

SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Elena BURGOA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los primeros pasos en la formalización de los delitos contra la administración pública.* III. *Estudio comparado de las fórmulas de sistematización de los delitos practicados en el ejercicio del cargo en Europa y países de América Latina.* IV. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar, deseo agradecer al Instituto de Investigaciones Jurídicas, y especialmente al doctor Sergio García Ramírez, por darme la oportunidad de participar en un evento de la importancia de éste, al lado de tan prestigiosos juristas.

El objetivo de este texto es marcar aquellas diferencias y semejanzas que encontramos en los ordenamientos penales nacionales respecto de los delitos contra la administración, y explicar la razón de algunos de estos cambios. En el marco de un Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, que se propone analizar diversos temas del derecho penal, puede resultar interesante una mirada a la parte especial de los códigos penales, específicamente a estos delitos que en los últimos años están adquiriendo un creciente protagonismo en la jurisprudencia y en la doctrina, en un breve acercamiento a la legislación, las teorías o ideas autoritarias o democráticas en torno al derecho penal. Tratándose de un grupo de delitos vinculado tradicionalmente a la idea de limitación del poder, y que históricamente se han ido consolidando de forma definitiva en la parte especial de los distintos ordenamientos penales,

es evidente que este auge de los delitos contra la administración no se debe únicamente a su mera utilización por parte de los tribunales. La principal característica de los últimos años radica, en cambio, en el intento de la doctrina y también del legislador de marcar sus señas de identidad, es decir, de llenarlo de contenido mediante diversos criterios que permitan disminuir, en la medida de lo posible, su indeterminación caótica. En este sentido, el cambio terminológico de las alteraciones legislativas producidas, que permite superar los añejos conceptos con los que tradicionalmente se identificaban, ha convertido a estos delitos en protagonistas de la dogmática penal en los últimos años, con el considerable aumento del interés doctrinal por estos delitos en todas las latitudes.

Como es natural, este intento de formalización del bien jurídico de los delitos contra la administración pública suscita innumerables interrogantes: ¿cuál es el contenido dogmático de la designación genérica —delitos contra la administración pública— empleada por algunas de las rúbricas de las distintas partes especiales de los códigos penales?, ¿cuál es su alcance?, esto es, si estamos ante un bien jurídico común a todos los tipos que se integran en los distintos títulos o, por el contrario, no hay un único bien jurídico común a todos ellos, ¿hasta qué punto constituyen una novedad respecto a las formulaciones anteriores?, ¿qué finalidad persigue el legislador con ese intento?, ¿cuáles son sus ventajas e inconvenientes? Teniendo en cuenta que el debate sobre la densificación del bien jurídico de los delitos contra la administración pública se encuentra lejos de estar cerrado, este ensayo tratará de dar respuesta, en la medida de lo posible, a éstas y otras interrogantes. Para ello se analizarán en un ritmo descriptivo los distintos sistemas seguidos por los códigos penales nacionales para agrupar estas infracciones y, en especial, la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión específica, aunque no me abstendré de efectuar una conclusión crítica.

II. LOS PRIMEROS PASOS EN LA FORMALIZACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es importante insistir en el nacimiento de estos delitos, en sus parámetros. No es extraño que los llamados “delitos de funcionarios” del derecho antiguo constituyan una mera referencia simbólica, instintiva y poco

formalizada.¹ En efecto, estos antecedentes históricos constituyen únicamente precedentes valiosos para la comprensión e interpretación del sentido de cada figura típica específica, sin que puedan considerarse el origen del tratamiento de la responsabilidad de los funcionarios en el derecho penal moderno, una vez que, como evidencia Von Liszt, sólo es posible hablar de delito de funcionarios con el aparecimiento del Estado moderno y de sus instituciones.²

Este hecho se tradujo, entre otros aspectos, como es de sobra conocido, en el espíritu innovador del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al considerar que “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de la fuerza pública, fuerza que se instituye en beneficio de todos y no para la utilidad de aquellos a quien fue confiada”, así como en la tutela de la nueva función pública y de la protección de los ciudadanos frente a los abusos de poder por las leyes criminales de la Revolución francesa, antecedentes del Código de Napoleón de 1810.³

Pero donde la presencia de la modificación de la concepción del Estado y de sus servidores se puso sobre todo de manifiesto fue en el despotismo ilustrado prusiano, representado por el derecho territorial general (*ALR: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) del 5 de febrero de 1794 y el Código Penal de 1851. Así, dejando ahora de lado el elenco de los derechos y obligaciones⁴ —de obediencia y lealtad— de la burocracia, que se describen en el título X de la parte segunda, y centrán-

¹ Merecen particular referencia las sanciones previstas en el derecho griego para el incumplimiento de los deberes del cargo; *apud* Magiore, *Derecho penal. Parte especial*, Bogotá, 1955, vol. III, p. 128. Sobre la regulación ensayada por el derecho romano puede consultarse Mommsen, *Derecho penal romano*, Bogotá, 1975, pp. 441 y ss.

² Cfr. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23, Berlin-Leipzig, 1921, p. 607. De forma similar, Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonder Teil*, 5. Aufl., Karlsruhe, 1969, p. 739, destacando que el concepto de delito propio de funcionario, *delito del cargo*, es un concepto moderno que tiene su origen en el derecho general territorial de Prusia de 1794.

³ Véase, sobre este aspecto, Sáinz de Robles Santa Cecilia, C., *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, 1985, pp. 21-46.

