deberes, pero por los representantes legales, directivos, etc.,¹³⁴ lo que parecería ser más coherente con

¹²⁸ Proyecto de Ley 167 de 2018, 6.

¹²⁹ Proyecto de Ley 167 de 2018, 19.

¹³⁰ Ver *supra* nota 127.

¹³¹ Con relación a la falta de fundamento en este proyecto de ley sobre la capacidad de “culpabilidad” de la persona jurídica ver De la Vega: *NFP* 92, 2019, 347-348.

¹³² Ver *supra* nota 127.

¹³³ Proyecto de Ley 167 de 2018, 20. Sobre la teoría de la organización como teoría de la culpabilidad de la empresa ver Nieto: *La Responsabilidad*, 145 ss. También Ortúzar: *REJ* 16, 2012, 222-223.

¹³⁴ Ver Proyecto de Ley (*supra* nota 118), 20: “Por lo anterior, a través del presente proyecto de ley se pretende la adopción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de heterorresponsabilidad, en el que los entes colectivos son enjuiciados por las conductas de sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia

una forma de responsabilidad vicaria,¹³⁵ como ocurriría, precisamente, en un régimen de heteroresponsabilidad.

En términos generales es posible afirmar, además, que la propuesta de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo generaba interrogantes desde el punto de vista dogmático penal. La fundamentación del Proyecto de Ley 117 también era poco convincente. En la exposición de motivos se hacía referencia de manera confusa a la prevención general positiva como fin de la pena; esta forma de prevención se conectaba, sin ninguna explicación, con la prevención futura de conductas punibles,¹³⁶ sugiriendo de esta manera que la prevención general negativa sería algo así como una consecuencia de la prevención general positiva. Adicionalmente, en la exposición de motivos se llamaba la atención sobre el “elemento afflictivo” de las sanciones penales y se afirmaba, como argumento a favor de la necesidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que solo imponiendo una sanción penal se podría restablecer la confianza de la comunidad en la vigencia de las normas.¹³⁷ Sin embargo, bien podría preguntarse si el “elemento afflictivo” de la sanción impuesta a una persona jurídica efectivamente es diferente si se impone desde el derecho penal a si se impone desde el derecho administrativo sancionador, a pesar de que se trate de la misma clase de sanción, o por qué el “efecto comunicativo” de una sanción de multa o de la prohibición de realizar ciertas actividades, como contratar con el Estado, es mayor cuando es impuesta por un juez penal que cuando lo es por una autoridad administrativa. El Proyecto de Ley 117 no ofrecía al respecto ninguna respuesta.¹³⁸

Por otro lado, en la fundamentación del proyecto se hacía alusión a otros ordenamientos jurídicos, pero sin llevar a cabo un análisis comparado del derecho en el que se demostrara por qué se implementaron en esos países las medidas mencionadas ni sus efectos. Tampoco se explicaba la

del incumplimiento, *por parte de estos*, de los deberes de dirección y supervisión” (cursivas añadidas).

¹³⁵ Ver Nieto: *La Responsabilidad*, 88 ss. También Ortúzar: *REJ* 16, 2012, 215 ss.

¹³⁶ Ver Proyecto de Ley 167 de 2018, 18.

¹³⁷ Proyecto de Ley 167 de 2018, 19.

¹³⁸ Sobre las debilidades de este proyecto de ley en cuanto a los fines preventivos de la sanción penal ver De la Vega: *NFP* 92, 2019, 346.

relación entre la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la lucha contra la corrupción ni si esta figura había traído algún efecto positivo en este sentido en dichos países. De hecho, no se explicaba por qué es necesario aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no, más bien, por ejemplo, ampliar las medidas implementadas a nivel administrativo por la Ley 1778 de 2016 sobre el soborno transnacional, a las cuales no se les ha dado suficiente tiempo para decantar sus posibles resultados preventivos. En el Proyecto de Ley solo se afirmaba como conclusión que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “es una necesidad impuesta por las nuevas realidades de la criminalidad”,¹³⁹ sin que esto se hubiera demostrado. Al final, la propuesta parecía obedecer simplemente, por un lado, a una “moda” (en la exposición de motivos se asume que no hay discusión al respecto) y, por otro lado, a la aparente tendencia del derecho internacional. En este contexto se extraña una fundamentación más reflexiva –incluso con fundamento empírico–, para una decisión político-criminal de esta envergadura.

Conclusión

La agenda legislativa colombiana sobre corrupción, en materia penal, ha estado marcada en los últimos años al menos por tres características. En primer lugar, por la influencia del derecho internacional, en la medida en que la aparición de instrumentos internacionales ha hecho que el concepto de corrupción se defina mediante la interpretación sistemática de normas pertenecientes tanto al ámbito nacional como al internacional. Esta interpretación se ha hecho a partir de los tipos penales previstos en el CP colombiano, en los que se describen conductas consideradas como “actos de corrupción”, dado que coinciden con las conductas mencionadas en tratados como la CICC y la CNUCC. Pero la influencia del derecho internacional no se ha limitado a que conductas previamente tipificadas se enmarquen en dicha categoría; también ha llevado a que se tipifiquen conductas nuevas, como ocurrió con el soborno transnacional y la corrupción

¹³⁹ Ver Proyecto de Ley 167 de 2018, 19.

entre privados. En segundo lugar, las reformas legales que se han llevado a cabo o se han propuesto como parte de esta agenda evidencian un marcado enfoque represivo, en el que la privación efectiva de la libertad se convierte en el mecanismo privilegiado, mediante el cual se busca generar un efecto disuasivo, dando prioridad a la prevención general negativa, incluso desde antes de que los procesos penales terminen. La prohibición progresiva de subrogados penales y de medidas sustitutivas de la detención preventiva en establecimiento carcelario así lo demuestran. Sin embargo, y esta es la tercera característica, no pareciera que estas medidas obedecieran a una reflexión político-criminal hecha con detenimiento, sino a intuiciones. Así ocurrió también con la propuesta para adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual hizo parte de las medidas anticorrupción presentadas en los últimos años al Congreso de la República, sin que existiera evidencia clara sobre su verdadera necesidad. En este contexto, el derecho internacional ha hecho las veces más bien de argumento de autoridad que eximiría de un análisis objetivo sobre la conveniencia de las reformas legales.

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, como lo hace la Corte Constitucional, que la corrupción amenaza los fundamentos democráticos del Estado y que arriesga el crecimiento económico de la Nación, no solamente se esperaría que existiera mayor precisión sobre lo que en realidad puede ser denominado como tal, y en este sentido que se hiciera un uso más prudente del concepto —no obstante ser este un fenómeno dinámico, tal y como también lo ha dicho la misma Corte—, sino además que se reaccionara contra él de manera algo más racional, es decir, con mayor soporte empírico y claridad en los objetivos perseguidos. Ni las tendencias del derecho internacional ni la gravedad de las conductas deberían ser argumentos suficientes para la adopción de medidas que endurecen el ejercicio del poder punitivo estatal. Ahora, cuando el presidente de la República ha vuelto a anunciar que insistirá en medidas de esta misma clase,¹⁴⁰ no deja de ser pertinente llamar la atención sobre la necesidad de fundamentar adecuadamente dichas iniciativas.

¹⁴⁰ Ver *Portafolio*: “Reforma pensional y anticorrupción, los temas centrales de Duque”.

Bibliografía

- Borlini, Leonardo: “Article 26. Liability of Legal Persons”, en *The United Nations Convention against Corruption*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 274-286.
- Cancelado, Manuel: “La corrupción como consecuencia. Actuar en la interfaz individuo-sociedad.”, en *Corrupción en Colombia. 1. Corrupción, política y sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 327-349.
- De la Vega, Orlando: “¿Responsabilidad penal de la persona jurídica? Comentario al Proyecto de Ley 117 de 2018 (Gaceta del Congreso, año XXVII, N° 631, agosto de 2018)”, en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, 92, enero-junio de 2019, 345-348.
- Gómez, Iván: “Erradicar la corrupción con sus raíces. Llamado interdisciplinario de emergencia”, en *Corrupción en Colombia. 4. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 605-647.
- Hough, Dan: *Analysing Corruption*, Newcastle: Agenda Publishing, 2017.
- Jakobs, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983.
- Nieto, Adán: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Madrid: Iustel, 2008.
- Ortúzar, Andrés: “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley n.º 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, 16, 2012, 195-257.
- Rose-Ackerman, Susan: *La Corrupción y los Gobiernos*, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.
- Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: C.H. Beck, 2006.
- Rose, Cecily, Michael Kubiciel, y Oliver Landwehr: “Introduction”, en *The United Nations Convention against Corruption*, Oxford: Oxford University Press, 2019, 1-13.
- Sánchez, Liliana: *Entre el Control de la Criminalidad y el Debido Proceso. Una Historia del Proceso Penal Colombiano*, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017.
- Urbano, José: “Corrupción e impunidad. Limitaciones del sistema acusatorio para combatir la corrupción”, en *Corrupción en Colombia. 4. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 345-390.

Velásquez, Fernando: *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional: Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994.
Corte Constitucional: Sentencia C-709 del 9 de diciembre de 1996.
Corte Constitucional: Sentencia C-397 del 5 de agosto de 1998.
Corte Constitucional: Sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005.
Corte Constitucional: Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006.
Corte Constitucional: Sentencia C-172 del 8 de marzo de 2006.
Corte Constitucional: Sentencia C-200 del 14 de marzo de 2012.
Corte Constitucional: Sentencia C-306 del 26 de abril de 2012.
Corte Constitucional: Sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012.
Corte Constitucional: Sentencia C-944 del 14 de noviembre de 2012.
Corte Constitucional: Sentencia C-084 del 20 de febrero de 2013.
Corte Constitucional: Sentencia C-434 del 10 de julio de 2013.
Corte Constitucional: Sentencia C-181 del 13 de abril de 2016.
Corte Constitucional: Sentencia C-191 del 20 de abril de 2016.
Corte Constitucional: Sentencia C-297 del 9 de junio de 2016.
Corte Constitucional: Sentencia C-603 del 2 de noviembre de 2016.
Corte Constitucional: Sentencia C-091 del 15 de febrero de 2017.

Gacetas del Congreso de la República de Colombia

Proyecto de Ley 142 de 2010 (Senado), en *Gaceta del Congreso*, Año XIX - n.º 607, Bogotá, 7 de septiembre de 2010.
Proyecto de Ley 256 de 2013 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, Año XXII - n.º 117, Bogotá, 21 de marzo de 2013.
Proyecto de Ley 159 de 2014 (Cámara), en *Gaceta Judicial*, Año XXIII - n.º 678, Bogotá, D.C., 4 de noviembre de 2014.
Proyecto de Ley 005 de 2017 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, Año XXVI - n.º 587, Bogotá, 24 de junio de 2017.
Proyecto de Ley 167 de 2018 (Senado), en *Gaceta del Congreso*, Año XXVII - n.º 631, Bogotá, D.C., viernes, 31 de agosto de 2018.
Proyecto de Ley 163 de 2018 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, Año XXVII - n.º 736, Bogotá, 20 de septiembre de 2018.
Proyecto de Ley 164 de 2018 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, Año XXVII - n.º 736, Bogotá, 20 de septiembre de 2018.

Consideración y votación en primer debate en el Senado del Proyecto de Ley 119 de 2019 Senado - 163 de 2018 (Cámara), en *Gaceta del Congreso*, Año XXVIII - n.º 1020, Bogotá, 11 de octubre de 2019.

Documentos periodísticos

El Espectador: “Así quedaron las siete preguntas de la consulta anticorrupción”, 20 de junio de 2018, <https://www.elespectador.com/noticias/politica/asi-que-daron-las-siete-preguntas-de-la-consulta-anticorrupcion-articulo-795443>, (28.03.2020).

El Espectador: “Así se robaron la plata del cartel de la hemofilia en Córdoba”, 18 de julio de 2018, <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-se-robaron-la-plata-del-cartel-de-la-hemofilia-en-cordoba-articulo-800991>, (28.03.2020).

El Espectador: “Le imputan a Moreno peculado por \$218.000 millones”, 19 de septiembre de 2011, <https://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/le-imputan-moreno-peculado-218000-millones-articulo-300527>, (28.03.2020).

El Tiempo: “Contrarreloj para aprobar los 15 proyectos anticorrupción”, 30 de octubre de 2018, <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/proyectos-anticorrupcion-en-carrera-contra-el-reloj-287298>, (30.03.2020).

El Tiempo: “Corrupción e inseguridad, entre lo que más inquieta a los colombianos”, 28 de febrero de 2018, <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/resultados-encuesta-bimestral-de-gallup-colombia-188434>, (28.03.2020).

Ministerio del Interior: “El Gobierno Nacional radica 8 proyectos de lucha contra la corrupción”, <https://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/el-gobierno-nacional-radica-8-proyectos-de-lucha-contra-la-corrupcion>, (28.03.2020).

Montenegro, Armando: “Prealentamiento electoral”, en *Periódico El Espectador*, 29 de julio de 2017, <https://www.elespectador.com/opinion/prealentamiento-electoral-columna-705468>, (28.03.2020).

Portafolio: “Reforma pensional y anticorrupción, los temas centrales de Duque”, 20 de julio de 2019, <https://www.portafolio.co/economia/discurso-duque-instalacion-del-congreso-2019-531734>, (28.03.2020).

Semana: “Escándalo de Odebrecht: Los Buldócer en la mira”, 25 de noviembre de 2018, <https://www.semana.com/nacion/articulo/odebrecht-senadores-recibieron-coimas-a-cambio-de-trabajar-para-odebrecht/548534>, (28.03.2020).

Semana: “Odebrecht: capturan al empresario Mauricio Vergara”, 11 de agosto de 2017, <https://www.semana.com/nacion/articulo/odebrecht-capturan-al-empresario-mauricio-vergara/536102> (28.03.2020).

Semana: “Por naturaleza, la agenda anticorrupción es ajena al Congreso’: Angélica Lozano”, 20 de junio de 2019, <https://www.semana.com/nacion/articulo/se-hundieron-la-mayoria-de-proyectos-anticorrupcion/620359> (28.03.2020).

ANTIGÜEDAD Y PERSISTENCIA DE LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN LAS CAPAS DIRIGENTES CHILENAS

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El artículo reconstruye históricamente la corrupción en Chile, demostrando su larga y persistente ocurrencia, siempre a manos de las capas o grupos dirigentes del país. Muestra, asimismo, las maniobras políticas y, últimamente, también jurídicas para librar de pena o procesos penales a los autores conspicuos de cohecho y delitos análogos contra la hacienda pública o la economía nacional. El fenómeno se extiende a partir de la dictadura militar iniciada en 1973 y continúa su marcha rampante hasta el día de hoy en todos los poderes del Estado. Este escrito concluye con un llamado a cobrar conciencia del fenómeno, como primer paso para poder lidiarlo.

Palabras clave: historia de Chile; cohecho; oligarquía; reforma penal; derecho penal simbólico; impunidad.

ABSTRACT. This article historically reconstructs corruption in Chile, demonstrating its long and persistent occurrence, always at the hands of the country's leadership groups or layers. It also shows the political and, lately, judicial maneuvers to free from punishment or criminal proceedings the conspicuous perpetrators of bribery and analogous crimes against the public treasury or national economy. The phenomenon extends from the military dictatorship that began in 1973 and continues its rampant march to this day in all powers of the State. The article ends with a call to raise awareness of the phenomenon, as a first step toward being able to deal with it.

Keywords: History of Chile; bribery; oligarchy; penal reform; symbolic criminal law; impunity.

La integridad de la sociedad chilena: ¿hecho social o fabulación política?

En los párrafos inaugurales del Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre Probidad y Prevención de la Corrupción (1994), se lee que Chile tiene una “larga y sólida tradición de integridad pública”, una “impresionante historia de probidad”, por entero ajena a la “corrupción sistémica o generalizada” que afecta “al conjunto del Estado y el régimen político”.

La iniciativa de instituir dicha comisión oficial, según los autores del Informe, no se originó en “una súbita proliferación de conductas corruptas”, sino que fue “un recurso razonable y anticipado de prevención de un mal político endémico, cuyas manifestaciones deben estar sujetas a dispositivos estrictos y eficaces de vigilancia y control político y ciudadano”.¹ Sin embargo, estas palabras de lisonja callan que el gobierno de la época, el segundo tras el restablecimiento de la democracia, había creado la comisión como resultado de un desfalco cometido desde el interior y en gigantesco perjuicio de la Corporación Nacional del Cobre, principal empresa del Estado. En su extraordinaria gravedad, el suceso motivó publicaciones sobre la corrupción en general, algunas de juristas, y la mayoría de politólogos y sociólogos.² La importancia de la discusión sobre el asunto —el caso se tramitaría en un larguísimo proceso judicial—, empero, fue minimizada desde el ámbito político y los autores fueron desacreditados por no comprender la excepcional calidad del país en la materia, con su trayectoria integérrima apenas maculada por unos pocos casos, insignificantes si se los compara con el resto de Iberoamérica.³

Parecidos términos lucen en el Informe final del Consejo Presidencial contra los Conflictos de Interés, Tráfico de Influencias y Corrupción, del año 2015. Habían pasado veinte años. Las aguas escaldaban. Ya no

¹ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, 1996, 202-203.