⁴ Sobre este particular, Sáinz de Robles (*ibidem*, p. 33) considera que “es todavía difícil pensar en términos de derechos y de deberes, ya que la esencia de la condición de funcionario no se define propiamente a través de ellos, sino de la obediencia y de la lealtad singulares a las autoridades estatales”.

dono en el capítulo VIII, “Delitos de los servidores del Estado” (*Verbrechen der Diener des Staats*) §§323 y siguientes del título XX (delitos contra el Estado), cabe destacar que el derecho prusiano siguió un *criterio subjetivo*, integrando, en consecuencia, en su contenido todas las infracciones susceptibles de ser practicadas por el servidor del Estado, mientras que en otros delitos aludía a los intereses ofendidos. Por razones evidentes, la doctrina alemana más relevante venía declarando expresamente que se trataba de un *derecho penal de clase*, de un derecho penal *del funcionario*, de forma inequívoca, y no de un derecho protector de la función.⁵ En suma, nos encontramos con que lo más relevante de este planteamiento se encuentra en la *lesión del deber oficial* como único y exclusivo objeto de protección por el derecho punitivo.

Ahora bien, este planteamiento parece contradecirse con el modelo engendrado previamente por la Revolución francesa, que aludía al carácter lesivo de la acción delictiva para los intereses de la comunidad y no a la lesión del deber oficial, lo que provoca la existencia de dos matrices distintas en el nacimiento de este grupo delictivo.

Llegados a este punto, surge ineludiblemente la cuestión sobre cómo realizar, en su caso, la tutela penal en este ámbito. Los diferentes sistemas de los países a analizar han respondido a esta cuestión organizando este grupo de delitos con una diversidad de fórmulas que pueden examinarse desde esas dos perspectivas o lógicas históricas trazadas (en algunos sistemas nacionales se entrecruzan históricamente dichas perspectivas), por lo que tendríamos que dotarlos de consecuencias también distintas. Esto es, la lógica que proclama la autonomía o distanciamiento de este grupo de la teoría general del derecho penal (autoría, participación, ilícito, bien jurídico...), fundamentada en la infracción de deberes y la lógica que defiende su unidad y compatibilización con el sistema común (que funciona para el común de los ciudadanos) a la hora de llevar a cabo su sistematización e interpretación teleológica que, desde esta óptica, se entendería más bien como delitos contra la administración pública.

No se debe obviar que en algunos ordenamientos nacionales no es fácil vislumbrar a cuál de estas lógicas se ha dado preferencia en la organización de este grupo de la parte especial.

⁵ *Ibidem*, p. 46.

III. ESTUDIO COMPARADO DE LAS FÓRMULAS DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS DELITOS PRACTICADOS EN EL EJERCICIO DEL CARGO EN EUROPA Y PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

A continuación se hace un estudio comparado de la regulación de este grupo delictivo en algunos países de Europa y de América Latina. El presente estudio, salvo alguna excepción, toma como base únicamente la rúbrica y contenido de los títulos o capítulos de los respectivos códigos penales, y evita entrar en el análisis específico de las distintas previsiones típicas, pero es suficientemente significativo de la tendencia que sigue la regulación de cada país.

1. *El sistema alemán*

En la rúbrica del actual capítulo 30 de la parte especial del Código Penal alemán se sigue utilizando la denominación “*Infracciones penales en el cargo*” o “*delitos en la administración*” (*Straftaten im Amte*) en atención a la influencia legislativa prusiana, a pesar de la reordenación del capítulo en 1974.

La verdad es que últimamente han cambiado muchas cosas en la doctrina alemana, y en consecuencia la validez del modelo construido sobre la marca genética de la infracción del deber del cargo requiere adaptaciones.

La infracción del deber del cargo que nace de la relación especial Estado/funcionario, como esencia del delito del cargo o cometido por no ejercicio del cargo, pertenece ya a la estructura genética del grupo, hasta el punto de que más de uno duda de la configuración de la misma como fundamento. En esta convicción, recordemos que en 1975 Wagner escribía que “hoy en día, nadie sostiene que los delitos del cargo sean exclusivamente lesiones del deber. Más bien, existe acuerdo sobre que el delito del cargo es siempre también lesión de un bien jurídico”.⁶ Se añade, por Stock, que su gran indeterminación ha contribuido para su ineptitud como objeto de protección penalmente relevante y para determinar el ámbito de aplicación de las correspondientes figuras delictivas,⁷ ya que se aducía, no sin razón, la existencia de delitos del cargo que podían ser cometidos por sujetos que no tenían un vínculo funcionarial.

⁶ Cfr. Vizueta Fernández, J., *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, 2003, p. 53.

⁷ Cfr. Stock, U., *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, 1932, pp. 245 y 246.

En consecuencia, los defensores de esta concepción mantienen la idea de que no constituye un bien jurídico, con independencia de que sea susceptible de reconocimiento típico. De este modo se admite la posibilidad de que la infracción del deber del cargo se conciba como la estructura de la autoría, medio de comisión del delito, intentando construir con este elemento significativo una tipología específica llamada “*delitos de violación de deber*” (*Pflichtdelikte*) por Claus Roxin.⁸

Desde esta perspectiva, para conseguir reagruparlos a la luz del criterio garantista de un bien jurídico común, la doctrina ha propuesto diversas opciones: la pureza del ejercicio del cargo o la confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo o en la integridad del aparato estatal y, especialmente, la conducción regular de la administración pública. Sin embargo, lo que se ha venido señalando desde la más adelantada visión doctrinal es que con estas fórmulas frecuentemente queda en la sombra la distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Nadie pone en duda los loables propósitos garantistas de la doctrina. En todo caso, lo que resulta cuestionable no es sólo la falta de percepción de la diferencia de las infracciones, sino una adecuada representación de la diferencia por los destinatarios de la norma.