² La fuente citada en la nota anterior registra dieciséis artículos. Incluye, también, el texto del Decreto 423, del Ministerio del Interior, de 18 de abril de 1994, en que el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle instituye la comisión, fija sus objetivos y nombra a sus integrantes.

³ Cfr. Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, 2004, 2-3.

era posible escamotear al público las dimensiones de nuevos hechos de corrupción y otros que se arrastraban de las presidencias anteriores.⁴ Esta vez, tanto el jefe de Estado como los miembros de su consejo hicieron hincapié en la ilegalidad de estas prácticas, su “larga data”, su proliferación por el creciente influjo del poder económico en las decisiones políticas, así como en el abuso de los cargos públicos en pos de ventajas extraoficiales de sus servidores.⁵ Con todo, el documento no aporta un respaldo sobre su aseveración de que se trataría de “unos pocos casos condenables”. Antes bien, asegura que los chilenos podemos sentir orgullo de la honestidad de los trabajadores y del abnegado esfuerzo de los empresarios, y advierte que, si aquellos acontecimientos no deben ser desdeñados, tampoco habría que sobrevalorarlos como si Chile fuese un estado catastrófico.⁶

Pese a la labor de estos cuerpos colegiados y las reformas legales a las que dieron lugar sus propuestas –de las que se dirá lo indispensable *infra*, apartado “Multiplicación extensiva de la criminalidad venal y reformas legales”, a propósito de la multiplicación extensiva de la criminalidad venal–, el hecho es que la corrupción parece campar hoy por sus fueros en los niveles superiores de los organismos públicos de todos los poderes del Estado. Una constatación desoladora, pero en absoluto sorprendente para el conecedor de la historia de la criminalidad. En lo que viene procuraré mostrar que el problema posee unos contornos mayores que los reconocidos con optimismo en documentos oficiales, informes privados, obras de historiadores antiguos y la conciencia de los ciudadanos. El cuadro resultante

⁴ De ellos se hará sucinto mérito más adelante. En todo caso, los más sonados fueron el pago de sobresueldos con fondos privados que recibieron altas autoridades y funcionarios del Ministerio de Obras Públicas durante el gobierno de Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) y el desvío de fondos públicos, a través del Instituto Nacional del Deporte, hacia el financiamiento de campañas políticas de los partidos del gobierno que encabezó Michelle Bachelet Jeria desde 2006 hasta 2010.

⁵ Consejo Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2005, 13 y 25. Entre las páginas 19 y 23 figura el Decreto 2, de 10 de marzo de 2015, que crea el Consejo. El artículo 2.º fijó un plazo de 45 días para emitir su Informe. Es evidente que la cosa no estaba para largas. Véase *infra*, texto y nota 101.

⁶ Por lo demás, “el país cuenta con una base institucional y con herramientas públicas y privadas capaces de reaccionar ante nuestros defectos con prontitud, sinceridad y eficacia”. Consejo Presidencial contra los Conflictos de Interés, 31. Más adelante habrá oportunidad de evaluar la exactitud de esta manifestación de confianza del consejo.

desmiente la suposición, en parte cándida, en parte maliciosa, de ser Chile un país “pobre, pero honrado”, como gustaban en llamarse los connacionales hasta 1973. Ingenuidad y fabulación política se juntan para disimular una realidad poco edificante, a saber, que la corrupción es inveterada, la cultivan en primer lugar las capas dirigentes y desde estas se derrama, con adaptaciones impuestas por la estructura social del país, al conjunto de la comunidad. Tal realidad queda especialmente certificada en las manifestaciones precipuas del fenómeno, así las más antiguas como otras de palpitante actualidad, todas las cuales convergen en las dos especies de cohecho político, el parlamentario y el electoral.⁷ Con un papel secundario, pero cada vez más corrosivo, desde mediados del siglo XX se entrometen el financiamiento ilegal de campañas electorales, la distribución clientelar de prerrogativas y el aprovechamiento de investiduras públicas en pos de la bonanza particular de titulares y allegados.

La investigación exige introducir dos precisiones conceptuales. Por una parte, se emplea deliberadamente la denominación *capas dirigentes* para mentar al grupo de pertenencia de los sujetos que dirigen al país. No se nos oculta que la historiografía contemporánea prefiere los términos *élite* u *oligarquía* para designar al colectivo que dirige los destinos de la comunidad chilena.⁸ Sin embargo, tienen el inconveniente de contraer nuestro argumento a una minoría humana, un reducido círculo de personas que controla el poder político e influye decisivamente en la sociedad, su cultura, sus costumbres y su economía. Puede que la contracción semántica convenga al panorama de la corrupción hasta los años treinta del siglo

⁷ Profundizo sobre estos conceptos en Guzmán Dalbora: *Colectánea criminal*, 163-202. Allí explico que el cohecho político consiste en ciertos negocios corruptos que sobrevienen en elecciones, votaciones y otros procedimientos de carácter político, sea los que atañen a la soberanía de los Estados singulares, que es lo más corriente en el derecho extranjero, sea aquellos que inciden en la producción normativa de organizaciones políticas supraestatales (170). La especie electoral es el soborno de los sujetos titulares de derechos políticos activos que son ejercidos en elecciones y votaciones; el cohecho parlamentario, en cambio, denota la corrupción de los representantes del pueblo o de Estados, en los procesos normativos que acontecen dentro de asambleas legiferantes de carácter político, sean comunales, provinciales, regionales, nacionales o supraestatales (185).

⁸ Así, respectivamente, Correa Sutil: *Con las riendas del poder*, 9, 26, 29, 30 y 31; Salazar y Pinto: *Historia contemporánea de Chile*, 37-43.

pasado, a cambio de lo cual es seguro que no daría cuenta de la extensión del fenómeno en las décadas siguientes. También por eso evitamos el empleo del concepto sociológico *clase alta*, maguer seamos conscientes de la acusada estratificación social del país y lo relativamente sencillo que resulta identificar en él a aquel estrato, exiguo en composición, pero de incontrastable poder político, económico y militar. Asimismo, si antaño gozó de algún predicamento la expresión *fronda aristocrática*,⁹ hoy resulta inapropiada por partida doble. El galicismo *fronda* sugiere unos propósitos insurrectos ausentes en el escenario histórico de explotación particular de los negocios públicos que protagonizan las capas dirigentes locales. Por otro lado, la adjetivación que la acompaña, grata a sus miembros, carece de respaldo en la sociedad de la época colonial y tanto menos lo hubiera podido adquirir en la República.¹⁰ En su lugar, viene mejor al objeto de estas páginas la palabra *capa*, entendida como grupo superpuesto a otros con los que forma un todo. Sociológica e históricamente hablando, nuestra capa dirigente designa un conglomerado humano compuesto por miembros de las clases alta y media, esto es, personas provistas de recursos económicos, poder político, medios de información, vínculos civiles y castrenses, cargos, profesiones o conocimientos que los colocan en posición de dirigir el país, lo que significa guiarlo y gobernarlo, orientando o ejecutando inmediatamente una congerie o acumulación de actividades orientadas a ciertos fines.

En segundo término, nos servimos del término *prácticas corruptas* para no ceder al impulso de definir por propia cuenta el nebuloso concepto de corrupción. En su mejor sentido jurídico, que pasó a ser controvertido

⁹ Véase el ensayo *La fronda aristocrática en Chile* (2001), del historiador y político Edwards Vives.

¹⁰ Los paupérrimos títulos nobiliarios comprados a la corona española por algunos señores de horca y cuchillo durante la dependencia política de la metrópoli europea no llegan en cantidad e importancia a prendas de honor ni a la diferenciación de una aristocracia. Así y todo, el pretexto de ascendencia nobiliaria se esconde todavía en la jactancia del pasado ilustre que revelarían apellidos extranjeros o de un supuesto linaje peninsular distinguido. Nada de esto corresponde a la realidad de las familias, pero incide en los modos altaneros con que los elegidos tratan a sus subalternos y el tono empaquetado con que estos se dirigen a aquellos. Descontado lo mal que habla todo esto de la integración social del país, es fuente también de sabrosas frases, actitudes y disposiciones, algunas hilarantes en su ridiculez. Véase la documentada crónica *Siútico. Arribismo, abajismo y vida social en Chile* (2008), de Óscar Contardo.

en el quehacer científico de los últimos años, la corrupción se enlaza únicamente con el delito de cohecho en la administración pública.¹¹ Ahora bien, aunque se extienda la estructura bilateral del cohecho a variedades trilaterales,¹² no necesariamente relacionadas con ataques a bienes del Estado, igual quedamos atrapados por una forma del pensamiento jurídico, la del pacto en que una persona da o promete a otra una remuneración, generalmente apreciable en dinero, para que esta realice algo abusivo o contrario a su deber.¹³ Parecida suerte corren las definiciones filosóficas de la corrupción, incluyendo las más logradas, que tampoco consiguen zafarse del cohecho.¹⁴ En cambio, adoptaré una noción criminológica del concepto, más abierta que los perfiles del cohecho y, al mismo tiempo, no condicionada por la cuestión jurídica de la diversidad de objetos de tutela que yace tras las conductas, bastante heterogéneas entre sí, que enlistan las convenciones internacionales sobre el particular.¹⁵ Contemplada como hecho social, la corrupción consiste en *una serie de formas de abuso o torcimiento interesados de funciones públicas, llevadas a cabo unilateral o bilateralmente por agentes oficiales, representantes políticos o simples particulares.*

Con este hilo de Ariadna se desplegarán las fases periodizadas en la pesquisa, cuyo carácter la inscribe en la criminología histórica. No disponiendo de estudios empíricos que permitan delinear con rasgos netos y

¹¹ Muy precisos al respecto, Rodríguez Collao y Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública*, 23-24.

¹² Tal como propone Kindhäuser: *Política criminal*, 3, 2007, 5-6. Lo siguen Artaza Varela: *Revista electrónica Política Criminal*, 11 (21), 2016, 318 y Mañalich Raffo: *Revista de Estudios de la Justicia*, 23, 2015, 94.

¹³ Guzmán Dalbora: *Colectánea criminal*, 163 y ss.

¹⁴ Como, p. ej.: "La corrupción consiste en la violación de una obligación por parte de un decisor con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional de la persona que lo soborna o a quien extorsiona". Garzón Valdés: *Revista Estudios Filosofía-Historia-Letras*, n.º 45-46, 1996, 188.

¹⁵ En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) se nombra el soborno de funcionarios públicos nacionales o extranjeros, cohecho entre particulares, blanqueo de capitales delictuosos, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, abuso de funciones públicas y enriquecimiento ilícito de funcionarios (artículos 15 al 29). El abigarramiento de conductas prohibidas bajo la misma denominación aparecía, en un catálogo menos extenso, en la CICC (1996): cohechos pasivo y activo, consecución indebida de beneficios, aprovechamiento de bienes o secretos por funcionario público, soborno transnacional y enriquecimiento indebido, entre otros (artículos VI, VIII, IX y XI).

completos el género de corrupción que padece hoy la sociedad chilena,¹⁶ del mismo modo que tampoco hay una información estadística confiable de los hechos correlativos, pues sus autores se han parapetado tras eficaces mecanismos legales, judiciales y sociales de inmunidad diferencial, la historia de la criminalidad, empero, puede arrojar luces sobre la casuística delictuosa más frecuente o típica de un período determinado, mostrándonos su dependencia cultural y sus relaciones con el estado de la vida del país. De ahí que, al igual que en toda criminología histórica, el tema de la corrupción chilena no tendrá tanta relación con los delitos tipificados por el Código Penal, sino con cómo ellos se presentan en la realidad, por lo que hay que tener presente que las circunstancias de cada época influyen sobre su peculiar especie de delincuencia y, al cabo, nos enseñan la condicionalidad histórica de la criminalidad actual.¹⁷ En otras palabras, las prácticas corruptas de hoy, así como los factores que posibilitan su ocurrencia, dilatación e impunidad, pudieran diferir parcialmente de las pretéritas, pero también continuar enhebradas de condiciones de hondo arraigo en el país. De ser así, la investigación que propongo, si no es capaz de compensar el déficit criminológico del panorama nacional, por lo menos incrementa el conocimiento sobre la materia y abre paso a la liberación de las ilusiones perdidas.

Por lo demás, pocos ejemplos habrá más nítidos de la dependencia de la criminalidad existente respecto de sus condicionamientos históricos, que el espectro de la corrupción. Todas las prácticas ilegales que han conmovido a la opinión pública en los últimos años, incluso en los meses en que escribo estas cuartillas,¹⁸ reconocen su *pendant* en las corruptelas del aparato público y el mundo patronal de otrora. Semejantes son también las maniobras de disimulo y soterramiento de los escándalos. La persistencia del fenómeno, corroborada por la investigación histórica, debiera aleccionarnos que las medidas con que prevenir y castigar la corrupción

¹⁶ Semejante, Godoy A.: *Revista Chilena de Ciencia Política*, XVII (1-2), 1996, 18.

¹⁷ Radbruch y Gwinner: *Historia de la criminalidad*, 6. Las fuentes de conocimiento, en nuestro caso, son suministradas por la historiografía, crónica y novelística nacional, además de documentos oficiales, actas parlamentarias y algunos procesos judiciales.

¹⁸ De noviembre de 2018 a mayo de 2019.

serán completamente ineficaces o, lo que es peor, no pasarán de un gesto ceremonial del más puro derecho penal simbólico, si se persiste en la falacia de la honestidad de nuestros dirigentes, si continuamos ignorando el rotundo testimonio de los hechos. Atendidos los íntimos puntos de contacto entre el nivel de la corrupción y el estado de una democracia, el desafío de quitarse la venda que cubre la mirada adquiere proyecciones inmensas. “La mentalidad colectiva del cuerpo social de la nación chilena podría sanarse de sus anormalidades políticas, de sus imperfecciones de democracia, después de tomar conciencia de su inveterada propensión a reincidir en una diversidad de formas de latrocinios privados de los bienes de interés público”.¹⁹

A una sucinta demostración de esta tendencia están dedicados los párrafos siguientes.

Progresión de las prácticas corruptas desde 1833 hasta 1973

Al contrario de la suposición de la historiografía de finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, a la que debemos una autoimagen de excepcional integridad en el proscenio de venalidad endémica en el continente americano,²⁰ las prácticas corruptas acompañan el quehacer de las capas directoras desde la independencia de Chile.

Presa permanente de ellas fueron las votaciones y elecciones. La desfiguración de la voluntad popular llegaría a convertirse en paradigma del deterioro de las costumbres hasta la guerra civil de 1891, cuya causa fue la pugna por conservar o suprimir las corruptelas políticas. Luego, cohecho electoral y parlamentario gobiernan sin contrapeso de 1891 a 1930, siquiera no más en el papel de únicos responsables de la desmoralización colectiva, tónica espiritual al cumplirse el primer centenario de la

¹⁹ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 13.

²⁰ Destellos de la cual brillan en algunos estudios de la cuestión en nuestros días. Cfr. Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, n.º 8, 2004, 2-3; Orellana Vargas: *Revista de Sociología*, 21, 2007, 258.

independencia.²¹ Los escoltó un piélagos de conductas reprobables –revelación de secretos patrimoniales o financieros del Estado, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias–, cuyo rampante desarrollo generalizó el clientelismo político insinuado a mediados de la centuria precedente. Estos elementos continuaron su perturbadora tarea en las décadas sucesivas, cuando se exacerbó la parcialidad en la distribución de empleos públicos y se multiplicaron conflictos de intereses que ningún gobierno tuvo la voluntad o la capacidad de enfrentar. Episodios de particular gravedad afearon las segundas administraciones de los presidentes Arturo Alessandri Palma (1932-1938) y Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958), hasta que sonó la hora del completo desquiciamiento de los asuntos públicos con la rebelión de 1973.

Las prácticas corruptas no son presentadas como característica distintiva de la primera fase de la vida republicana, si por ella entendemos el período que va desde 1810 hasta la séptima década del siglo XIX, cuando se aprueba el Código Penal (1874). Desgraciadamente, la salud del país no era tan prometedora como parecería y, de haber disfrutado de ella, tampoco es de agradecer a la moralidad de los grupos dirigentes, hijos y nietos de los hombres que personificaron la emancipación y los pródromos de la organización constitucional. Del contraste entre el discurso oficial y la realidad privada, antigua lacra de la clase alta, ocupa una prueba el destino que cupo a la primera ley electoral, aprobada en 1810 por la Junta de Gobierno para la elección de un Congreso Nacional. Allí, junto al establecimiento del voto censitario, se conmina con la pérdida de los derechos políticos a quienes ofrezcan o admitan cohecho para que la elección recaiga en determinada persona. Pues bien, tal disposición fue violada incluso por los vocales de la Junta, que intervinieron abiertamente en favor de sus parientes y amigos.²² Este fue el primer eslabón de la desgraciada cadena por la cual las elecciones políticas, “hasta las verificadas en el último tiempo, hayan adolecido del vicio del cohecho, ya por obra de los

²¹ De desmoralización nacional, en su evaluación de ciento cincuenta años de vida republicana, habla Jobet: *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*, 229.