No faltan, por otra parte, quienes niegan la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos del cargo. De este modo, por ejemplo, Jescheck pone de manifiesto, desde mi punto de vista acertadamente, que para determinar el bien jurídico habrá que atender al concreto tipo penal en cuestión. En suma, entiende que aunque la legalidad en el desempeño del cargo, la confianza pública en la integridad del aparato del Estado y la pureza de la administración pueden fundamentar la mayoría de los preceptos del actual título 30, sin embargo en otros delitos del cargo considera abiertamente que son otros los intereses afectados, como por ejemplo en el delito de lesiones en el cargo.⁹

⁸ Cfr. Roxin, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, 1972, pp. 43 y ss. Como acertadamente comenta Pizarro Beleza (“A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever titularidade versus domínio de facto?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992, p. 342), la mera violación de deberes extrapenales debe hacer parte de otros subsistemas jurídicos, fundamentando la responsabilidad disciplinar, civil u otra. Me parece una categoría útil, funcional, pero no suficientemente significativa para construir un tipo de infracción basada *exclusivamente* en la misma.

⁹ Cfr. Jescheck, *Leipziger Kommentar*, 1997, p. 478, §§331 y ss.

Ésta parece la vía más correcta para avanzar en la actualidad. Y ello debido sobre todo al §11 (personas y conceptos) —cuya sustancia es ampliamente heterogénea—¹⁰ y al carácter muy particular de la formulación de los tipos penales que configuran de forma diversa al sujeto activo del delito.¹¹ De esta manera se reconoce expresamente en la ley penal el desvalor diferente de cada uno de los tipos y la incapacidad de cada uno de los criterios referidos para determinar el bien jurídico protegido por la categoría.¹² Por lo tanto, establecer una rúbrica del género “delitos contra la pureza o la corrección del ejercicio del cargo o contra la confianza en la pureza o correcto ejercicio del cargo” —que son de la misma materia y espíritu que la anterior—, implicaría perturbar más el sistema y enfrentar el propio principio de legalidad y de intervención mínima del derecho penal, con la única ventaja de rechazar en términos formales su interpretación como infracciones del deber del cargo.

2. Sistema francés

En particular, este paradigma, como ya se había subrayado, representa el verdadero contrapunto frente a la matriz alemana, de tal modo que al

¹⁰ §11.I. “Con relación a este Código será:

2. Titular de la función pública: quien, de acuerdo al derecho alemán, sea funcionario o juez; se encuentre en una relación de derecho público especial, o sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la administración pública;

3. Juez: quien, de acuerdo al derecho alemán, lo sea por profesión o por título honorífico;

4. Los especialmente obligados por razón del servicio público: quien, sin ser titular de la función pública, en su papel de autoridad o puesto especial, reciba los encargos de la administración pública, o como un grupo o comisión especial, establecimiento o empresa que ejecutan tareas de la administración pública para una autoridad o para un puesto especial, se ocupe o esté obligado formalmente por una ley al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones”.

¹¹ §331 (aceptación de prebendas): “I. Un funcionario o alguien especialmente obligado al servicio público que... II. Un juez o árbitro que...”. §333 (soborno): “Quien ofrezca...”. §336 (prevaricación judicial): “Un juez, otro funcionario o un árbitro que...”.

¹² Sobre esta cuestión Vázquez-Portomeñe Sejas (*Los delitos contra la administración pública. Teoría general*, 2003, pp. 30-33) pone de relieve los inconvenientes que pesan sobre las tesis de la pureza del cargo o la confianza. El elevado grado de abstracción de las fórmulas dificulta el recorte y diseño propio de las conductas típicas y sus sanciones; siendo extremadamente difícil el que puedan englobar el sentido de todos y cada uno de los delitos.

factor esencial de “ser practicado por funcionario” se añade “el hecho de ser practicado en el ejercicio del cargo”.¹³

Así, tras su entrada en vigor, el 1o. de marzo de 1994, la rúbrica del capítulo II, “De los atentados a la administración pública cometidos por personas que ejercen una función pública” (*Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*) y del capítulo III, “De los atentados a la administración pública cometidos por particulares” (*Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers*) del nuevo Código Penal de Francia, bascula sustancialmente en el mismo esquema penal embrionario del código precedente, sólidamente enclavado en la idea de lesión para el ejercicio de las funciones.

La nueva clasificación presentaba (y presenta) múltiples valores y diversas ventajas.

En primer lugar, se mantenía (y mantiene) la continuidad de la doctrina del atentado a la función pública, acentuando el objeto jurídico del grupo delictivo —atentados a la administración pública—, y como consecuencia, se prestaba (y se presta) a ser manejado conforme a las exigencias del derecho penal de un Estado democrático y de derecho, atendiendo estrictamente a criterios de afición al bien jurídico protegido.

En segundo lugar, distinguía (y distingue) los atentados a la administración pública cometidos por las personas que ejercen una función pública de aquellos cometidos a la misma por particulares, evidenciando así la importancia de los modelos en su evolución histórica. Este elemento de novedad fue aportado por un modelo receptor del prototipo francés (el Código Penal de Toscana de 1854, que ya distinguía con base en la procedencia del ataque, de dentro o fuera de la administración pública). Esta subclasificación efectuada ulteriormente supone el corolario del concepto utilizado (la protección penal de la administración pública) para designar la categoría y la consolidación de una evidencia, que ahora gana terreno, relativa a que los *no funcionarios* pueden atentar contra la administración o función pública, como lo demuestra la experiencia emblemática del delito de cohecho activo. Buena prueba de esto la encontramos en la incriminación de la usurpación de funciones (artículo 433-12) y en el artículo 432-3 relativo al depositario de la autoridad pública, al encargado

¹³ Como refleja la pionera rúbrica del Código Penal de 1810 aludiendo a la *forfaiture* y a los delitos de los funcionarios en el ejercicio de funciones.

de una misión de servicio público o al sujeto que se halle cumpliendo un mandato público de carácter electivo, que continúen ejerciendo sus funciones después de que aquellas hayan concluido de forma oficial, de acuerdo con la teoría del funcionario de hecho.

En tercer lugar, el modelo francés reivindica y conquista un capítulo propio (el IV) para los atentados a la administración de justicia, excluyendo, por tanto, de los ataques a la administración pública los dirigidos contra este otro bien jurídico supraindividual forjado por el mismo espíritu revolucionario.

Asimismo, ha de subrayarse la reordenación sistemática efectuada de la materia, de forma más feliz, en el título III dedicado a los atentados a la autoridad del Estado, dando prevalencia a las infracciones contra las personas y a las infracciones contra los bienes (de éstas) que expresa la actual etapa evolutiva del Estado constitucional como Estado democrático y de derecho.

Finalmente, hemos de hacer expresa referencia a una última reflexión que ha de ser planteada en relación con este modelo. Para ello es preciso partir de la afirmación de que los sujetos del delito se encuentran dogmáticamente ligados con el bien jurídico objeto de protección penal. Así pues, desde el posicionamiento mayoritariamente defendido por la doctrina y por la jurisprudencia francesa acerca del bien jurídico en causa, y que no es otro sino el ejercicio de la función pública, se viene sosteniendo consecuentemente que son las personas que desempeñan esa función las que pasan a ocupar la posición de sujeto activo en los delitos del capítulo II. Ahora bien, en el sistema francés no existe una definición legal genérica del sujeto activo de estos delitos, a diferencia de otros sistemas, en virtud de las dificultades que existen desde el punto de vista técnico para formular una “que resulte suficientemente equilibrada para no frenar el desarrollo de la interpretación penal”.¹⁴

De tal modo que el nuevo Código Penal recurre, para la descripción típica del agente del delito, repasando las figuras delictivas del capítulo II, a categorías dogmáticas de lo más variadas. Por su riqueza formal y variedad son emblemáticas a este respecto las siguientes: agentes del Estado, de las entidades territoriales, de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta de interés nacional encargadas de una mi-

¹⁴ Cfr. Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *op. cit.*, nota 12, p. 73.

sión de servicio público, de las sociedades locales de economía mixta, de las empresas nacionalizadas... Realmente, como afirma la doctrina, échase en falta una definición de funcionario —para efectos penales— que evite estas repeticiones y sobrecargas formales.¹⁵ Ahora bien, el tema de las definiciones auténticas genéricas no representa un obstáculo formal pero presenta similares problemas teóricos de interpretación teleológica del grupo y de cada figura delictiva en particular (conectados con lo que realmente cuenta para efectos penales).

En suma, no quisiera terminar con el estudio de este modelo sin manifestar antes que, a pesar de que considero positiva la introducción de definiciones genéricas del sujeto activo en la parte general o especial de los distintos códigos penales para evitar, principalmente, las dudas planteadas por los destinatarios de la norma y por la doctrina, opino, no obstante, que la interpretación más correcta *siempre* se tiene que concebir en última instancia en relación con el delito en concreto.

La ampliación del círculo de los autores aquí postulada no es sino consecuencia de la inclusión, propuesta desde todos los lados, de la realidad en el proceso de la interpretación teleológica de los tipos en causa, ya que el modelo francés experimenta un salto cualitativo: de la tutela de la idea de servicio público se convierte en la tutela de la idea de servicio al interés general —vinculada al derecho comunitario—. Tan pronto como se reconoce esta idea, se plantea la cuestión de quién participa funcionalmente en la función pública. Lo que refuerza la importancia y legitimación de este sistema de referencia, que no es inmune a otras influencias, es que no puede ocultar el hecho de que los jueces interpretan dentro de las realidades *de facto*, de los imperativos sociales.

El manejo de la categoría de servicio de interés general en el ámbito del derecho penal sólo será soportable si se respetan inevitablemente los principios de legalidad y seguridad jurídica.

3. *El sistema italiano*

Este modelo es consecuencia del triunfo de la matriz francesa. En realidad es el ejemplo paradigmático de los modelos que se apartan del modelo subjetivo o estamental propio de un derecho penal de clase. Esto, por lo que concierne a los prototipos.

¹⁵ *Ibidem*, p. 74.

En el Código Penal de Toscana de 1854, como se ha dicho, el legislador italiano introdujo elementos de posterior difusión a otros ordenamientos, constituidos por la expresión “delitos contra la administración pública” (*Dei delitti contro la pubblica amministrazione*) y por la riqueza de la subclasificación “delitos de los *funcionarios públicos* y de los *particulares* contra la administración pública”, que establece una graduación material.

El Código Penal italiano de 1889, de Zanardelli, y el Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco) en vigor, se fundamentan en el mismo modelo.

Se trata de una metamorfosis parcial del modelo francés que constituye no un *tertium genus* sino una *modalidad peculiar o autónoma* de delitos contra la administración pública, imputable a la propia dinámica del ordenamiento italiano.

El éxito de este modelo, que manifiesta diversos grados de creatividad, fue importado por algunos ordenamientos de Europa, como el francés y códigos penales latinoamericanos, como los de Argentina, Brasil y recientemente el Código Penal para el Distrito Federal de México.

Por otra parte, la extensión del concepto jurídico-penal de administración pública ejerce una fascinación peculiar en la doctrina italiana. Todos los autores ponen de manifiesto que el concepto de administración pública referido en la rúbrica del título II no se armoniza con el técnico-jurídico dimanante de la teoría de la división de poderes.

De esta manera, el concepto de administración pública cobra una dimensión nueva —creo que revitalizadora del término—, al poder ser utilizado con una finalidad distinta a la constitucionalmente reconocida de función o acción administrativa *stricto sensu*, y como un instrumento válido y eficaz para la protección penal de todas las funciones del Estado, incluidas la función legislativa y la jurisdiccional, excluyendo únicamente los delitos que ofenden a los órganos constitucionales del Estado, colocados en el título I, o los que perturban la especial actividad de la administración de justicia, que recibe una tutela independiente en el título III.