²² Amunátegui Solar: *La democracia en Chile*, 16 y 17. En el mismo sentido, Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 39.

gobiernos, ya de los partidos, ya de los candidatos mismos, o, simultáneamente, de este triple origen”.²³

El siglo XIX estuvo lastrado por el fraude electoral, versátil como el que más en su mimética capacidad de adaptación a las circunstancias. Hasta las reformas políticas de los años setenta viste su atuendo más burdo, la intervención presidencial directa, que era el medio que bastaba entonces para garantizar la mancomunidad del interés público con los intereses privados de la élite. En efecto, un pequeño número de familias, principalmente de la capital, todas relacionadas por lazos de parentesco, ideológicos, económicos, costumbristas y otros, eran las dueñas del país.²⁴ La manipulación de las elecciones permitía unificar por arriba el poder económico con el poder político. La tarea fue sencilla y de desembozada ejecución. Favorecieron su descaro el estrecho círculo de la oligarquía, con raíces arcaicas en el latifundio, la organización política de absoluto dominio del presidente de la República trazada en la Constitución de 1833 y el sistema electoral. El presidente designaba directamente a las autoridades y los funcionarios de la Administración, indirectamente a los jueces²⁵ y, meced a la conducción de las elecciones, también a los miembros del Congreso.²⁶ Asegurado el poder político de la oligarquía, más tarde, a medida que algunos de sus miembros

²³ Amunátegui Solar: *La democracia en Chile*, 17. El autor escribió esta frase en 1946, pero parece escrita para la actualidad.

²⁴ “El estado como tal no era otra cosa que un instrumento al servicio de una clase social cuya base de poder residió en la estructura social más que en el aparato propiamente estatal, siendo este último sólo un instrumento auxiliar de la oligarquía”. Jocelyn-Holt Letelier: *El peso de la noche*, 27-28.

²⁵ Esto subsiste en la anticuada organización judicial, con la única y parcial excepción de los jueces de la Corte Suprema, elegidos por el Senado de una nómina que le propone el Gobierno. Es fuente de toda clase de corruptelas, principalmente tráfico de influencias, el último de cuyos episodios ha estallado con escándalo indisimulable en abril de 2019. Cfr., *infra*, nota 106.

²⁶ El electorado era muy pequeño. La ley electoral de 1833 redujo de hecho su cifra a unos pocos miles de electores, varones propietarios de fincas, maestros y artesanos alfabetizados. La intervención operaba en todos los momentos del proceso: en el registro de los electores antes de cada justa electoral –las boletas de calificación, indispensables para sufragar–, en los días de votación y durante el recuento de los votos. Se suplantaba, intimidaba, arrestaba o sobornaba a votantes no adeptos al Gobierno. Estas maniobras, orquestadas desde la Moneda, las ejecutaban intendencias y gobiernos locales. Cfr. Collier y Sater: *Historia de Chile*, 61 y 62. Sonados escándalos levantarían las elecciones de 1828, 1834, 1841 (en las que votó un gran número de personas sin derecho a sufragio), 1858 y 1863. Cfr. Amunátegui Solar: *La democracia en Chile*, 41, 68, 73-74, 82, 143 y 163.

se empobrecieron y, por otra parte, el aparato público fue incorporando en cargos subalternos a personas salidas de la incipiente clase media, se pudo replicar la usanza de nepotismo que se arrastraba desde la noche colonial, práctica que con el tiempo sentaría las bases clientelistas del descontrolado cohecho electoral que signa el período a caballo entre los siglos XIX y XX.²⁷

La injerencia en las elecciones presenta una nueva tarjeta de visita tras las reformas constitucionales y electorales del último cuarto de siglo. La más significativa fue la introducción del voto universal para los varones mayores de edad, indirectamente en 1873, de lleno en 1888.²⁸ Se hizo evidente a las capas dirigentes que ya no bastaba con impartir órdenes o coaccionar a un pequeño electorado cautivo. Había que corromper a una masa de gente mayor, sumida en la pobreza y la ignorancia.²⁹ Tampoco son para olvidar ciertos factores financieros y administrativos. Por un lado, la recesión internacional de 1873, la avasallante depreciación monetaria interna, que principia el año siguiente, los déficits de las finanzas públicas, que se tornarían crónicos, y la autorización para emitir papel moneda —billetes de curso forzoso sin respaldo en metálico— instaurada en abril de 1879, cuando ocupaba la cartera de Hacienda un personaje epónimo de los desfalcos que no tardarían en llegar. La inconvertibilidad de la moneda, que se mantuvo mucho tiempo después, enriqueció a los latifundistas representados en el Parlamento, deterioró seriamente la economía nacional, generó una enorme inflación destinada a perdurar durante un siglo, disipó los ahorros, estimuló el agiotaje y hundió a las clases más modestas en inenarrable carestía.³⁰ Por otro lado, la depreciación monetaria y la inconvertibilidad

²⁷ Sobre el compadrazgo y el clientelismo, un tumor enquistado hasta la médula de la sociedad en su conjunto, salvo los sectores más pobres, que carecen de poder, véase Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 22.

²⁸ Cfr. Urzúa Valenzuela: *Historia política de Chile y su evolución electoral*, 232-234. De otras reformas políticas del período, relativas al sistema electoral y la composición del Senado y la Cámara de Diputados, trata Donoso: *Desarrollo político y social de Chile desde la Constitución de 1833*, 68 y ss.

²⁹ Convergen en la apreciación dos historiadores de muy diversa inspiración ideológica, Vial Correa: *Historia de Chile*, 586, y Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 140.

³⁰ Sobre este fenómeno y sus proyecciones penales tratamos en nuestra memoria de licenciatura (inédita), González Valdés y Guzmán Dalbora: *Setenta años de reformas penales*, Valparaíso, 1987, 129-158, con acopio de bibliografía.

entregaron un poder ingente a los bancos, entonces de carácter exclusivamente privado, poder no solamente económico, sino también político, ya que sus directores ocuparían puestos en el Congreso Nacional, incluso el sillón de la Presidencia de la República.³¹

En el período parlamentario, llamado así por el predominio del Congreso en la administración del país, que se extiende desde 1891 hasta 1925, confluyen estos y otros factores propiciatorios, cuya suma invadirá con un clima de pesimismo la celebración del primer centenario de la República.

El sector social hasta ese punto dominante tuvo la flexibilidad necesaria para acoger en su seno a los industriales enriquecidos por la explotación de minerales en el norte, en especial los territorios ocupados en la Guerra del Pacífico (1879-1884).³² Su unión, empero, no mejoró el aparato productivo y, antes bien, se tradujo en un asombroso derroche de dinero gastado por la nueva clase alta para disfrutar o aparentar un tren de vida costosísimo. El financiamiento del lujo requirió echar mano de procedimientos inescrupulosos. Uno estuvo al alcance de abogados y políticos en función de gestores de las compañías extranjeras vinculadas a la industria salitrera, que les pagaban pingüemente por sus relaciones e influencias en el gobierno, el Congreso y los tribunales de justicia.³³ Pero el maridaje de política y negocios³⁴ se presentó en todo género de asuntos. A principios

³¹ Consúltense las cifras y nombres que registra Ramón: *Historia de Chile*, 108 y 109.

³² El círculo de base terrateniente demostró ser una genuina clase social precisamente por esta modernización, por lo demás indispensable, dada la imposibilidad de mantener la primacía de su fuente tradicional de riqueza, enormes extensiones subexplotadas de tierra, frente a la pujanza del primer capital proveído por la industria extractiva. Así, entre muchos, Salazar y Pinto: *Historia contemporánea de Chile*, 39 y 40; Villalobos R.: *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, 108-112; Heise González: *Historia de Chile*, 163 y 164.

³³ Es un hecho histórico incuestionable, que involucró a una serie de personajes que oficiaban de abogados, representantes populares y comisionados del capital foráneo, todo ello a la vez. Sus nombres, especialmente el de Julio Zegers, diputado, ministro de Hacienda y letrado principal del especulador inglés John Thomas North, el "rey del salitre", y sus fechorías, pueden consultarse en Ramírez Necochea: *Balmaceda y la contrarrevolución de 1891*, 72-89, y Ramírez Necochea: *Historia del imperialismo en Chile*, 148-149 y 152-155. Con la ayuda de estos individuos, o sea, del soborno y la corrupción, los empresarios del salitre consiguieron inscribir pertenencias mineras, extenderlas y explotarlas hasta la saciedad en un régimen privilegiado, sin entorpecimientos del fisco ni consideración de los obreros que entregaron sus vidas a un trabajo realizado en condiciones infrahumanas.

³⁴ El rótulo pertenece a una pluma ultraconservadora, Vial Correa: *Historia de Chile*, 604.

del novecientos proliferaron sociedades anónimas ficticias cuyas acciones se vendían con premios fabulosos durante algún tiempo, sin más respaldo que el prestigio de los directores principales, a menudo prestanombres. El juego de especulaciones bursátiles, verdaderos fraudes que acabarían arruinando a miles de personas en 1906, cuando se restringió el crédito y mermaron gravemente las reservas bancarias, alimentó las emisiones de moneda artificial y disparó una inflación penosísima para el bajo pueblo, que apenas conseguía adquirir los artículos de primera necesidad.³⁵

Tales maniobras contaban con la complicidad de los poderes públicos. Una de las más vergonzantes en esta indecorosa fase de la vida nacional fue la especulación con títulos mineros bolivianos ocurrida en julio de 1920, paradigma de la asociación del fraude privado con el abuso del aparato público. Tras el golpe de Estado que derribó al presidente José Gutiérrez Vera, los nuevos gobernantes altioplánicos prometieron vindicar el mar perdido en 1879. El presidente de Chile, Juan Luis Sanfuentes, supo del hecho a través de un telegrama de su ministro en La Paz, pero demoró tres días en comunicar la noticia, lo que fue aprovechado por cercanos –“Jorge Matte Gormaz, Arturo Prat Carvajal, un señor Errázuriz y otro Zañartu y dos o tres íntimos más”– para hacer una desenfrenada especulación en la bolsa local vendiendo en descubierto acciones de las minas de estaño de Llallagua, seguros de que, al conocerse poco después la sospecha de guerra que urdía el gobierno, el pánico de los accionistas convertiría sus títulos en papel mojado, mientras los especuladores pagaban los créditos invertidos a un décimo de su valor. “El cálculo resultó exacto y un río de oro llenó los bolsillos de los grandes estafadores, que de ese modo dejaban en la calle a centenares de familias”.³⁶ El gobierno hizo su propio negocio al decretar la

³⁵ Cfr. Castedo: *Chile: vida y muerte de la república parlamentaria*, 159 y 160, y Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 277.

³⁶ Vicuña Fuentes: *La Tiranía en Chile*, 75 y 76. El innoble gesto del hijo del héroe del combate naval de Iquique, a la sazón diputado por Temuco, adquiere ribetes de cinismo en la protesta que enrostró al demócrata Nolasco Cárdenas cuando este, en sesión de 29 de noviembre de 1918, se atrevió a decir “¿Ha almorzado ya la gente?”, para mostrar que había que seguir los clarines de guerra con el estómago lleno. Cfr. Boletín de las Sesiones de la Cámara de Diputados, 1918, 661 y ss. En cambio, su padre, Arturo Prat Chacón, había abogado por que la legislación electoral aprobada en la década de los setenta del siglo anterior fuese expresión fiel de la voluntad nacional, ya que recelaba fundadamente del verdadero destino

movilización del ejército y conseguir la aprobación de un gasto extraordinario, cuarenta millones de pesos, que se repartieron en pocos días por el ministro de la guerra, Ladislao Errázuriz, en suministros de mala calidad vendidos a precios fabulosos al fisco por parientes y amigos. Dicho sea de pasada, nunca existió peligro de guerra. Lo que hubo fue una estratagema con que conjurar la inminente presidencia de Arturo Alessandri Palma, apaleando de paso a los opositores al régimen.³⁷

No estaban desorientados los intelectuales que acusaron en los años del centenario la crisis moral de las capas dirigentes, su inmoderado afán de lucro, improductividad parasitaria, manipulación del poder público y desprecio por el sufrimiento de los más pobres, que formaban legión.³⁸ Prescindiendo de variantes de enfoque, todos coincidían en un punto delator de la decadencia de la clase alta en cuanto grupo dirigente,³⁹ del uso sin escrúpulos de los recursos públicos y el empleo de los medios estatales como un negocio particular: el cohecho electoral, pródromo y contracara de la corrupción en la función pública. Las capas dirigentes hicieron de la compra del voto, aunque también de conductas fraudulentas y coercitivas de vejación de los procedimientos electorales, *el* mecanismo para asegurar a sus partidos y candidatos los cargos de elección popular. Claro es que en los vastos dominios del latifundio no había necesidad de cohechar, porque los inquilinos votaban como les indicaba el terrateniente. En

del sufragio universal, y trató de regularizar los ascensos en la marina, entregados a factores ajenos al mérito y la antigüedad de los oficiales.

³⁷ Vicuña Fuentes: *La Tiranía en Chile*, 76, 122, 124 y 125, que registran el ominoso asalto que emprendió una turba arengada desde la Moneda por el senador Enrique Zañartu Prieto, estrecho amigo de Sanfuentes, contra la sede de la Federación de Estudiantes de Chile. Los dirigentes estudiantiles habían intuido y empezaban a denunciar la trampa.

³⁸ Se trata de Enrique Mac Iver, Nicolás Palacios, Tancredo Pinochet, Alejandro Venegas, Francisco Encina, Luis Emilio Recabarren, Agustín Ross, Víctor Celis, Guillermo Subercaseaux y Alberto Cabero, un epitome de cuyos artículos y libros de denuncia pueden consultarse en Gazmuri R.: *Testimonios de una crisis*. A ellos habría que sumar, en el plano estético, la descripción del derroche, la especulación y las quimeras de la clase alta en las logradas novelas de los escritores Luis Orrego Luco y Jenaro Prieto Letelier, *Casa grande* (1908) y *El socio* (1928), respectivamente.

³⁹ Aylwin *et al.*: *Chile en el siglo XX*, 57. Rotundo sobre la inmoralidad y el carácter criminoso de los negocios privados y la gestión en beneficio personal de la economía del país por las capas altas, Villalobos: *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, 145 y 146.

cambio, en las ciudades principales y demás centros poblados la docilidad se conseguía mediante la compra del sufragio, la franca adulteración física de los resultados y la intimidación de los votantes. El generalizado fenómeno se conecta con cierta ley que resultó, al cabo, criminógena, una que en 1891 entregó el control de las elecciones a las municipalidades. Con la dirección comunal adquirió insospechada importancia el caciquismo en los centros urbanos. El cacique local era agente electoral de los caudillos santiaguinos o provinciales. Normalmente, se trataba de alcaldes o regidores que se valían de sus amistades, influencias, poderes y conocimientos de la zona para captar o mantener un cierto número de votos, fuese pagando directamente a los electores, impidiendo la inscripción de adversarios, registrando a electores fenecidos, falsificando los escrutinios o substrayendo la documentación respectiva. Se llegó a pagar a los sobornados llamativos premios y sumas conspicuas, algunas equivalentes a meses de sueldo de un obrero, previa demostración del voto “correcto”.⁴⁰ Naturalmente, había que formar cajas para financiar las campañas de adhesión. Si bien se desconoce el origen preciso de los fondos acumulados en ellas, es de suponer que los proporcionaron caudillos, magnates y la malversación del erario.

Lo interesante no son solo las conclusiones que se pueden extraer sobre el sufragio universal de la democracia chilena, incluso de la viabilidad misma de una democracia en semejantes condiciones políticas, sociales y económicas. Para la criminología histórica son más importantes las técnicas psicológicas de neutralización que internalizaron las capas dirigentes con el objeto de apartar de las conciencias el evidente reproche de inmoralidad. Disponemos del registro de que dirigentes políticos y hombres públicos habían llegado a la conclusión de que el cohecho era un medio inevitable en las contiendas electorales, una suerte de contrapeso de la universalidad del voto, amén de arma con que los partidos de oposición podían contrarrestar la inveterada intervención gubernamental. Esta *forma mentis*, difundidísima a la sazón, ideó pretextos que alentaron la creencia de

⁴⁰ De todo ello proporcionan abundante descripción los historiadores del período. Véanse, entre otros, Vial Correa: *Historia de Chile*, 586-590, y Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 140-144. Resumidamente, Correa Sutil et al.: *Historia del siglo XX chileno*, 91 y 92, y Villalobos et al.: *Historia de Chile*, 719 y 720.

ser lícita la compra de votantes bien dispuestos y, en cambio, digna de censura solo la tentativa de cohecho a los electores adversos. El cínico desenfado con que se sobornaba desde arriba a los ciudadanos arrastró a la totalidad de la clase alta y a parte significativa de las capas medias, cuya mayor cultura hubiera debido de servir para la defensa de programas políticos, en vez de a la capitulación de la conciencia. Como sea, el fenómeno estaría destinado a perpetuarse. Late todavía en el juego de astucia moral de mentes disociadas que cohonestan con añagazas del tipo “ilícito, pero no ilegal” el impenitente cultivo de añejos usos perversos. En cierto modo, el fenómeno arrastraría a la masa trabajadora, “que llegó al sincero convencimiento de que un candidato a parlamentario o un postulante a la Presidencia de la República tenían la obligación de pagar el voto”.⁴¹ Pero el pueblo llano obraba por ignorancia, indigencia material y determinación histórica, la del individuo domesticado para recibir ocasionalmente, como los antiguos siervos de la gleba, muestras de benevolencia del señor, no por una venalidad ingénita o inculcada.⁴²

La corrupción en la función pública sería el resultado natural de la consecución interesada de los puestos de decisión política y creación jurídica. En este período se acrecentaron las malversaciones de bienes fiscales a través de millonarios gastos superfluos, entrega de inmensas concesiones de terrenos de Araucanía y Magallanes a personas privilegiadas y, sobre todo, el botín burocrático. La manipulación de los nombramientos en los escalafones públicos para ventaja de correligionarios y paniaguados afectó especialmente a los municipios, por el papel central tenían en los procesos electorales. De allí se derramó en una marea de corruptelas cometidas en los servicios a cargo de las comunas, como la policía, el control sanitario, las obras públicas, etc., no siendo raro que los inspectores municipales, por ejemplo, duplicasen sus estipendios merced a lo sonsacado en coimas

⁴¹ Heise González: *Historia de Chile*, 230.