En favor de este entendimiento se esgrime fundamentalmente el argumento de evitar lagunas de tutela, claro está, de la no previsión de determinadas conductas funcionales en los delitos de los títulos I (delitos contra la soberanía) y III (delitos contra la administración de justicia). En este orden de cosas, conviene resaltar que el capítulo I del título II contiene una formulación indiferenciada del sujeto para los órganos políti-

cos, administrativo o judicial, y que su capítulo II utiliza una descripción típica del sujeto activo y pasivo aludiendo a todas las funciones del Estado (el ultraje a un cuerpo político, administrativo o judicial del artículo 342, la violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial del artículo 338, el ultraje a un magistrado en audiencia del artículo 343). Todo ello, sin perjuicio de que el análisis de la concreta figura típica será la que considere la función protegida en concreto y los concretos sujetos del delito,¹⁶ sobre todo cuando la fórmula es indiferenciada para descortinar los sujetos de la actividad administrativa desarrollada por los entes empresariales en régimen de derecho privado, pero que se caracterizan por una prevalente participación del Estado.

Desde un punto de vista conceptual, las definiciones legislativas del capítulo III permiten atreverse a hablar de la pluralidad y la apertura de sujetos activos: oficial público (artículo 357), encargado de servicio público (artículo 358) y de persona ejerciente de un servicio de necesidad pública (artículo 359).¹⁷ Sin entrar al estudio pormenorizado de las figuras delictivas que se podría efectuar, por no ser objeto central de este tra-

¹⁶ Cfr. Pagliaro, A., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1995, p. 4.

¹⁷ El artículo 357 anterior a la reforma del 26 de abril de 1990 adoptaba un criterio dualista, atribuía la condición de oficial público al empleado del Estado o de cualquier otro ente público por el simple hecho de participar en la función pública. La nueva redacción de 1990 considera oficial público a quien ejerza una función pública legislativa, jurisdiccional o administrativa. Nótese que ahora se excluye la referencia a la relación de dependencia del Estado o de otro ente público y en relación con la función pública administrativa se exige la verificación de una serie de requisitos de forma acumulativa, la *autoritativi* y *certificativi*. Si bien es cierto que la doctrina entiende lo contrario, que el funcionario no se caracteriza precisamente por la convergencia en él de esos dos elementos.

La definición del artículo 358 de “encargado de servicio público” supuso una innovación del legislador de 1990 siguiendo la línea trazada por la doctrina y en particular por Malinverni. Cfr. Palazzo, “La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d’insieme”, RIDPP, 1990, p. 819, nota 9. En el párrafo segundo del artículo 358 se contiene una definición de servicio público, consagrándolo como la actividad disciplinada de la misma forma que la función pública, pero caracterizada por la falta del poder típico de esta última y con exclusión de la función de orden y por la prestación de funciones materiales. En resumen, se trata de la actividad pública ejercida directamente por entidades públicas o por particulares a través de concesión.

En el artículo 359 (persona que ejerce un servicio de necesidad pública) se trata de particulares que ejercen un servicio privado de utilidad pública, y que requieren para su ejercicio de una especial habilitación del Estado (como la actividad del profesional sanitario o forense).

bajo, sí debemos, en cambio, aprovechar para dar cuenta que la mayoría de los artículos del capítulo I integran tipos exclusivos de los oficiales y encargados de servicio público, y que sólo los artículos 331 y 332 reclaman la cualidad de ejerciente de servicio de necesidad pública como elemento de la autoría.¹⁸ En consecuencia, el intérprete se verá obligado a estudiar, caso por caso, las potencialidades de la fórmula indiferenciada con relación a la actividad desarrollada por los sujetos integrados en servicios de interés general.

Ahora bien, como con razón ha apuntado Vázquez-Portomeñe, desde el plano positivo vigente, actualmente “interesa... que la dicotomía esencial con vistas a la comprensión del sistema es la de «función pública» —servicio público—”. De este modo, se entiende por función pública cualquier manifestación del poder estatal, mientras que el servicio público opera únicamente en el seno de la función administrativa *stricto sensu*, tutelando el legislador italiano (en los tipos de los artículos 318-320, 341, 476, 479, 520 y 606-609) tanto la regularidad del ejercicio de la función administrativa como la regularidad de la prestación del servicio público.¹⁹

En consecuencia, se constata, como acertadamente comenta Vázquez-Portomeñe, que el entendimiento dogmático —y no puramente exegético o expositivo— de los delitos contra la administración pública representa uno de los tradicionales empeños de la literatura a la hora de afrontar el estudio del capítulo II del Código Penal. Para la doctrina italiana, lo que menos trascendencia puede llegar a tener son las cuestiones meramente sistemáticas que tanto preocupan a la doctrina alemana y española, y ello porque el tratamiento disperso de los delitos de los oficiales públicos se valora como un indicio del carácter plurifensivo de la mayoría de ellos.²⁰

Del fructífero debate desarrollado alrededor del concepto de administración pública se constatan varias críticas al concepto amplio de admi-

¹⁸ En el trabajo de Vázquez-Portomeñe (*op. cit.*, nota 12, p. 40) se encuentra la recopilación de los preceptos significativos del uso de esa técnica (artículos 314, 316-319, 322, 323, 325, 327 y 328).

¹⁹ *Cfr. ibidem*, pp. 40 y 41.