⁴² Heise González: *Historia de Chile*, 230. Además, Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 141. Del cohecho electoral en el período tratan extensa o enfáticamente Góngora del Campo: *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile*, 116-118; Donoso: *Breve historia de Chile*, 91 y 92; Vial Correa: *Historia de Chile*, 586-590; Amunátegui Solar: *La democracia en Chile*, 303, 305 y 341.

a garitos y casas de tolerancia. El clientelismo y, de su mano, el acceso a la carrera funcionaria de individuos incompetentes, pero dóciles y vendibles, se enseñoreó del aparato público, desde los gobiernos regionales, pasando por los servicios de correos, ferrocarriles, de investigación y seguridad, hasta llegar al Poder Judicial, reducto considerado de crucial importancia por los partidos, dado el peligro que representaba tener jueces afines al campo contrario si estos debían decidir, entre otras, las causas por delitos electorales. La lucha por las plazas vacantes en la judicatura alcanzó cotas de desfachatez, alejó del servicio a las personas de mérito y entronizó en él a apadrinados mediocres o prevaricadores.⁴³ Dominaba el panorama el abierto rechazo de los poderes públicos a poner coto a los desmanes —se hizo abortar las iniciativas legales que podían precaver las corruptelas, se rechazó las acusaciones constitucionales contra ministros sospechosos y no se persiguió penalmente a nadie— y el mazo de miseria con que estos golpearon a la población menesterosa.⁴⁴

La corrupción continuó en la agonía de la república parlamentaria (1920-1924) y aumentó con el regreso del presidencialismo (1932), en los dos gobiernos de Arturo Alessandri Palma. Medida en términos de cohecho electoral, la suerte de este personaje tiene visos trágicos y, desde otro punto de vista, bufonescos. En 1920 impulsaron su candidatura grupos sociales ajenos a la vieja oligarquía, reunidos en la Alianza Liberal, los que tuvieron que bregar incluso físicamente, en “ligas contra el cohecho”, para contener las acciones fraudulentas de la Unión Nacional.⁴⁵ Como tormentoso fue el proceso que lo instaló en la cabeza del ejecutivo en su primera

⁴³ Cfr. Vicuña Fuentes: *La Tiranía en Chile*, 50. El padrinazgo es sempiterno animador de la vetusta organización judicial chilena. Impera todavía y obstaculiza o impide el acceso y progreso en la carrera a los abogados más competentes, laboriosos e independientes.

⁴⁴ No es causal que de esta época daten la organización obrera y las primeras grandes manifestaciones de protesta de los trabajadores contra la opresión económica de las capas dirigentes, como destaca Jobet: *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*, 136-137. De la desmoralización en la administración pública y el Poder Judicial tratan Vial Correa: *Historia de Chile*, 590-598, y Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 155-159. Acerca de la corrupción en las concesiones de tierras y minas, cfr. Vial Correa: *Historia de Chile*, t. II, 406-416.

⁴⁵ “Del lado de la Unión Nacional se agruparon las fuerzas económicas más poderosas del país, la banca, el alto comercio, la industria y la clase propietaria [...], mientras que sostuvieron entusiastamente a Alessandri la pequeña burguesía o clase media y el proletariado, con estrechas conexiones en el ejército”. Donoso: *Alessandri, agitador y demoleedor*, 246-247.

magistratura e indecente la conclusión de la segunda, así también estos dos períodos son testimonio de la capacidad de la clase alta para conservar con malas artes su influencia en las decisiones políticas.

Por lo pronto, el influjo se manifestó hasta 1924 gracias a la ineptitud o frescura de los ministros de Estado nombrados por el presidente, algunos de los cuales aprendieron el truco oligárquico de defraudar al fisco mediante contratos interesados de suministros.⁴⁶ Entonces ocurrieron varios escándalos de la “execrable camarilla”, nombre con que se bautizó a ciertos íntimos del mandatario y a individuos que aprovecharon sus relaciones con el gobierno, tanto por arriba, como la renovación irregular de concesiones ferroviarias y el tráfico de influencias que posibilitó la transacción, perjudicial para el fisco, que dejaría en manos de la Compañía de Salitres de Antofagasta la codiciada mina José Francisco Vergara,⁴⁷ como por abajo, como las sumas que pagaba el Ministerio del Interior para alimentar a cesantes en albergues populares, pero de las que se beneficiaban concesionarios, proveedores, autoridades administrativas e inspectores policiales.

El clima de deshonestidad que había invadido a la administración en el primer mandato de Alessandri no se disipó durante el segundo, una demostración impensada de la sinceridad de su lema al asumirlo; ser “el mismo del año veinte”.⁴⁸ Facilitó las cosas la conjunción de los grandes poderes económicos y el aparato del Estado, como quiera que Alessandri,

⁴⁶ Entre otros, Héctor Arancibia Lazo, nada menos que el ministro del Interior, “ignominiosamente desprestigiado por sus actividades judiciales y forenses, se dedicó con desenfado en el gobierno a negociados subalternos, ya en la confección de ropa destinada a policías y carabineros, ya en el aprovisionamiento de carbón para los ferrocarriles”. Vicuña Fuentes: *La Tiranía en Chile*, 154.

⁴⁷ Cuyos deslindes la misma compañía había modificado fácticamente con el delito de usurpación. Instrumento central del tráfico fue el abogado Horacio Fabres, al que la compañía abonó por sus servicios el equivalente actual de un millón de dólares, con los que se sospecha que el letrado pagó a los parlamentarios cuyos votos eran indispensables para la sanción legal de la transacción. Varios senadores eran accionistas de la sociedad minera, incluyendo el presidente de la cámara alta, Luis Claro Solar, un conocido jurista que defendía profesionalmente a la empresa en los mismos pleitos. Claro incluyó el proyecto de ley en la tabla de fácil despacho “por pedírselo el ministro Celis, según éste afirmó. Luego, Claro, discretamente, dejó la sesión; la presidiría entonces, anunciaría el proyecto y lo vería aprobar el senador Pedro Correa... también accionista de la Compañía”. Vial Correa: *Historia de Chile*, t. III, 332. No es el único ejemplo de improbidad de renombrados juristas arrimados a las esferas del poder.

⁴⁸ Cfr. Donoso: *Alessandri, agitador y demoleedor*, t. I, 378, y t. II, 120.

“el mismo del año veinte”, se alió esta vez con los partidos que representaban a la clase poseedora. De nuevo las corruptelas azotaron desde abajo y, sobre todo, por arriba. De lo primero son prueba los fraudes cometidos al amparo de la ley que destinó recursos para la construcción de hogares de las clases desvalidas, llamada «Ley de habitación barata», y las irregularidades financieras en la Dirección General de Prisiones.⁴⁹ De lo segundo, un sinfín de malversaciones cubiertas por los parlamentarios de gobierno, la obsecuencia de la prensa y el amedrentamiento del Poder Judicial.⁵⁰ Dos de las más sonadas involucraron directamente al ministro de Hacienda, luego delfín electoral de Alessandri, Gustavo Ross Santa María. El “mago de las finanzas”, como le llamaban los potentados, en su doble calidad de ministro y presidente de la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile —un estanco formado por el Estado y las empresas productoras— dejó a disposición del fisco varios millones en marcos alemanes y liras italianas para la adquisición directa, sin licitación previa, de aviones de guerra fabricados por los regímenes nazi y fascista. La preferencia por Alemania e Italia se explica por las simpatías políticas de los partidos que apoyaban a Alessandri; el empleo de Covensa, porque en la conversión de los pesos chilenos en divisas se pudo recortar algunos millones para la caja electoral de los partidos gubernamentales, conseguir un equilibrio artificial de la balanza de pagos con aquellos países y, de pasada, disminuir la deuda de los salitreros con el Banco Central, cuyo equivalente fue cargado al presupuesto público. Al final, se recibieron menos aeroplanos de los esperados, tampoco los de mejor calidad fabricados en Europa, y por un precio más alto del previsto.⁵¹ Por otra parte, en 1937, el mismo año de los aeroplanos, Ross accedió a devolver a la Compañía de Cervecerías Unidas una gruesa

⁴⁹ Donoso: *Alessandri, agitador y demoleador*, t. II, 217, y Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, t. II, 392 y 393.

⁵⁰ “Todo lo cual disminuye ostensiblemente las posibilidades de comprobar el alcance de aquella corrupción”, comenta Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, t. II, 388, quien repone, no obstante, que “quedaron suficientes evidencias históricas que permiten certificar el fenómeno”.

⁵¹ Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, 396-398. Esto se repetirá, pero con cifras espeluznantes, en años recientes a propósito de la compra de naves de guerra y carros blindados. Cfr., *infra*, apartado 4, *in fine*.

suma que le adeudaba el fisco por concepto de impuestos improcedentes, a cambio de que esta contribuyese con varios miles de pesos a la caja electoral. Tampoco este episodio de corrupción fue investigado; lo impidieron los diputados leales al gobierno.⁵² Y hubo una friolera de imposturas en la gestión de la deuda externa, el mercado negro de divisas, las concesiones irregulares de tierras en Magallanes, etc.⁵³ Como acto de despedida, en las elecciones generales de 1938 la candidatura de Ross acudiría a un cohecho que superó en desenfreno a todos sus antecedentes, con tal de evitar el triunfo del Frente Popular.⁵⁴

La derrota a manos del candidato Pedro Aguirre Cerda –repúblico que encarnó las aspiraciones de la clase media y la política económica del Frente Popular, una coalición de centro-izquierda liderada por los Partidos Radical y Socialista–, marcó el inicio del declive del cohecho electoral, proceso que se consumó con la reforma de la legislación del ramo en 1958, año en que debutó la cédula única de identificación oficial de los ciudadanos, “antigua aspiración de los partidos de izquierda, y que desde un comienzo tuvo efectos positivos para la moralización de las prácticas electorales”.⁵⁵ El chasco sufrido por las capas superiores en las elecciones presidenciales de 1938 y, poco después, las parlamentarias de 1941, cuando invirtieron sumas ingentes en la compra de votos, se atribuye a cierta recuperación de la conciencia del electorado, que simuló venderse para recibir la paga, pero votando por los partidos del Frente, y a las esperanzas depositadas en el programa del nuevo gobierno.⁵⁶

⁵² Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, cfr. 389.

⁵³ Donoso: *Alessandri, agitador y demoleedor*, t. II, 299.

⁵⁴ En la década de los treinta los partidos de derechas llegaron a presentar en el Parlamento proyectos legislativos para acabar formalmente con el voto universal, al que juzgaban fuente del cohecho que, curiosamente, los mismos partidos venían cohonestando a título de medio con que ganar los votos del pueblo ignorante. Cfr. Portales: *Los mitos de la democracia chilena*, t. II, 367-374 y 428-431. Esta actitud es perfectamente consecuente con la inveterada enemiga de este sector político a la democracia, animosidad que hoy sigue viva en sus huestes, solo que disimulada tras sonrisas llenas y ademanes grandilocuentes de estudiada insinceridad.

⁵⁵ Urzúa Valenzuela: *Historia política de Chile*, 574. Se trató de la Ley 12.889, de 31 de mayo de 1958.

⁵⁶ Cfr. Correa Sutil: *Con las riendas del poder*, 90, 91 y 241, donde anota que el cohecho directo se siguió practicando hasta principios de los años cincuenta, teniendo siempre como protagonistas a las fuerzas de derechas.

Durante las tres presidencias que encabezó el Partido Radical, de 1938 a 1952, la corrupción, lejos de abandonar la escena, muda de foco y carácter. Este giro fue dictado por la separación del poder político y el poder económico. Por primera vez, los dueños del capital privado pierden el control directo de la administración estatal. Sin embargo, tampoco estaban dispuestos a desistir de negociar con y a través del fisco, por lo cual se aplicaron a cooptarlo merced a dos procedimientos, ambos impulsados por las principales asociaciones empresariales (Sociedad Nacional de Agricultura, Sociedad de Fomento Fabril, Sociedad Nacional de Minería y Cámaras de Comercio de Chile): una informal participación en las comisiones legislativas del Parlamento, práctica que les permitió redactar los proyectos de ley relacionados con sus intereses, y una representación oficial en el consejo directivo de la novel Corporación Nacional de Fomento de la Producción⁵⁷ (Corfo), que debe su institución al terremoto que azotó al país en 1939. Aunque desde los años veinte se venían impulsando obras públicas y se habían aplicado políticas económicas orientadas a incentivar la industrialización y el producto interno, siendo especialmente significativa la de controlar la deficitaria balanza de pagos con un vigoroso incremento de las tasas aduaneras de un número cada vez mayor de mercancías, serían los desoladores efectos de la crisis financiera internacional de 1929,⁵⁸ la ruina producida por el cataclismo de diez años después y, principalmente, el aparato ideológico del eje político radical-socialista, los elementos que infundieron finalmente vida a un organismo público de fomento y planificación central de la economía. La Corporación industrializó algunas áreas del país, creando empresas públicas y contribuyendo con aportes de capital a empresas privadas claves para la producción siderúrgica, minera, química, maderera, agropecuaria, el transporte, vestuario y otros. De todo esto obtuvo directo beneficio el empresariado local, no siempre con buenos

⁵⁷ Correa Sutil: *Con las riendas del poder*, 97-107.

⁵⁸ Un informe de la Liga de las Naciones mostró que Chile fue el país más afectado por la gran depresión de los años 30. Cfr. Pinto Santa Cruz: *Chile, un caso de desarrollo frustrado*, 168. Su impacto en los hechos monetarios puede verse en Fetter: *La inflación monetaria en Chile*, XVIII; y en el desempleo, que subió sobre el 20% hacia 1932, en Drake: *Cuadernos de Historia*, 4, 1984, 54-55.

procedimientos, como quedó de manifiesto cuando Corfo empezó a caer en las garras de la corrupción. Por lo demás, los resultados del crecimiento cualitativo de la industria privada fueron magros, como era de esperar en un sector social sin iniciativa propia y, antes bien, habituado a contar con el amparo de estancos, monopolios, subsidios tributarios y protecciones aduaneras.⁵⁹ El episodio reviste importancia para entender por qué ese sector pondrá sus ojos en las más eficientes y mejor capitalizadas empresas públicas, de las que se apoderó algunos lustros después, durante la dictadura militar.

A su vez, los grupos que pasaron a administrar los medios públicos, con la intención de encauzarlos en los moldes de un Estado de bienestar, abusarían con múltiples formas de poder para galardonar con cargos o destinos oficiales a militantes, adeptos, parentela y amigos. Este es el momento histórico en que las prácticas corruptas infestan a las clases medias y su papel en la conducción del país. La bestezuela hincó sus colmillos en el sistema de previsión social y las empresas públicas, particularmente la de Ferrocarriles del Estado, con un efecto expansivo hacia abajo. Es que el funcionariado chileno, entonces como ahora mal remunerado y, por añadidura, incapaz de retribuir sobornos de importancia por lo limitado de las competencias administrativas de los cargos subalternos, pero sabedor de las imposturas de los superiores jerárquicos, sentirá una falta de respaldo moral a la hora de cumplir con sus obligaciones y, con el tiempo, una invitación a emular sus hazañas, siquiera en la forma de modestas propinas por la agilización de trámites o remediar objeciones, a veces artificiales.⁶⁰ Se cumplió en esto, una vez más, la ley sociológica según la cual las clases inferiores procuran como pueden imitar los modos de las superiores.⁶¹

⁵⁹ Una sangría de divisas perdidas e impuestos no recaudados fluyó gracias a las coimas pagadas por importadores de los géneros autorizados, aprovechando el sistema diferenciado de aranceles de aduana y tipos de cambio. La deshonestidad en el comercio internacional iba acompañada por la entrega de espléndidos regalos de cumpleaños y aniversario a las autoridades y funcionarios del Banco Central y el Servicio de Aduanas, obsequios que recibían también los empleados de la empresa privada de sus contrapartes extranjeras. "Esta corruptela pública chilena, de cuasi sobornos, hacía las veces de un anestésico de las odiosidades propias de las profundas e inflexibles desigualdades sociales". Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 41.

⁶⁰ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 34 y 46.

⁶¹ Cfr. Sprott: *Introducción a la Sociología*, 142-143, y Horton y Hunt: *Sociología*, 368.

En los gobiernos siguientes estas dos líneas de la corrupción alternarán su predominio según el signo político de los gobernantes. Durante los regímenes de Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958) y Eduardo Frei Montalva (1964-1970) dan la tónica el clientelismo y el compadrazgo. Particularmente corrupta resultó la gestión del presidente Ibáñez, quien llegó al poder, paradójicamente, vociferando la consigna de que barrería con las imposturas del radicalismo. En el hecho, empero, la masa amorfa de agrupaciones e individuos que sustentaron su plataforma demagógica —un gobierno que calza a pedir de boca con los “populismos” del presente—⁶² entró en el aparato público con una prolongada hambruna. A su abrigo medraron los “gestores administrativos”, oficio que se había dado a conocer durante el gobierno de Gabriel González Videla, pero cuyos protagonistas actuaron con mayor prestancia en el de Ibáñez, generalmente como mediadores apadrinados entre las empresas proveedoras y el ente estatal. Los casos más graves del período, por los montos involucrados, fueron el financiamiento irregular del diario *El Clarín*, pasquín muy temido por los opositores del gobierno, y el derroche de los fondos previsionales de los empleados particulares en la edificación de viviendas construidas por las empresas Empart, cuyos directorios estaban controlados por agentes del ibañismo.⁶³ También el gobierno del Partido Demócrata cristiano de Frei Montalva entró a saco en los recursos estatales y aprovechó los blindajes de impunidad para sus prácticas corruptas, a saber, la vetustez de las figuras legales de cohecho y de abusos en la función pública; la duración de los pocos procesos penales incoados, que solían terminar en sobreseimientos, absoluciones o condenas irrisorias; la obscura gestión de las autoridades competentes del aparato gubernamental, los intereses cruzados en el Parlamento, la complicidad de los círculos de la alta burguesía, que premiaba con su aprobación a los malversadores y, al contrario, juzgaba de aguafiestas a quienes se resistieron a participar de la inmoralidad cívica.

⁶² Cfr. Correa Sutil: *Con las riendas del poder*, 189-190, y Correa Sutil et al.: *Historia del siglo XX chileno*, 197-199.

⁶³ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 106 y 107. Este momento marca la primera succión de los fondos de pensiones por sanguijuelas privadas; la segunda, de desecación integral, la practicará el sistema de pensiones impuesto por la dictadura.

Fueron ejes de las corruptelas del “gobierno de los treinta años” la llamada Promoción Popular, la adjudicación de viviendas construidas por el Estado y la reforma agraria, en todo lo cual se privilegió a miembros del partido y a sus recomendados.⁶⁴

Por su parte, la administración de Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964) se caracteriza por la privanza de oportunistas y la manipulación de las decisiones del aparato público en beneficio de los dueños del capital. El Ministerio de Hacienda fue usado para fines personales por nadie menos que su titular, Roberto Vergara, quien no tuvo empacho en reconocer públicamente que hacía buenos negocios sirviéndose de las informaciones reservadas que conocía por su investidura oficial. Situaciones análogas ocurrieron en otro ministerio clave para el desarrollo del país, el de Economía, con los negociados del asesor Hernán Briones.⁶⁵ Sin embargo, allende el operar de estos y otros pillastres, lo importante en esos años es la consolidación del poder de grupos económicos. Estos, o sea, vinculaciones de empresas normalmente organizadas en la forma de sociedades anónimas que, pese a conservar su autonomía jurídica y técnica, se relacionan personal y funcionalmente, aglutinaron en sí o a través de grupos mayores el poder económico hasta el punto de dominar la propiedad accionaria de las sociedades y el capital financiero de los bancos.⁶⁶ Desde ahí alcanzaban al Poder Ejecutivo y al Congreso, ya que la dirección de los partidos conservadores y muchos parlamentarios, ministros, subsecretarios, asesores, incluso el mismo presidente de la República, integraban el directorio de las sociedades, lo que concedía a los grupos un peso constante y contundente en la política.⁶⁷

⁶⁴ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 126-136.

⁶⁵ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 111-112.

⁶⁶ Si a esto sumamos el desempeño multifacético de los grupos que participaban en toda suerte de actividades económicas, se justifica la conclusión de que no había “ningún sector en nuestra economía, por pequeña que sea, que no se encuentre vinculado en una u otra forma a los grupos, que en realidad controlan íntegramente la actividad económica nacional”. Lagos Escobar: *La concentración del poder económico*, 165. De la concentración de la economía en los años sesenta trata también Meller: *Un siglo de economía política chilena*, 103. Un resumen del problema en mi artículo Guzmán Dalbora: *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 27, 2017, 146-147.

⁶⁷ Lagos Escobar: *La concentración del poder económico*, 168.

Conjurar el predominio de los grupos y, en consecuencia, separar los poderes político y económico, fue elemento medular del programa de gobierno y la acción política de la Unidad Popular. Por eso en el trienio 1970-1973 las corruptelas quedaron circunscritas en las bajas esferas.⁶⁸ Volverán briosamente por sus fueros durante la dictadura militar, a la que dedicamos el siguiente acápite.

En la dictadura (1973-1990)

La dictadura instaurada el 11 de septiembre de 1973 comenzó y continuó mediante el delito. Se adueñó del poder con un crimen de rebelión e intervino en la administración pública y el Poder Judicial a través de nombramientos ilegales y la cooperación criminosa de funcionarios y particulares.⁶⁹ El cierre del Parlamento, la proscripción de los partidos, la declaración de interinato de funcionarios públicos y judiciales redondearon las aspiraciones del poder absoluto, el que se ensañó con disidentes, adversarios y, sobre todo, personas sin vinculaciones políticas, en un piélago sin cuento de gravísimas fechorías y ultrajes personales. Todo esto está profusamente documentado, estudiado y establecido en informes independientes y sentencias judiciales, de modo que es superfluo retomarlo aquí.⁷⁰

Menor atención concitan otras dos piezas del legado de la tiranía, pese a poseer más hondura, extensión y perdurabilidad. Son las transformaciones institucionales y económicas que impuso el régimen en beneficio de los civiles que lo apoyaban y, de la mano de ello, el ambiente de rapacidad que

⁶⁸ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 156. Clientelismo de empleos superfluos en servicios públicos, empresas fiscales y empresas estatizadas para militantes de los partidos de gobierno, que no era sino la práctica aprendida de los gobiernos radicales de mediados del siglo XX.

⁶⁹ El artículo 121 del Código Penal castiga con pena de cinco años y un día a veinte años de reclusión a quienes se alzaren a mano armada contra el gobierno legalmente establecido con el objeto, entre otros, de privar de sus funciones al presidente de la república o a los miembros del Congreso Nacional. Por su parte, los artículos 135 y 136 sancionan con inhabilitación absoluta para cargos públicos a los empleados que continúen funcionando bajo las órdenes de los sublevados y a los particulares que acepten cargos o empleos de éstos.

⁷⁰ En varios trabajos desarrollados en el marco de proyectos de investigación del Grupo en que se inscribe el presente libro, nos hemos ocupado de los crímenes de la dictadura militar.

rodeó la ejecución del programa respectivo, un clima que acabaría contagiando al funcionariado militar. Recién en el último tiempo se empieza a estudiar los aspectos económicos de la justicia de transición,⁷¹ no solo las millonarias malversaciones de Pinochet y sus adláteres. Conocida la tradición nacional en la materia, parece extremoso calificar lo que ocurrió entonces de punto de quiebre, como si la dictadura hubiera trizado una historia de probidad pública.⁷² No es así. A la realidad histórica se ajusta, más bien, la doble comprobación de que sus corruptelas rindieron al grupo dirigente de 1974 a 1990 unas ganancias que jamás obtuvieron sus antecesores y, por otra parte, que en la tentación de enriquecerse a costa de los haberes públicos incurrieron también altos oficiales de las Fuerzas Armadas. Dado que los dos fenómenos caminan juntos, podemos sintetizarlos mancomunadamente.

El enriquecimiento ilícito de particulares al socaire de decisiones inconsultas del gobierno provino de la privatización de las empresas del Estado, proceso que comenzó en 1974, continuó en 1985 y se aceleró tras el plebiscito que el régimen perdió en octubre de 1988. El objetivo latente de esta política fue crear condiciones adecuadas para la acumulación interna de capital, de imposible consecución con las solas fuerzas del mediocre empresariado local.⁷³ En su primera fase, que culmina en 1979, implicó la

⁷¹ Digno de nota es el reciente libro *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, editado por Juan Pablo Bohoslavsky, Karinna Fernández y Sebastián Smart, en 2019, del que citaremos algunos capítulos. Acerca de lo que acabamos de indicar compárese el de Roth-Arriaza: *La tardía centralidad de la dimensión económica en la justicia transicional*, 47-48.

⁷² Así, empero, Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, 8, 2004, 3, y Orellana Vargas: *Revista de Sociología*, 21, 2007, 259. En todo caso, se debe reconocer a este autor el mérito de ser uno de los pocos que se ha ocupado del problema en los últimos años.

⁷³ Salazar y Pinto: *Historia contemporánea de Chile*, 109. El objetivo será redondeado con la privatización del sistema de seguridad social en la década de los ochenta, que llevó capitales aportados por los trabajadores a las arcas de los grupos económicos. Esta parte del plan, incluyendo las administradoras de fondos de pensiones, fue declarada francamente en el documento *El ladrillo*, que data varios años antes del golpe de Estado, pero se publicó mucho después con el subtítulo *Bases de la política económica del gobierno militar chileno*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2.ª ed., 1992. Cfr. 129-133. Se trató de una ingeniosa transformación en propiedad capitalista de la propiedad privada que descansa en el trabajo personal de los individuos, no prevista por nadie, tanto menos por los críticos de la economía capitalista. Cfr. Marx: *La acumulación originaria del capital*, 114.

reprivatización de los bancos comerciales nacionalizados por el gobierno depuesto y la licitación, subsidiada con un bajo precio de venta y créditos de compra otorgados por Corfo, de parte significativa de las empresas públicas rentables.⁷⁴ Sobre todo, posibilitó una impresionante concentración del poder económico, porque nuevos grupos de inversionistas o especuladores lograron hacerse de la banca privada y controlar el crédito extranjero, plataforma que les permitió la adquisición de otras empresas con tasas de interés muy inferiores a las elevadas que campaban en el mercado interno.⁷⁵ Los manejos financieros de estos grupos, que determinarían la debacle financiera de 1982, no hubieran sido posibles sin la cohabitación del poder económico con el poder político, cuyos titiriteros vestían traje de paisano, no uniformes militares, lo que es tanto más cierto cuanto que los miembros de la cúpula económica de la dictadura pertenecían a los grupos civiles favorecidos con las privatizaciones.⁷⁶ A partir de la segunda etapa, que se inaugura en 1985, el connubio de intereses contrapuestos es ya completo. Las empresas públicas fueron privatizadas por y para las mismas personas, un flujo de emprendedores que pasaron del gobierno al sector privado y viceversa, según las necesidades de la anhelada prosperidad personal.⁷⁷

⁷⁴ La obscuridad de la privatización, no solo en dicho período, sino también después, de 1985 a 1990, cuando el proceso se intensificó a medida que llegó a su fin la dictadura, ha impedido establecer con claridad la magnitud de la pérdida fiscal provocada por estas operaciones. Las estimaciones más austeras se inclinan por un 30% de subsidio a las entidades adquirentes. Cfr. Meller: *Un siglo de economía política chilena*, 166.

⁷⁵ Dahse: *El mapa de la extrema riqueza*, 188.

⁷⁶ Sergio de Castro Spíkula, Sergio de la Cuadra Fabres y Rolf Lüders Schwarzenberg, titulares del Ministerio de Hacienda de 1976 a 1983; Pablo Baraona Urzúa, José Luis Federici Rojas, Rolando Ramos, Luis Danús Covián y, otra vez, Lüders, sucesivos ministros de Economía de 1976 a 1983; José Piñera Echeñique, ministro del Trabajo en 1979, cargo desde el que impulsa el plan laboral y previsional de la dictadura; José Miguel Ibáñez Barceló y Boris Blanco Márquez, superintendentes de bancos e instituciones financieras de 1974 a 1984, y Álvaro Bardón Muñoz, Sergio de la Cuadra (nuevamente) y Miguel Kast Rist, presidentes del Banco Central de 1977 a 1982.

⁷⁷ De la primera parte del proceso menciono como ejemplo a José Piñera, quien había sido ejecutivo de uno de los grupos económicos, y Pablo Baraona, ministro de Economía ligado a otro grupo. Cfr. Dahse: *El mapa de la extrema riqueza*, 27 y 41. Sin embargo, es en la segunda parte cuando los funcionarios que decidieron o ejecutaron las privatizaciones de las empresas públicas se privatizaron con ellas. Los casos más conocidos corresponden a un pariente y al sucesor designado del jefe de la Junta Militar, Julio Ponce Lerou y Hernán Büchi Buc, respectivamente, como explica Mönckeberg (2016) en *El saqueo de los grupos económicos al*

La segunda década del régimen llevó las prácticas corruptas a las jerarquías superiores del mundo militar. Es una novedad aportada por la tiranía. Hasta ese instante los uniformados no se habían ensuciado con deslices lucrativos, pese a los históricos bajos sueldos de todos los escalafones. La situación mudó a partir de 1980. Oficiales y suboficiales recibieron de la legislación gubernativa “ventajas desmesuradas y segregativas en comparación con sus compatriotas civiles de igual rango profesional en materia de viviendas, servicios de salud, de facilidades de recreación y vacaciones, y, sobre todo, en pensiones de retiro y jubilaciones”.⁷⁸ Era una modalidad de corrupción conocida de antiguo, esa que consiste en seducir el gobernante al pueblo concediendo ventajas personales a ciertos grupos, lo que acaba por habituarlo a la servidumbre, la desigualdad, la relajación de las costumbres y, en definitiva, la depravación.⁷⁹ Oficiales de alto rango explotaron sus cargos en el gobierno para recoger pedazos del despilfarro de fondos públicos generado por el proceso de privatización. En particular, el líder del régimen se las arregló personalmente, con procedimientos de ratero bisoño, para retirar de los fondos reservados de la Presidencia de la República cuantiosas sumas, con las que labró para su familia una fortuna cuyo monto fue calculado en veintiún millones de dólares norteamericanos tras conocerse en 2004, gracias a una investigación del Senado de los Estados Unidos de Norteamérica, el capital dinerario que el patriarca guardaba bajo nombres supuestos en cuentas bancarias de ese país.⁸⁰

Estado chileno, 28-68, con un acopio de nombres y circunstancias que me libran de reseñar adicionalmente el indecoroso procedimiento, salvo indicar su tipicidad con arreglo al delito de negociaciones incompatibles (artículo 240 del Código Penal). Véanse, en fin, Rulli: *El gato sin cascabel*, 259-260, y Smart: *Privatización y represión*, 281.

⁷⁸ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 185-186.

⁷⁹ Marat: *Les chaînes de esclavage*, 68. Estas palabras fueron escritas por el revolucionario francés en 1774, teniendo en mira la venalidad del Parlamento inglés. El régimen militar ensayó con éxito la misma fórmula con los magistrados judiciales, cuyos sueldos, históricamente modestos, elevó considerablemente en 1977. Cfr. Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, 8, 2004, 14, y Matus Acuña: *El libro negro de la justicia chilena*, 134.

⁸⁰ El llamado caso Riggs, por el nombre del banco norteamericano de las cuentas. El proceso penal por malversación terminó en junio de 2018 con un fallo de la Corte Suprema que ordenó el comiso de los bienes adquiridos por el reo gracias a las sumas que le ayudaron a

La rapacidad de la dictadura cívico-militar forma parte de la herencia que dejó a la democracia actual, parte principalísima, a decir verdad, que solo va a la zaga en importancia del aparato constitucional, legal y administrativo inaugurado con la Constitución política de 1980. Son dos caras de la misma moneda. La conservación del aparato, unida a la versión folclórica de la ideología del *Enrichissez-vous!*, el culto al dinero en lugar del cultivo de las virtudes republicanas, practicado con voz y conducta por las autoridades públicas y representantes políticos de 1990 en adelante, habrían de traer, como consecuencia ineluctable, la multiplicación y extensión de la delincuencia corrupta en todos los sectores y niveles directivos de la sociedad: gubernamental y empresarial, legislación y jurisdicción, administración local y servicio exterior, defensa y policía.

Multiplicación extensiva de la criminalidad venal y reformas legales

Dos características signan el panorama desde 1990, cuando Pinochet deja a regañadientes el gobierno del país, entregándolo a una coalición de partidos de prédica democrática. Una es la multiplicación de la criminalidad venal, lo mismo en la vieja capa dirigente que en la nueva, desde las que se extiende y ramifica progresivamente en las reparticiones públicas más importantes. La segunda le hizo eco en lo normativo, una inédita batería de reformas legales, aunque haya que advertir de inmediato que las modificaciones, a lo menos las de naturaleza penal, si se declaran concebidas para combatir la corrupción, albergan un propósito velado en su ajuste final, en esas pinceladas invisibles de la trapacería legislativa.