²⁰ *Cfr. ibidem*, pp. 44, 47 y 55. Carrara en su Programa singularizaba los delitos de los oficiales públicos por la presencia en su estructura de un abuso jurídico como elemento de ilicitud penal atendiendo a la definición de la noción de abuso de oficio del artículo 175 del Código de 1889.

nistración pública como la entera actividad funcional del Estado, porque desconoce las necesidades de diversificación de los tipos (fragmentariedad del derecho penal) en el momento de la especificación de los límites de la tutela penal, de acuerdo con las exigencias de protección de las varias funciones, valores y actividades públicas. Por esta circunstancia, esencialmente, el concepto amplio impide la posibilidad de fijar en términos analíticos, y no sintéticos, los valores que el legislador pretende tutelar respecto de cada una de las funciones.

Para finalizar, referir el bien jurídico que se considera tutelado por los delitos en estudio viene a ser un buen exponente en este momento de lo anteriormente manifestado. Consecuentemente, se viene a considerar por Tagliarini que de una noción amplia de administración pública dimana la tendencia a buscar el interés protegido por dichas normas de modo no analítico, sino sintético, en relación con la exigencia de hacer entrar en un único concepto todos los atributos relevantes y diferentes, entre ellos, de las distintas funciones públicas.²¹ Por eso la doctrina se refiere de forma sistemática, para precisar el bien jurídico protegido por las distintas figuras delictivas del título II, al prestigio, lealtad, fidelidad, dignidad, etcétera, de la administración pública.

Sobre este aspecto se alzan voces críticas que sostienen que los principios fijados por la Constitución italiana impiden que pueda verse en estos simples valores formales la *ratio determinante* y exclusiva de la tutela de estos delitos. Como estos valores producen una ampliación del ámbito de la aplicación de la norma penal, con la consiguiente inseguridad jurídica, la doctrina crítica alienta la necesidad de acudir a la Constitución para descortinar los valores que deben ser tutelados por los delitos contra la administración pública, teniendo en cuenta los valores esenciales de cada una de las funciones públicas (legalidad, buen funcionamiento, imparcialidad, etcétera).

Este sistema se caracteriza, entre otras cosas, porque se muestra literalmente abierto hacia las nuevas formas de administración pública. En parte se nombran con mayor precisión las antiguas y nuevas formas. Estas nuevas formas constituyen un enriquecimiento, permiten un refinamiento del proceso de determinación de la función pública y así también una mayor medida de justicia; pero ciertamente también lo hacen más complicado.

²¹ Vizueta Fernández, J., *op. cit.*, nota 6, p. 71.

4. Sistema español

A la luz de cuanto hemos expuesto hasta ahora, puede apreciarse que el modelo español toma también como parámetro el Código de Napoleón.²² Así pues, la sedimentación histórica del derecho penal histórico español (del Código Penal de 1870 y del Código Penal de 1822) reproduce el modelo francés de *forma pura*, es decir la rúbrica (*delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*) y el contenido, reservando un lugar específico para la tutela del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, frente a los abusos funcionariales.

En el modelo español, este aspecto constituye un elemento suficientemente significativo para merecer un tratamiento sistemático relevante por la casi totalidad de los textos punitivos españoles. De tal manera que el Código Penal de 1995 utiliza este criterio para reagrupar de un lado, en el título XIX, “*los delitos contra la administración pública*”, y por otro lado, en el título XXI (capítulo V), “*los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*”, contraponiéndolos a los que carecen del mismo (casi todos, menos el Código Penal francés, que distingue dentro del título III, dedicado a los delitos cometidos por personas que desempeñan una función pública —la sección 20 del capítulo II—, los abusos de autoridad cometidos contra particulares,²³ y el Código Penal portugués en alguna medida).

Los modelos alemán e italiano, ya examinados, no enfatizan un título o capítulo específico, autónomo en este sentido, regulándose algunas de estas conductas entre los delitos contra la administración pública en Italia y entre los cometidos en el ejercicio de la función pública en Alemania, y otras veces a través de modalidades agravadas de los delitos comunes.

Como ha puesto de relieve Octavio de Toledo, la independencia sistemática de los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales es resultado de la influencia del iluminismo,²⁴ tutelándose la libertad del ciudadano frente a las injerencias del Estado, de lo público.

²² Dato destacado por Sáinz de Robles Santa Cecilia, C., *op. cit.*, nota 3, p. 118.

²³ Por ejemplo los delitos contra la libertad (artículos 432-4 a 432-6), la discriminación (artículo 432-7), los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 432-8) y los delitos contra el secreto de la correspondencia (artículo 432-9).

²⁴ *Cfr.* Octavio de Toledo y Ubieto, E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p. 169.

La razón principal generalmente aducida por la doctrina para justificar que se estableciera por el legislador penal de 1995 era la conveniencia de revalorizar el punto de vista sistemático como criterio preferente en la reconstrucción interpretativa del grupo de los “delitos de los funcionarios en el ejercicio del cargo”.

Polaino Navarrete, haciendo expresa alusión al contenido del actual título XIX, considera críticamente que “muchos de esos delitos y precisamente no pocos de los más graves son dejados fuera del título XIX en perseverancia normativa de una extraña estrategia de dispersión normativa, y que el grupo resulta incompleto e imperfecto, y además manifiestamente asistemático y carente de respeto a las exigencias de proporcionalidad punitiva”.²⁵ En este sentido, se produce un retorno de las críticas estructurales.

Para finalizar con el estudio de este modelo, ha de efectuarse una reflexión del concepto de administración pública formulado en la nueva rúbrica que rompe con la tradicional de los “delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, y representa un cambio evidente de cultura jurídica.

A este respecto, la doctrina más representativa polemiza abiertamente sobre su *ratio* o fundamento. No puede admitirse, por ello, con la constatación de ese dato para la regulación vigente, la teoría de la infracción del cargo al desaparecer el criterio personal de agrupación. No estábamos, en rigor tampoco antes, en un modelo de *delitos de funcionarios*. O al menos no había nacido así. Con la importante contribución de Octavio de Toledo²⁶ se produce una mudanza de paradigma, o, estoy convencida, de una renovación del paradigma original (del Estado liberal) al Estado social y democrático de derecho. Por ello, la mayoría de los autores se muestra

²⁵ Cfr. Polaino Navarrete, M., *Curso de derecho penal español. Parte especial II*, Madrid, 1997, p. 268.