Para comodidad de la exposición dividiremos este período, que en rigor pertenece al presente, según los partidos políticos predominantes en las tres décadas transcurridas desde entonces. La actualidad de los hechos, cuya proximidad temporal los substraen a los moldes de la criminología histórica, nos impone la mayor concisión.

desfalcarse seis militares, hoy condenados. Cfr. Roth-Arriaza: *La tardía centralidad de la dimensión económica*, 61.

El eje de los gobiernos de Patricio Aylwin Azócar y Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1990-2000) fue su propio partido, el Demócrata Cristiano. Autoridades de este grupo aceptaron seguir pagando elevados sueldos o indemnizar a funcionarios de confianza del régimen militar, granjería que les procuró una de las últimas leyes de la dictadura.⁸¹ Representantes de la misma agrupación enarbolaron en el Congreso Nacional, poco después de su reapertura, la iniciativa de incrementar considerablemente la dieta parlamentaria, que hoy alcanza cifras poco compatibles con el título de “honorable” que emplean en el trato protocolar sus beneficiarios.⁸² Militantes del partido pudieron disfrutar del histórico clientelismo de sus dirigentes, hasta el punto de convertirlo posiblemente en el más corrupto de la historia nacional.⁸³ Una vez instalados en ministerios, secretarías, servicios y empresas públicos, abultaron los estipendios oficiales con ganancias extraoficiales procedentes de delitos de fraude al Estado, negociaciones incompatibles, peculado y administración pública diferente. Hubo varios episodios grotescos, no todos los cuales dieron lugar a procesos judiciales. Primero, los sobresueldos pagados a ministros de Estado con cargo a los gastos reservados de la Presidencia de la República, que, pese a ser constitutivos de los delitos de administración pública diferente (artículo 236 del Código Penal) y fraude a la hacienda pública (artículo 97, n. 4.º, del Código Tributario), no suscitaron siquiera un procedimiento disciplinario.⁸⁴ En cambio, como reo de fraude tributario y negociaciones incompatibles sería condenado un profesional subalterno de la Corporación Nacional del Cobre, quien urdió en 1994 una gigantesca trama de administración desleal en operaciones de compraventa de cobre, sumamente perjudicial

⁸¹ Ley 18.972, de 10 de marzo de 1990, o sea, un día antes del cese de Pinochet en La Moneda. Mencionamos el dato porque la fórmula arbitrada por los militares en seguridad del porvenir económico de sus validos será renovada hacia 1990-2000 por personeros del gobierno civil.

⁸² En el siglo XIX, cuando se aprobó el Código Penal (1875), este tratamiento se dispensaba a los congresistas porque servían gratuitamente la función. Lo recuerda Escobar Alarcón en su precioso libro *Historia ilustrada del Código penal chileno. 140 años desde su promulgación*, prólogo de María Inés Horvitz Lennon, 2014, 138.

⁸³ El “partido de la corrupción”, como menciona Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, 8, 2004, 26.

⁸⁴ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 205.

para esta empresa del Estado. Uno de los beneficiarios fue nada menos que el presidente de la empresa, Alejandro Noemí Callejas, antiguo miembro del Partido Demócrata Cristiano.⁸⁵ El hecho comprometió la credibilidad del país en las bolsas comerciales extranjeras, de suerte que el asunto de la corrupción no pudo dejarse más sin alguna preocupación oficial. Determinó la constitución de la Comisión Nacional de Ética Pública, que citamos al principio,⁸⁶ en cuyo informe se inspiraron importantes reformas penales y administrativas que cierran el período del partido en el gobierno –cuya cabeza, también por ello, no ocupará nunca más–, mas no sin que las trapisondas volvieran a hacerse notar, esta vez ante el mundo entero. En 1997 se pudo asistir por televisión⁸⁷ al oprobioso espectáculo del sufrimiento causado por la capa dirigente a miles de familias humildes de Santiago, cuyas viviendas, edificadas con fondos públicos por una empresa familiar del ministro de Defensa, Edmundo Pérez Yoma, fueron cubiertas con telones de plástico el invierno de ese año, porque llovía por entre techos y paredes. Los afectados recibieron sus habitaciones de reemplazo recién en 2015, dieciocho años más tarde, al paso que el ministro de Vivienda y Urbanismo, el también demócrata cristiano Francisco Hermosilla Hermosilla, recibió oportunamente, como muestra de gratitud de la empresa constructora, unos caballos fina sangre.

Como en otros países de Europa y América, los delitos de corrupción habían permanecido prácticamente intactos desde la entrada en vigor del centenario Código Penal, en particular el cohecho, cuya estampa era la misma de 1875.⁸⁸ Pues bien, la Ley 19.645, de 11 de diciembre de 1999, entre otras innovaciones, amplió el delito de negociaciones incompatibles

⁸⁵ Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 206. Además, véase Orellana Vargas: *Polis, Revista Latinoamericana*, 8, 2004, 22 y 23. Fraudes en la ejecución de obras públicas salieron a la luz también en la Empresa Nacional del Petróleo y la entonces estatal Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso.

⁸⁶ *Supra*, texto y nota 1.

⁸⁷ Yo mismo recuerdo que vi la noticia en Madrid. Mis colegas españoles consideraban inexplicable la situación, vista la fama de país desarrollado que el empresariado chileno fue construyendo artificialmente en el exterior.

⁸⁸ Cfr. *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora*. Edición crítica con motivo de su centenario, preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974, 109-117.

(artículo 240 del Código), introdujo el tráfico de influencias (artículo 240 bis), modernizó la concusión (artículo 241), sometió a pena la anticipación del conocimiento de documentos reservados y el uso personal de informaciones secretas por empleado público y, sobre todo, alteró completamente la estructura del delito de cohecho, que pierde su añosa estructura bilateral evolucionando hacia un delito de sujeto único y consumación anticipada con la mera solicitud o aceptación de beneficios económicos para realizar u omitir actos del cargo (artículos 248 a 251). Tres días más tarde se publica la Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999, que reforma diversos cuerpos administrativos y consagra el principio de probidad, entendido como la observancia de “una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” (artículo 54 de la Ley 18.575, que data de 1986 y fue dada por la dictadura para la administración general del Estado chileno).

Quien vea en todo ello la influencia de las recomendaciones penales de la Comisión de 1994⁸⁹ acierta con la superficie de la reforma, cuyo verdadero entramado yace más abajo. La Ley 19.645 contenía numerosos ripios, lógicos y sistemáticos, que con el tiempo suscitarán otras modificaciones, parejamente defectuosas,⁹⁰ en prueba de que no era intención de los legisladores efectuar un trabajo bien hecho, sino otro de utilería que preservase las estructuras institucionales que posibilitan la corrupción. La opinión pública, incluso la comunidad de especialistas, no reparó en deliberadas lagunas de punibilidad nativas del ingenio del legislador democrático. Basta aquí mencionar dos: la atipicidad del particular como sujeto activo del delito de tráfico de influencias y la falta de castigo de la conducta del funcionario que se interesa pecuniariamente en una decisión administrativa unilateral, o sea, que no implica una relación jurídica ni obligaciones con terceros, como la autoridad que se asigna o concede a sus colaboradores en la función pública incrementos salariales u otras prebendas.⁹¹ En el fondo,

⁸⁹ Así, Rodríguez Collao y Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública*, 86.

⁹⁰ Cfr. Oliver Calderón: *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, 2004, 83-115, y Oliver Calderón: *Revista Chilena de Derecho*, 30 (1), 2003, 39-53.

⁹¹ Acerca del primer delito, Ossandón Widow: *Revista de Derecho*, 10, 2003, 163. Sobre el segundo, las negociaciones incompatibles, Mañalich Raffo: *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º

no se deseaba adoptar la decisión de separar jurídicamente el poder económico del poder político. Por lo demás, a pocos días de entrar en vigor las flamantes reformas varios directores de empresas públicas, todos ellos de la confianza del presidente de la república, consiguieron de sus directorios el pago de millonarios desahucios, previendo que el siguiente gobierno, de mayoría socialista, nombraría en los cargos a sus propios correligionarios.⁹²

El poder económico continuó estrechando sus lazos con el poder político durante los períodos presidenciales de Ricardo Lagos Escobar y Michelle Bachelet Jeria (2000-2010), ambos militantes del Partido Socialista, fulcro de sus gobiernos junto al Partido por la Democracia y un viejo navegante en el mar de la corrupción, el Partido Radical. En este decenio el mal se profundiza, multiplica y diversifica.⁹³ Los casos más sonados remecieron a ministerios, legisladores, órganos autónomos del Estado y empresas públicas.

Uno se descubrió rápidamente, en 2000, como resultado de la investigación de otro de cohecho. Involucró a autoridades y funcionarios del Ministerio de Obras Públicas. Una empresa privada ficticia ligada a explotadores de carreteras concesionadas pagó sueldos irregulares a un buen número de empleados de esa repartición pública. Tras un largo proceso judicial, que concluyó en 2010, fueron condenados por el delito de fraude al Estado, con penas remitidas condicionalmente, el exministro (Carlos Cruz Lorenzen, del Partido Socialista), otras autoridades y funcionarios del ministerio, así como el director de una unidad académica de la Universidad de Chile (Nazir Sapag Chain) y el dueño de la fantasmal empresa GATE (Héctor Peña Véliz). A raíz del bullicio que se levantó, en 2003 el

23, 2015, 96-97 y 101, en que el autor, empero, sustenta una discutible interpretación extensiva que abarca el tipo formas no contractuales de operación.

⁹² Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 211. El caso de Álvaro García Álamos, gerente general de la Empresa Nacional del Petróleo, vale por todo lo que acabamos de registrar. Fue sobreseído del cargo de negociaciones incompatibles, y con razón, porque la pingue indemnización que se embolsó antijurídicamente, medio millón de dólares de la época, no encajaba, empero, en el artículo 240 del Código Penal. La única sanción que recibió fue una nota de censura del Partido Demócrata Cristiano.

⁹³ Un registro numérico puede leerse en Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 224. Reducido el asunto a los casos conocidos, se pasó de 12 en el gobierno de Aylwin a 180 en el primer trienio del gobierno de Bachelet (77 en el de Lagos).

gobierno constituye una comisión asesora sobre transparencia y probidad, la que quedó en el puro anuncio, debido a que pocos días después el presidente sellaría con la oposición un acuerdo para combatir la corrupción dejando intactos los sueldos o sobresueldos pagados por debajo en ese y otros ministerios.⁹⁴ La hebra que llevó al descubrimiento de los delitos se había desprendido de la investigación de dádivas solicitadas y percibidas por autoridades intermedias del Ministerio de Transportes, además de algunos diputados de la alianza gubernamental, para agilizar la concesión de autorizaciones de revisión técnica de vehículos motorizados, función pública que en Chile, inexplicablemente, realizan empresas particulares y que, como era de suponer, se ha prestado desde su existencia a un negocio obscuro y peligroso para la seguridad vial. Participaron en los hechos el subsecretario de Transportes (Patricio Tombolini Véliz, del Partido Radical), un diputado del Partido por la Democracia (Víctor Manuel Rebolledo González), dos del Partido Demócrata Cristiano (Cristián Pareto Vergara y Javier Jiménez Villavicencio), como reos de cohecho pasivo, y particulares en el papel de sobornantes. Fueron condenados en 2002 y, finalmente, 2007, a penas remitidas, de las que se libró por falta de pruebas la autoridad ministerial.⁹⁵ Por otra parte, en 2003 se pudo saber, por un descuido de los malhechores, que desde la presidencia del Banco Central de Chile se filtraba informaciones secretas hacia una oficina de corredores de bolsa perteneciente a un conglomerado financiero. La investigación permitió descubrir nuevos delitos de cohecho y fraude al fisco cometidos en perjuicio de Corfo, cuyo tesorero prestaba depósitos a plazos de propiedad pública al dueño del conglomerado privado. Al desfalco fiscal, el mayor sufrido por Corfo, siguió la paralización del mercado de capitales durante una semana. Once años después el proceso respectivo concluyó con penas

⁹⁴ Fue un precedente nefasto, al que se suma que el director del Servicio de Impuestos Internos liberó a los beneficiarios de pagar el tributo a la renta por las sumas percibidas y no declaradas. Cfr. Neely Ivanovic: *Crónicas de corrupción a la chilena*, 222. Un análisis de la sentencia condenatoria: Matthei Schacht y Rojas Aguirre: *Caso «MOP-GATE»*, 133-155.

⁹⁵ En 2007 la Corte Suprema absolvió por falta de pruebas a Patricio Tombolini. Uno de los condenados, el señor Rebolledo, se dedicaría durante el cumplimiento de la pena remitida a la actividad de enseñar derecho a los jóvenes en una universidad, sin perjuicio de continuar en la política partidista, parecidamente a sus demás compañeros de pandilla.

remitidas para el extesorero (Javier Moya Cucurella) y varios ejecutivos de corredoras de valores. En fin, hubo corruptelas de menor magnitud económica, pero mayor reproche moral. En 2005, cuando todavía se sentían los efectos de la crisis financiera internacional iniciada en el Asia en 1997, que golpeó duramente al país, con reducción considerable de la tasa de crecimiento económico y duplicación de la tasa de desempleo, fondos públicos asignados a programas de generación de trabajo para jefes de familias pobres fueron utilizados en actividades de proselitismo electoral. Pese a que el asunto comprometía directamente a varios diputados, finalmente se condenó por fraude fiscal a personajes menores de la administración regional y comunal, asesores legislativos y gestores políticos (2011).

El financiamiento ilegal de campañas electorales, que se arrastraba desde las primeras elecciones realizadas en democracia, era ya un hecho imposible de ocultar. Aparte de la apropiación directa de fondos públicos, el medio usual para agenciarse los recursos consistía en la emisión de documentos tributarios por servicios inexistentes a favor de donantes particulares, en general, empresas medianas y grandes, las que de tal guisa conseguían el apoyo antelado de los candidatos a sus intereses personales o sectoriales. En las postrimerías de 2006, un nuevo hecho judicial –al que la prensa bautizó “Publicam” por el nombre de la entidad pagadora–, en el que intervinieron peces gordos, senadores y diputados, pero se condenó de nuevo a uno chico, levantó la sincera protesta de algunos líderes políticos que reconocieron la financiación ilegal de todos los partidos de la coalición de gobierno. El atrevimiento trajo consecuencias, incluida la expulsión de uno de ellos por su partido. No es de sorprender. El clima espiritual de los círculos políticos era decididamente proclive a proseguir con las prácticas de financiación secreta. De hecho, en 2003 se había aprobado la Ley 19.985, que incentivó con descuentos tributarios las donaciones efectuadas por contribuyentes a los partidos e instituciones de formación política. Ese mismo año, la Ley 19.984 reguló los gastos y el financiamiento público y privado de las campañas electorales, estableciendo el carácter reservado de los aportes particulares superiores a cierta cantidad. La combinación de estas dos leyes posibilitaría nuevas corruptelas y fraudes tributarios, que alcanzaron unas dimensiones conocidas solo diez años después. En el

interin, la Ley 20.088 (2006) estableció la obligación de una declaración jurada de intereses y patrimonio para las autoridades, e introdujo al Código Penal el delito de enriquecimiento injustificado de empleados públicos (artículo 241 bis). La figura, de dudosa conciliación con los principios de actividad e inocencia, procrastinó la reforma de otros delitos funcionarios que requerían urgente revisión y, para colmo de males, incluyó una “norma gratuitamente intimidatoria” de forma que los hipotéticos denunciantes se guardasen bien antes de acusar a alguna autoridad gubernamental o legislativa de prosperidad patrimonial sospechosa.⁹⁶

El último decenio ratificó el pesado antecedente que venía incubándose desde 1990, que para el poder económico pasó a ser indiferente ocupar o no el gobierno. De 2010 a 2014 la derecha gana la Presidencia de la República y, con ella, empresarios y gerentes ocupan ministerios, servicios y empresas públicas, los que vuelven a una deteriorada coalición de centroizquierda de 2014 a 2018. El presidente de derechas es un histriónico Creso aferrado a sus negocios personales, como los mandatarios de la desmoralización nacional de principios del siglo XX. La presidente que lo sucede se rodea de personajes de insospechada glotonería, incluso sus íntimos. Entre tanto, crece sin frenos la corrupción electoral. En estas circunstancias, la vida pública de los años recientes pudiera ser resumida en una interminable crónica policial y, finalmente judicial, salpicada por las catástrofes telúricas habituales en el país. La reconstrucción física, empero, no ha sido sólida precisamente por la ausencia de la indispensable reconstrucción moral.

En 2012 se supo que el presidente de la Comisión Nacional de Acreditación recibió suculentos pagos de instituciones privadas de educación superior, algunas de ellas ligadas a altos personeros políticos, que luego fueron acreditadas oficialmente, un cohecho en toda la regla que implicó el cierre por desprestigio de una de las universidades y una crisis interna de la que la Comisión, también sumida en el descrédito, no se recupera

⁹⁶ Hernández Basualto: *Revista de Derecho*, XXVII, 2006, 218-219.

todavía.⁹⁷ Entre tanto, el expresidente y el exrector de la universidad fueron sentenciados a penas breves de libertad vigilada (2016). Dos años antes había comenzado una investigación por delitos tributarios de representantes de un consorcio de sociedades llamado “Penta”. Sus dueños, Carlos Alberto Délano Abbott y Carlos Eugenio Lavín García-Huidobro, ligados al partido principal de la dictadura (Unión Demócrata Independiente), bajo la cual sentaron las bases de su fortuna, financiaban campañas, candidatos y prohombres del partido mediante el tráfico de boletas y facturas falsas, después descontadas de la base imponible de los tributos de las empresas, actividad en que involucraron como prestadoras de servicios tributables inexistentes a personas inverosímiles, sin exceptuar a sus propias consortes. Los reos serían condenados a penas sin encierro, al igual que Jovino Novoa Vásquez, encumbrado dirigente del partido y recalitrante pinochetista, y Pablo Wagner San Martín, expleado de las empresas Penta, más tarde subsecretario de minería del adinerado presidente y sentenciado por delitos tributarios y enriquecimiento injustificado, no por cohecho, como pedía el Consejo de Defensa del Estado. El caso, que sigue judicialmente abierto contra otras personas, llevó a otro de financiación ilegal de la política. Su protagonista es un hombre enriquecido gracias a la improbidad rampante en la dictadura. A través de la Sociedad Química y Minera de Chile, antaño empresa del Estado, pero privatizada por y para el personaje, Julio Ponce Lerou distribuyó durante muchos años dinero a casi todo el espectro político en justas presidenciales y parlamentarias, para pagar asesores, centros de estudios económicos o públicos, etc., con el consabido procedimiento de los documentos tributarios falsos, asimismo utilizados como medio de defraudación directa de la empresa contra el fisco. La sujeción lograda con estos pesos quedaría de manifiesto en las presiones que

⁹⁷ Un análisis de la organización actual de la educación chilena, primaria, secundaria y terciaria, nos llevaría demasiado lejos. Como sea, la corrupción en el órgano regulador era esperable teniendo en cuenta los intereses económicos (e ideológicos) que se mueven detrás de universidades y escuelas privadas. La Ley 20.129, de 17 de noviembre de 2006, declara a la Comisión un órgano autónomo del gobierno central (art. 6°). Puede que ello corresponda a la realidad. En los hechos, empero, se ha mostrado sumamente permeable a presiones de intereses particulares, que carecen de tipificación penal, como apuntamos *supra*, texto y nota 91.

ejerció el gobierno sobre el Servicio de Impuestos Internos, titular de la acción penal en delitos contra la hacienda pública, para que no presentase querrelas penales o las limitase a ciertas y contadas personas, al paso que otras pueden disfrutar de completa impunidad.⁹⁸

Con el anterior, este caso, todavía abierto, ofreció finalmente la explicación del origen de las costosas campañas publicitarias de los partidos gobernantes, que empapelaron de carteles las calles y bombardearon a la población con llamadas telefónicas, programas radiales y anuncios televisivos de 1990 en adelante.⁹⁹ Dio también origen al Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción,¹⁰⁰ cuyo tibio informe, de 2015, ayuno de información empírica, en el fondo no discuerda de las reformas legales aprobadas en el ínterin o que estaban por llegar.¹⁰¹ En marzo de 2014 se había aprobado la Ley 20.730, que reguló el llamado *lobby*, en sus propias palabras, “aquella gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos” (artículo 1). Es curioso que merezcan el nombre de “sujetos pasivos” los ministros, jefes de servicios públicos, alcaldes, concejales, diputados, senadores, encargados de adquisiciones de las Fuerzas Armadas y de la administración del Poder

⁹⁸ Una muy distinguida es la de Pablo Longueira Montes, exsenador y ministro de Minería, del que se supo que por precio intervenía en proyectos de ley favorables a la compañía minera, patrocinando la redacción preparada o corregida por esta. Otro senador, señor Jaime Orpis Bouchon, también de la UDI y actualmente acusado por cohecho y fraude, ejercía funciones parecidas para una empresa pesquera, a la que atendía por un sueldo en todos sus problemas legales y administrativos.

⁹⁹ Para ambos casos se dispone de una investigación periodística completa y bien documentada, digna de un historiador, si no fuese por la proximidad temporal del hecho, que lo inscribe en el presente. Cfr. Mönckeberg: *La máquina para defraudar*, 17-191 (caso Penta) y 193-434 (caso Soquimich).

¹⁰⁰ Cfr., *supra*, texto y notas 4 a 6.

¹⁰¹ La base empírica, que el informe llama “diagnóstico”, ocupa tres prietas páginas (29 a 31), donde no hay cifras, nombres, denuncias, condenas, estudio histórico, análisis cuantitativos y cualitativos o respaldo bibliográfico. No se puede culpar a los comisionados ni a su buena voluntad. El sistema político quiere que estas comisiones las integren personas no familiarizadas con la criminología, que representen de algún modo el sistema imperante y trabajen a una velocidad que imposibilita el examen científico del problema.

Judicial, consejeros de la defensa del Estado y del servicio electoral, etc. (artículos 3 y 4). Con todo, la impresión de perplejidad que suscita este trato a autoridades que se supone dignas de especial respeto, se disipa al leer que la tarea del cabildeo mercenario es conseguir para los intereses que representa leyes, actos, decisiones y contratos administrativos (artículo 5). De hecho, sería vano el intento de buscar en la ley alguna inspiración republicana, el ejercicio del poder en pro del bienestar colectivo de la población. Por el contrario, materializa jurídicamente el reconocimiento de la apropiación de los asuntos públicos por el provecho privado.¹⁰²

Hacia allá van también otras dos leyes. La 20.880 (2016), sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, amplía la obligación de extender una declaración pública de intereses y patrimonio a una plétora de autoridades y empleados públicos, pero privilegiando la sanción administrativa para las mendacidades cometidas en el documento.¹⁰³ Tampoco gusta de la vía penal la Ley 20.900 (2016), que se titula “Para el fortalecimiento y transparencia de la democracia”. En realidad, proporciona la enésima confirmación de una evidencia criminológica relevada en el extranjero, que la tipificación de un delito con que castigar el financiamiento ilegal de la actividad política es una aña gaza colectiva, una trampa tendida al público, porque la solercia de los legisladores se encargará de tornarlo inaplicable.¹⁰⁴ Pasaron a ser punibles los que otorguen u obtengan aportes para candidaturas o partidos políticos cuyo monto exceda en un cuarenta por ciento lo permitido por la ley (artículo 27 bis de la Ley 19.884, modificada por la 20.900), límite cuya liberalidad colide con

¹⁰² Aunque omite una referencia a esta ley, son juiciosas las palabras acerca del lobby interesado y la corrupción, enemigos mortales de la república, que escribe Squella Narducci: *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?*, 32. Destruye la democracia, por un lado, pero, por otro, promueve carreras políticas, porque el traficante puede pasar de tal condición a la de representante popular y viceversa, fenómeno de corrupción institucional que en EE. UU. llaman *revolving doors*, como las puertas giratorias de los edificios antiguos, y que en Chile queda inadvertido con el empleo mañoso del juego infantil de las “sillas musicales”. El asunto, empero, es sumamente serio. Cfr. Kölbel: «*Revolving Doors*», 261-276.

¹⁰³ Artículo 11. Este deja a salvo las penas del delito de perjurio (artículo 210 del Código Penal). En los hechos, empero, ha servido para fastidiar y cercenar el tiempo de trabajo de muchos funcionarios públicos de moderada remuneración y desprovistos de poder decisorio en asuntos patrimoniales. Por ejemplo, los profesores de universidades públicas.

¹⁰⁴ Cfr. Maroto Calatayud: *La financiación ilegal de partidos políticos*, 12 y 298-320.

el hecho de ser hurto, según decisión del mismo Poder Legislativo, la apropiación de cosas ajenas de valor trivial o insignificante (artículo 494 bis del Código Penal). Condescendientes con los sujetos activos son también una disposición que confía el ejercicio de la acción penal al servicio electoral, no al temido ministerio público, y otra que determina un plazo de prescripción especial, dos años, mucho menor que el mínimo de cinco de los delitos comunes (artículos 27 quáter y 54 de la Ley 19.884).

Esta pareja de normas era portadora del mensaje implícito en las anteriores, es decir, que nadie custodia a los custodios. En consecuencia, se renovó la invitación a meter las manos en el tesoro público. Altos oficiales del ejército, sin olvidar al propio comandante en jefe de la época (2015), emularon los principios del patriarca de 1973 y los métodos de documentación tributaria de los dueños de Penta y Soquimich, para perpetrar un desfalco monumental con cargo a fondos reservados para la adquisición de pertrechos militares. Luego vendría el turno de Carabineros, la policía militar del país. Por lo menos desde 2010 generales y otros oficiales de superior rango malversaron ingentes sumas de la cuenta de remuneraciones de la institución, a la que perjudicaron con pagos irregulares o excesivos de equipos, vestuario, vehículos, construcciones, etc. Estos casos aguardan juicio cuando escribimos estas páginas.

En fin, la Ley 21.121, de 20 de noviembre de 2019, introdujo modificaciones significativas a los delitos de corrupción del Código Penal, con el propósito de “prevenirlos, detectarlos y perseguirlos”. El más tocado fue el cohecho. Una disposición en particular, el actual artículo 260 quáter del Código, aloja el corazón de la reforma. Allí se concede una atenuante específica a los reos que cooperen eficazmente al esclarecimiento de los hechos investigados en su causa o en otras, actuales o futuras. En buen romance, es el premio concedido a la felonía, una impostura reprobada en todos los sistemas morales, perturbadora de la suerte de los procesos penales, fatal para el destino de inocentes, depresora de la integridad nacional y, al cabo, ruinosa para la vida republicana.¹⁰⁵ La atenuante no es aplicable

¹⁰⁵ Profundizo al respecto en Guzmán Dalbora: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 7, 2012, 175-196.

a quienes desempeñen cargos de elección popular o de su exclusiva confianza, y a quienes ejercen jurisdicción. Es comprensible. La criminología histórica indica que tampoco la necesitan.¹⁰⁶

A modo de conclusión: cohecho, estructura social y desintegración moral

La criminología histórica pudiera darse por satisfecha con la pesquisa precedente, de la que se obtiene, según conjeturamos, una respuesta a la pregunta inicial. La integridad de la sociedad chilena o, expresado con más precisión, la honradez de sus capas dirigentes, nunca ha sido un hecho certificado en las prácticas sociales. Su entidad traiciona una fabulación política inducida al servicio de intereses privados.

Tarea de la criminología positiva es identificar las causas o factores que posibilitaron y siguen favoreciendo las prácticas corruptas. Los avances en este sentido en el extranjero han tendido eco en los escasos estudiosos chilenos del tema, que denuncian desde la opacidad de nuestras prácticas burocráticas, pasando por los defectos del sistema penal, hasta la justificación moral y la legalización de la corrupción.¹⁰⁷ Sin restar valor a esas indagaciones, parece más congruente con la nuestra, en llegando la hora de darle cima, reconducir la fenomenología histórica de estos crímenes al cabo de su madeja, que se esconde en la estructura social.

Chile comparte con los países del continente las raíces de las altas tasas de corrupción, que son el dinero que procura la conquista de los puestos públicos, en un contexto generalizado de empresas privadas infecundas, la transmisión hereditaria de los cargos oficiales y el acostumbamiento del pueblo a la movilización remunerada de las diligencias administrativas.¹⁰⁸ Los dos primeros factores centuplican su efecto en la relación vernácula de poder económico, sociedad política y estructura social. Aunque a menudo

¹⁰⁶ A finales de 2019, un mes después de la última reforma legal, se conoció una trama de tráfico de influencias, cohecho y prevaricación que afecta principalmente a varios jueces de la Corte de Apelaciones de Rancagua, pero no solo a ellos, pues parece que hay abogados y políticos de por medio también. Está por verse si les hará falta o no la atenuante.

¹⁰⁷ Véase Orellana Vargas: *Revista de Sociología*, 21, 2007, 263-269.

¹⁰⁸ Cfr. el certero resumen Fuchs: *Schatten der Vergangenheit?*, 78-79.

presentado como ejemplo de neocapitalismo, el país continúa unido a las formaciones precapitalistas que lo caracterizaron durante la primera mitad del siglo XIX, típicas de una sociedad semifeudal que no acumula capitales productivos ni genera desarrollo social.¹⁰⁹ Una estructura económica de esta índole no puede avenirse con la organización republicana del Estado ni con la democracia representativa. Antes bien, república y democracia serán sometidas a conservación de la estructura. Por eso no habrá interés real en lidiar con la corrupción, de la que la estructura precisa tanto como quienes estamos inmersos en ella necesitamos el aire para sobrevivir. La modalidad elegida para representar el teatro de sombras chinescas tiene dos actores, el cohecho electoral en todas sus formas y, secundariamente, la denuncia aparatosa de algunos despistados. Lo primero ha acompañado fielmente la transición de los partidos clientelistas de masas, con sus redes de asalariados o aspirantes a serlo, hacia los partidos que se financian con aportes privados mediante la venta de las decisiones legislativas y gubernamentales.¹¹⁰ Lo segundo es viejo como el hilo rojo. Se conoció durante la agonía de la república romana, cuando los procesos penales por corrupción eran un medio en la lucha de senadores o magistrados que veían el poder como fuente de enriquecimiento, de cuyos labios procede la confesión *ne gratiis rei publicae serviamus*.¹¹¹ El ascenso de las clases medias a los círculos del poder trajo consigo el contagio de los males enquistados en la minoritaria capa superior,¹¹² incluyendo la hipocresía, rasgo del carácter nacional, que vistió las prácticas corruptas de un modo de hacerlas aceptables ante la propia conciencia, ya perdida para la mala fe.

¹⁰⁹ Empleamos con cierta libertad los conceptos de los marxistas clásicos. Cfr. Marx y Hobsbawm: *Formaciones económicas precapitalistas*, 33.

¹¹⁰ Recojo estos términos de Maroto Calatayud: *La financiación ilegal de partidos políticos*, 126 y 127, quien a su turno los toma de J. Hopkin: *Party Politics*, 10 (6), 2004.

¹¹¹ O sea, "no servimos en balde al Estado". Cicerón: *Defensa de Aulo Cluencio*, 206. Sobre la depravación de la carrera pública, véase Luisi: *Considerazioni sulla determinatezza normativa*, 188-190.

¹¹² "Ocurrió lo de siempre: que las aristocracias o autocracias, u oligarquías de tipo más o menos feudal o patriarcal, fueron reemplazadas por unas clases medias profesionales tan ávidas de lucro, tan rabiosamente yoístas y tan desatentas al bienestar del pueblo como sus predecesoras". Mistral: *Discurso a graduados de 1933*, 91.

Las prácticas corruptas de las capas dirigentes –terratenientes, especuladores, capitanes de la industria extractiva, profesionales, representantes públicos, gestores administrativos– son responsables del estado de atraso económico del país y de la situación de servidumbre en que mantiene al grueso de la población. Pero la corrupción no solo es causa y efecto de desigualdad. Deprava las costumbres, corroe la médula del ordenamiento jurídico. Como, en el fondo, nadie quiere servir gratuitamente a la patria y, “en lugar de concurrir al bien general, cada cual no busca sino ventajas personales, la ley cae en desacato y los propios magistrados son los primeros en violarla”.¹¹³

Se comprenderá, pues, la inutilidad del empeño de combatirla con leyes penales, tanto menos con leyes de la ralea de los últimos veinte años. Habría que enfrentarla quitándole la careta de los eufemismos. Podríamos imitar al arte, adoptar la postura de Theodor, el incorruptible criado de la comedia de Hugo von Hofmannsthal, que en sus diálogos con la baronesa seguía la táctica ceremoniosa, pero inflexible, de llamar las cosas por su propio nombre, desenmascarando la ironía reductiva, las convenciones y falsedades usadas por la capa dominante para excusar sus vicios.¹¹⁴ Puede que el pueblo chileno conserve aún el instinto para distinguir lo generoso de lo mercenario, gracias al cual acusó antiguamente, en médicos, abogados y profesores, “un trueque de patronos y un desplazamiento de los viejos guías abusadores”.¹¹⁵

Sea de ello lo que fuere, este escrito ha acatado la regla, antipática por lo desacostumbrada entre los “ingleses de América del Sur”, que aborrece del *can't* en los asuntos de importancia republicana.

¹¹³ “Au lieu de concourir au bien général, chacun ne cherche plus que ses avantages personnels, les lois tombent dans le mépris, et les magistrats eux-mêmes sont les premiers à les violer”. Marat: *Les chaînes de l'esclavage*, 68.

¹¹⁴ Elena Raponi, *Introduzione* a Hugo von Hofmannsthal, *L'incorruttibile*, traduzione di Elena Raponi, Torino: Giulio Einaudi Editore, 2010, XVI.