²⁶ Véase Octavio de Toledo y Ubieto, E., *La prevaricación..., cit.*, nota 24, pp. 243, 244 y 261, para quien “sostener el deber del cargo como objeto de protección... implica una concepción política incompatible, una visión formalista y abstracta del bien jurídico reñida con la necesidad de determinación, y una función del bien jurídico exactamente contraria a la función limitadora que éste debe cumplir”, insistiendo que este deber “se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia”. En palabras de L. Gracia Martín (*El actuar en lugar de otro en derecho penal. I. Teoría general*, 1985, p. 301), el deber del cargo ha de estar siempre en función de la protección de un interés valioso.

contrario a considerar el deber del cargo como bien jurídico protegido en este grupo delictivo, y ni siquiera lo considera principal presupuesto de su configuración.

Ahora bien, Octavio de Toledo se muestra también especialmente crítico con la rúbrica actual, entendiendo que la administración pública concebida como supra-entidad del conjunto de las funciones estatales (administrativas, judiciales y legislativas) evoca una realidad institucional totalitaria.²⁷

En este contexto, llama la atención el elevado consenso en la doctrina a la hora de otorgar a la *función pública* el carácter de bien jurídico del grupo, entendida como el conjunto de las funciones del Estado (no dinamantes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial) desempeñadas para el cumplimiento de sus fines. Por otra parte, la tutela penal de la función pública hace su aparición en el concepto penal de funcionario público (artículo 24 del Código Penal), y el concepto de funcionario público en la función pública, detectándose así un efecto de retorno de las categorías. Hay que hacer notar que en la delimitación conceptual de la categoría funcionario no existen diferencias con las formulaciones anteriores decimonónicas a pesar de la evolución o crisis sufrida en el moderno derecho administrativo y la necesidad de reducir la inseguridad jurídica en la aplicación de los tipos penales.

Por ello, es posible afirmar, en suma, que si para delimitar la función pública tutelada en cada tipo delictivo (y sus correspondientes valores: imparcialidad, legalidad, eficiencia) y su correspondiente autor típico hay que proceder a la averiguación de la función o actividad pública en causa, la rúbrica del título XIX constituye una categoría penal dúctil en manos del intérprete.

Recuérdese que para evitar las consecuencias derivadas del concepto omnicomprensivo de función pública, que apaga las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa, Octavio de Toledo en 1980 era defensor “de individualizar a través de la determinación de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar desenvueltas por los correspondientes y separados poderes”, mostrándose partidario de la creación de un título de “delitos contra las actividades legislativa, judicial y admi-

²⁷ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, E., “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal”, *La Ley*, 1998-4, p. 1516.

nistrativa”, que en capítulos separados recoja, respectivamente, los delitos que afecten a intereses relacionados con cada una de ellas.²⁸

Estoy convencida de que la característica principal de la rúbrica vigente se puede resumir de la siguiente manera, utilizando las palabras acertadas de Muñoz Conde: “la administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el título XIX no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la administración que en cada uno de ellos se cuestiona”.²⁹

De esta manera, siguiendo el razonamiento defendido por Vázquez-Portomeñe, hay que considerar que “a pesar de hacerse eco de la sustancial modificación de las relaciones entre la ciudadanía y el Estado, operada por la Constitución española de 1978, el articulado del Código Penal de 1995 no respalda, ni mucho menos, dicha alternativa”. Nadie pone en duda los loables propósitos del legislador. En todo caso, el legislador español podía haber profundizado o diseñado con mejor precisión la definición penal auténtica de funcionario.

5. *Modelo portugués*

Este grupo de delitos se introdujo en el ordenamiento portugués en el Código Penal de 1852. Siendo el Código Penal de 1886 quien les otorga su configuración casi definitiva. El Código Penal de 1982 no introdujo reforma sustancial alguna.

Así pues, el Código Penal vigente de 1982 procede, en esta materia, casi invariablemente —con las modificaciones necesarias— del Código Penal de 1886 (como se sabe, de matriz francesa).

Como se ha dicho por Teresa Pizarro Beleza, citando a Figueiredo Dias, “el ámbito de los llamados delitos de funcionarios y, en particular, el delito de corrupción constituye uno de los dominios donde menos se ha notado la influencia del Código Penal alemán tanto en el anteproyecto

²⁸ Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación..., cit.*, nota 24, pp. 193 y ss., y 332.

²⁹ Cfr. Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2002, p. 928. En sentido contrario, otra doctrina ha intentado justificar la rúbrica a través de la tesis de los delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado” o con “bien jurídico con función representativa”, sin gran éxito.

Eduardo Correia, como en el Código Penal de 1982". Para a continuación afirmar que en esta materia se evidencia una nota de continuidad con la legislación anterior, interrogándose si no serán los delitos contra el Estado, en un sentido amplio, los menos permeables a la importación de modelos extranjeros.³⁰

La respuesta deberá ser negativa, pues ya vimos que en el modelo español, que procede del prototipo francés, por vía de la interpretación se consolidó durante cierto tiempo la teoría de la infracción de deber como bien jurídico protegido. Lo mismo podemos decir del modelo portugués, proviniendo de la matriz francesa y especialmente del principio de responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos por "*erros de ofício e abusos de poder*" (artículo 14), fruto del liberalismo.