¹¹⁵ Mistral: *Discurso a graduados de 1933*, 91.

Bibliografía

- Amunátegui Solar, Domingo: *La democracia en Chile. Teatro político (1810-1910)*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1946.
- Artaza Varela, Osvaldo: “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, en *Revista Electrónica Política Criminal*, 11 (21), julio, Santiago de Chile, 2006, 307-309.
- Aylwin, Mariana, Carlos Bascuñán, Sofía Correa, Cristián Guzmari, Sol Serrano y Matías Tagle: *Chile en el siglo XX*, 3.ª ed., corregida, Santiago de Chile: Editorial Planeta 1990.
- Castedo, Leopoldo: *Chile: vida y muerte de la república parlamentaria. (De Balmaceda a Alessandri)*, Santiago de Chile: Editorial Sudamericana, 2011.
- Cicerón: “Defensa de Aulo Cluencio”, en *Discursos*, V, traducciones, introducciones y notas de Jesús Aspa Cereza, Madrid: Gredos, Madrid, 1995, 155-283.
- Collier, Simon y William F. Sater: *Historia de Chile. 1808-1994*, traducido por Milena Grass, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Consejo Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción: *Informe final*, Santiago de Chile, 2005.
- Contardo, Óscar: *Siútico. Arribismo, abajismo y vida social en Chile*, 3.ª ed., Santiago de Chile: Ediciones B Chile, 2008.
- Correa Sutil, Sofía: *Con las riendas del poder. La derecha chilena en el siglo XX*, Santiago de Chile: Debolsillo, 2011.
- Correa Sutil, Sofía, Consuelo Figueroa Caravagno, Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, Claudio Rolle Cruz y Manuel Vicuña Urrutia: *Historia del siglo XX chileno. Balance paradójico*, Santiago de Chile: Editorial Sudamericana, 2011.
- Dahse, Fernando: *El mapa de la extrema riqueza. Los grupos económicos y el proceso de concentración de capitales*, Santiago de Chile: Editorial Aconcagua, 1979.
- Donoso, Ricardo: *Alessandri, agitador y demoleedor. Cincuenta años de historia política de Chile*, 2 vols., México y Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1952-1954.
- Donoso, Ricardo: *Breve historia de Chile*, Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- Donoso, Ricardo: *Desarrollo político y social de Chile desde la Constitución de 1833*, 2.ª ed., Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1942.
- Drake, Paul W.: “La misión Kemmerer a Chile: consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932”, traducido por Cristián Guerrero Yoacham, *Cuadernos de Historia*, 4, julio, Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile, 1984, 31-59.

- Edwards Vives, Alberto: *La fronda aristocrática en Chile*, 16.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2001.
- Escobar Alarcón, Eduardo: *Historia ilustrada del Código penal chileno. 140 años desde su promulgación*, Santiago de Chile: Editorial de la República, 2014.
- Fetter, Frank: *La inflación monetaria en Chile*, traducido por Guillermo Gandarillas, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1937.
- Fuchs, Marie-Christine: “Schatten der Vergangenheit? Lateinamerikas Kampf gegen die Korruption”, en *Auslandinformationen der Konrad-Adenauer-Stiftung*, <https://www.kas.de/web/auslandsinformationen/artikel/detail/-/content/schatten-der-vergangenheit-2>, 2017, 72-85.
- Garzón Valdés, Ernesto: “Acerca del concepto de corrupción”, en *Revista Estudios. Filosofía-Historia-Letras*, ITAM, 45-46, verano-otoño, 1996, 179-211.
- Guzmari R., Cristian: *Testimonios de una crisis. Chile: 1900-1925*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1980.
- Godoy A., Óscar: “Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención”, en *Revista Chilena de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, XVII (1-2), Santiago de Chile, 1996, 15-30.
- Góngora del Campo, Mario: *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, 9.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2013.
- Guzmán Dalbora, José Luis: *Colectánea criminal. Estampas de la Parte especial del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2017.
- Guzmán Dalbora, José Luis: “Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología de Madrid*, 3.^a Época, 7, enero 2012, 175-196.
- Guzmán Dalbora, José Luis: “Perfiles penales de la debacle de la economía chilena en 1982-1983”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 27, segundo semestre, Santiago de Chile, 2017, 143-169.
- Heise González, Julio: *Historia de Chile. El período parlamentario 1861-1925*, 2 vols., t. I (Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo chileno), Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1974 y t. II (Democracia y gobierno representativo en el período parlamentario), Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1982.
- Hernández Basualto, Héctor: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII, 2.^o semestre, 2006, 183-222.

- Hopkin, Jonathan: “The Problem with Party Finance: Theoretical Perspectives on the Funding of Party Politics”, *Party Politics*, 10 (6), 2004, pp. 627-651.
- Horton, Paul B. y Chester L. Hunt: *Sociología*, traducido por Rafael Moya García, 6.ª ed. (3.ª ed. española), México: McGraw-Hill, 1990.
- Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción: *Revista Chilena de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, XVIII (1-2), Santiago de Chile, 1996, 202-247.
- Jobet, Julio César: *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1955.
- Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo: *El peso de la noche. Nuestra frágil fortaleza histórica*, Argentina: Ariel, 1997.
- Kindhäuser, Urs: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, traducido por Percy García Cavero, *Política Criminal*, 3, 2007, 1-8.
- Kölbl, Ralf: “‘Revolving Doors’ als institutionelle Korruption im legislatorischen Feld”, en Julian Krüper (ed.), *Die Organisation des Verfassungsstaats. Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, 261-276.
- Lagos Escobar, Ricardo: *La concentración del poder económico. Su teoría. Realidad chilena*, 5.ª ed., Santiago de Chile: Editorial del Pacífico, 1965.
- Luisi, Nicola Demetrio: “Considerazioni sulla determinatezza normativa della legislazione romana in materia di crimen repetundarum”, en Gabriele Fornasari – Nicola Demetrio Luisi (ed.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova: Cedam, 2003, 162-211.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo: “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 23, Santiago de Chile, 2015, 93-105.
- Marat, Jean Paul: *Les chaînes de l’esclavage*, Paris: Adolphe Havard Éditeur, 1833.
- Maroto Calatayud, Manuel: *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid: Pons, 2015.
- Marx, Carlos: *La acumulación originaria del capital*, versión al español por el Instituto de Marxismo-Leninismo de Moscú, México: Editorial Grijalbo, 1969.
- Marx, Karl y Eric Hobsbawm: *Formaciones económicas precapitalistas*, traducido por Marcelo Nowersztern y Miguel Murmis, 2ª ed., Córdoba (Argentina): Ediciones Pasado y Presente, 1972.

- Matthei Schacht, Elisabeth y Luis Emilio Rojas Aguirre: “Caso ‘MOP-GATE’”, en Tatiana Vargas Pinto (dir.), *Casos destacados de Derecho penal. Parte especial*, Santiago de Chile: Ediciones DER, 2019, 133-155.
- Matus Acuña, Alejandra: *El libro negro de la justicia chilena*, Santiago de Chile: Editorial Planeta, 1999.
- Meller, Patricio: *Un siglo de economía política chilena (1890-1990)*, nueva edición aumentada y actualizada, Santiago de Chile: Uqbar Editores, 2016.
- Mistral, Gabriela: “Discurso a graduados de 1933”, *Mistral, Gabriela, Pasión de enseñar. (Pensamiento pedagógico)*, edición general de Cristián Warnken y Ernesto Pfeiffer, Valparaíso: Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2018, 88-94.
- Mönckeberg, María Olivia: *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*, 4.ª ed., Santiago de Chile: Debolsillo, 2016.
- Mönckeberg, María Olivia: *La máquina para defraudar. Los casos Penta y Soquimich*, Santiago de Chile: Penguin Random House, 2015.
- Neely Ivanovic, Carlos: *Crónicas de corrupción a la chilena*, Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio, 2010.
- Oliver Calderón, Guillermo: “Aproximación al delito de cohecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, abril, Santiago de Chile, 2004, 83-115.
- Oliver Calderón, Guillermo: “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley n. 19.829, de 1999)”, *Revista Chilena de Derecho*, 30 (1), Santiago de Chile, 2003, 39-53.
- Orellana Vargas, Patricio: “Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre”, *Polis, Revista Latinoamericana*, 8, 2004, 1-39.
- Orellana Vargas, Patricio: “Chile, un caso de corrupción oculta”, *Revista de Sociología*, 21, Universidad de Chile, 2007, 257-272.
- Ossandón Widow, María Magdalena: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, *Revista de Derecho*, 10, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2003, 161-180.
- Pinto Santa Cruz, Aníbal: *Chile, un caso de desarrollo frustrado*, 3.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1973.
- Portales, Felipe: *Los mitos de la democracia chilena*, 2 vols., 3.ª ed., Santiago de Chile: Catalonia, 2011.
- Radbruch, Gustav y Enrique Gwinner: *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una Criminología histórica)*, notas y adiciones por Arturo Majada, Barcelona: Bosch, 1955.

- Ramírez Necochea, Hernán: *Balmaceda y la contrarrevolución de 1891*, 3.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1972.
- Ramírez Necochea, Hernán: *Historia del imperialismo en Chile*, Santiago de Chile: Austral, 1960.
- Ramón, Armando de: *Historia de Chile. Desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500-2000)*, 8.^a ed., Santiago de Chile: Catalonia, 2003.
- Rodríguez Collao, Luis y María Magdalena Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública*, 2.^a ed. actualizada, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Roth-Arriaza, Naomí: “La tardía centralidad de la dimensión económica en la justicia transicional”, en Juan Pablo Bohoslavsky – Karinna Fernández Neira – Sebastián Smart, *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, Santiago de Chile: Ediciones Lom, 2019, 47-63.
- Rulli, Mariana: “El gato sin cascabel. La privatización del sistema previsional chileno durante la dictadura militar de Pinochet”, en Juan Pablo Bohoslavsky – Karinna Fernández Neira – Sebastián Smart, *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, Santiago de Chile: Ediciones Lom, 2019, 245-267.
- Salazar Vergara, Gabriel y Julio Pinto Vallejos: *Historia contemporánea de Chile*, 5 vols., t. I (Estado, legitimidad, ciudadanía), por Gabriel Salazar, Arturo Mancilla y Carlos Durán, y t. II, (Actores, identidad y movimiento), por Julio Pinto, Azun Candina y Robinson Lira, Santiago de Chile: Lom Ediciones, 2014 y 1999.
- Smart, Sebastián: “Privatización y represión: dos caras de la misma moneda”, en Juan Pablo Bohoslavsky – Karinna Fernández Neira – Sebastián Smart, *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, Santiago de Chile: Ediciones Lom, 2019, 269-283.
- Sprott, W. J. H.: *Introducción a la Sociología*, traducido por Florentino M. Torner, México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- Urzúa Valenzuela, Germán: *Historia política de Chile y su evolución electoral. (Desde 1810 a 1992)*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Squella Narducci, Agustín: *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?*, Valparaíso: Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2019.
- Vial Correa, Gonzalo: *Historia de Chile (1891-1973)*, 5 vols., 6.^a ed., vol. I, t. II (La sociedad chilena en el cambio de siglo, 1891-1920), vol. II, t. II (Triunfo y decadencia de la oligarquía), 4.^a ed.; vol. III (Arturo Alessandri y los golpes militares [1920-1925]), 4.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Zig-Zag, 2001.

- Vicuña Fuentes, Carlos: *La Tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928*, Santiago de Chile: Lom Ediciones, 2002.
- Villalobos R., Sergio: *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, 5.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1987.
- Villalobos, Sergio, Osvaldo Silva, Fernando Silva, Patricio Estelle: *Historia de Chile*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1974.

AUTORES

KAI AMBOS (Autor y editor). Catedrático de derecho penal y procesal penal, derecho comparado, derecho penal internacional y derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) de la Universidad de Göttingen. Juez del Tribunal Provincial (Landgericht) de Göttingen, Alemania (actualmente en licencia). Juez del Tribunal Especial para Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya, Países Bajos. Además, es *amicus curiae* del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz, Bogotá, Colombia.

ALEJANDRO APONTE. Director del Departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Director del *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, publicado por la Universidad de La Sabana, con el apoyo del CICR, oficina en Colombia y del Idehpucp del Perú. Consultor senior de agencias nacionales e internacionales. Consultor de la Jurisdicción Especial para la Paz.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Estudios posdoctorales en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg en Breisgau, Alemania. Especialista en Corrupción y Derecho Penal. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima (desde 2009) y en la Universidad

del Pacífico (desde 2017). Presidente de la Comisión del Minjus que elaboró el Anteproyecto de Ley Contra la Criminalidad Organizada (2007). Miembro de la Comisión del Minjus que elaboró la regulación penal contra la Minería Ilegal (2012). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico. Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, Alemania. Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca, España. Presidente del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Autor de múltiples libros y artículos especializados en materia penal, procesal penal y *compliance*. Director del *Anuario de Derecho Penal Económico*.

ANDY CARRIÓN ZENTENO. Profesor de Derecho Penal Económico de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster y doctor en Derecho de la Universidad de Bonn.

ERÉNDIRA CONTRERAS. Doctoranda en Ciencias Penales y Política Criminal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Derecho, México. Especialista y Maestra en Ciencias Penales, Universidad Anáhuac, México. Catedrática de Teoría del Delito y de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Colegio Jurista, México. Trabajó en la Fiscalía General de Justicia del Estado de México (agente investigador) de la Policía Ministerial (2008-2009) y en la Fiscalía General de la República (2009-2014). Titular del área penal de la Comisión Federal de Competencia Económica (2014-2019). Ha tomado diversos cursos y diplomados en materia penal en Alemania, España, México, Estados Unidos, Chile y Perú. Actualmente es abogada postulante, socia de Farah Revilla S.C.

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO. Profesor asociado del Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho (Dr. jur.) de la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania). Magister Legum (LL.M.) de la misma Universidad; Magíster en Derecho con énfasis en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-penales de la Universidad Nacional

de Colombia, sede Bogotá. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), Colombia, y de la Fundación Colfuturo.

MARIE-CHRISTINE FUCHS. Abogada y Doctora en Derecho de la Universidad de Saarbrücken (Alemania). Magíster en Derecho Internacional Público, en Derecho de la Unión Europea y en Derechos Humanos de la misma universidad. Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Ha sido investigadora asociada al Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero y Derecho Internacional Privado en Hamburgo. Investigadora y profesora asistente en el Europainstitut. De 2011 a 2015 se desempeñó como abogada en el despacho jurídico internacional Freshfields Bruckhaus Deringer en Berlín. Es autora de diversas publicaciones sobre derecho internacional público y derecho internacional de derechos humanos.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid (España). Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad de Roma, La Sapienza (Italia). Doctor *honoris causa* por las Universidades Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú), José Carlos Mariátegui (Moquegua, Perú) y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral, Universidad de Valparaíso (Chile). Ex catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008 y 2017-2018). Autor de múltiples publicaciones y traducciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Miembro de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Director de la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre (HRREC) de la Universidad de Ottawa. Profesor a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Integrante del Consejo Directivo de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas. Ha trabajado como asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas, asesor

jurídico principal del Tribunal Constitucional del Perú y asesor jurídico principal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Desde diciembre de 2017 es uno de los juristas extranjeros (*amicus curiae*) de las Salas de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

EZEQUIEL MALARINO (Editor). Profesor a tiempo completo y Director de la Carrera de Abogacía de la Universidad de San Andrés. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Director académico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) de la Universidad de Göttingen, Alemania. Profesor visitante regular en la Universidad de Trento, Italia (desde 2006) y profesor de posgrado de la UBA (desde 2007). Graduado en Derecho con honores en la UBA (1996). Doctor en Derecho de la Universidad de Macerata, Italia (2006). Fue profesor de Derecho Procesal Penal (grado y posgrado) de la Universidad Torcuato di Tella (2010 y 2011), investigador del Collège de France, Francia (2004-2006) y del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Alemania (2002-2004).

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra del Tribunal Superior de Justicia. *Corregedora* Nacional de Justicia. Profesora Doctora de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Miembro del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

BRUNO RUSCA. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Especialista en Derecho Penal Económico (Universidad Blas Pascal). Becario Postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Docente de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba. Exbecario de la Comisión Fulbright-Argentina en Buffalo Criminal Law Center, State University of New York at Buffalo.

CARLA SALVATORI. Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Candidata a Magíster en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Editorial de la revista *En Letra: Derecho Penal*.

CLAUDIO NASH ROJAS. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Doctor en Derecho por la misma universidad. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y coordinador de la Cátedra de Derechos Humanos de dicha casa de estudios. Dicta la cátedra de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Además, es Profesor de los programas de Magíster y Doctorado de la misma Universidad. Desde 2009 coordina el Grupo de Estudios sobre Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

GUSTAVO URQUIZO (Autor y asistente académico de la publicación). Doctorando y docente en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Miembro de la Secretaría Ejecutiva del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) de la Universidad de Göttingen.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Profesor Doctor de Derecho Procesal Penal en los cursos de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Miembro del Grupo de Investigación Conflictos Armados en la Era Contemporánea, de la Universidad Federal de São Paulo. Juez de Derecho.