Desde mi punto de vista, cuando en la construcción que ofrece Osorio sobre esta materia sostiene que el legislador para formar las distintas secciones del capítulo XIII del Código Penal de 1886 "*não tomou por base o interesse ofendido ou ameaçado pela violação do dever do funcionário, mas a qualidade do dever que o funcionário ofendeu*",³¹ parece haber un solapamiento entre estos dos enfoques, con prevalencia del modelo alemán si la infracción del cargo se propone como único fundamento de la figura delictiva.

Cavaleiro de Ferreira se sitúa en una línea doctrinal semejante en el tratamiento dogmático del delito de *peculado*, al afirmar que "la ofensa de un interés patrimonial del Estado... no constituye el delito de peculado si no se realiza por medio de la violación de un deber funcional".³² De este modo, el resultado será una *yuxtaposición* doctrinal de modelos. Para comprobar adecuadamente lo dicho, podemos atender al bien jurídico elaborado por este autor para el delito de peculado: *bom andamento e legalidade da administração ligada à fidelidade dos seus funcionários versus interesse patrimonial do Estado*.

A los efectos de la clasificación del sistema, representa gran relevancia la alteración de la rúbrica utilizada en el Código Penal de 1852 y de

³⁰ Cfr. Pizarro Beleza, Teresa, *Questões gerais sobre a responsabilidade penal de funcionários no direito português*, 1996, p. 2.

³¹ Cfr. Osório, L., *Notas ao Código Penal português*, 1923, p. 575.

³² Cfr. Cavaleiro de Ferreira, "Natureza do crime de peculato. O peculado como crime patrimonial e como violação dos deveres da função. Eficácia do caso julgado de decisões não penais em processo penal", *Obra dispersa*, 1996, pp. 154 y ss.

1886 (*Dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções*)—importada del Código Penal francés de 1810— por la de “*crimes cometidos no exercício de funções públicas*”, al suprimirse en el Código Penal de 1982 la referencia al elemento personal que hasta hoy se mantiene en el capítulo IV del título V (“delitos contra el Estado”).

Según el autor del proyecto de la parte especial de 1966, Eduardo Correia, en las aclaraciones prestadas en la discusión del proyecto fueron introducidas las alteraciones juzgadas necesarias para mejor formulación de los delitos.³³

Se trata de alteraciones importantes: la desaparición de la referencia expresa al sujeto activo; la purificación del grupo al integrarse en el capítulo III, “*Dos crimes contra a realização da justiça*”, algunos delitos como por ejemplo la prevaricación. Y con el fin de brindar una atención integral al fenómeno de las nuevas formas de administración, se formula un nuevo concepto de funcionario penal.

La legislación penal no podía rezagarse en tan importante tema, por lo que, con el fin de concretar el objeto jurídico de protección sobre el que versa la rúbrica, se altera de forma particular la definición de funcionario para efectos penales, considerando el numeral 1 del artículo 466 del proyecto de Eduardo Correia como funcionario a “quien, incluso provisoriamente o temporalmente, a través de remuneración o a título gratuito, voluntaria u obligatoriamente, haya sido llamado para desempeñar o bien participar en el desempeño de una actividad comprendida en la función pública administrativa o jurisdiccional”, y estableciendo en el numeral 2 una *equiparación de quien desempeña funciones políticas, gubernamentales o legislativas*.

Esta fórmula supone el reconocimiento en el numeral 1 de la consolidación o renovación del sistema, al constituir el centro de gravedad de la definición penal de funcionario en el ejercicio o la participación en las funciones públicas, en armonía con la previsión u orientación de la rúbrica (*crimes cometidos no exercício de funções públicas*), lo que implica, a su vez, una formulación más amplia que en la regulación anterior.

De otra parte, aunado a lo anterior es de destacarse también que, siguiendo la tradición histórica, se contempla de forma especial la responsabilidad criminal de las personas que desempeñan funciones políticas. En la misma línea tradicional, el subgrupo representado por los “*abusos*

³³ Cfr. *Actas das Sessões da Comissão Revisora de 1966*, Lisboa, 1979, pp. 498 y ss.

de autoridad" contra particulares se mantuvieron en el grupo, al contrario de otros ordenamientos.

Grosso modo, las propuestas de Eduardo Correia fueron introducidas en el Código Penal de 1982, lo que constituye sin duda la manifestación más evidente de la concepción de función pública defendida por éste.

En la misma idea inciden las alteraciones sufridas posteriormente en el concepto de funcionario penal (artículo 386), flexibilizando el mismo para dar cobertura legal al fenómeno de la huída del derecho administrativo al derecho privado y a compromisos internacionales en materia de corrupción, por fuerza de lo dispuesto en la Convención Relativa a la Lucha contra la Corrupción de los Funcionarios de las Comunidades o de los Estados miembros, adoptada por el Consejo de Europa el 26 de mayo de 1997 y ratificada recientemente por Portugal:

Art. 386 (Conceito de funcionário)

1. Para efeitos da lei penal a expressão funcionário abrange:
 - a) O funcionário civil;
 - b) O agente administrativo; e
 - c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntariamente ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou nas mesmas circunstância, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.
2. Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.
3. São ainda equiparadas ao funcionário, para efeitos do disposto nos arts. 372 a 374.
 - a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência,
 - b) Os funcionários nacionais de outros Estados-membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;
 - c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no nº 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.

4. A equiparação a funcionário, para efeitos da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.

Sin embargo, la nueva redacción del numeral 3 del artículo 386 del Código Penal portugués, expresión del fenómeno llamado por Pedro Caeiro “comunitarización del derecho penal interno”, conduce a una terrible expansión de la intervención penal.

En cuanto al contenido de la rúbrica contenida en el capítulo IV, debemos recordar que el texto “*Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas*” impone la conclusión de que pueden ser dogmáticamente aceptadas varias interpretaciones posibles: la de entender que se protege la función administrativa *stricto sensu* (una vez excluidas la función jurisdiccional, la función legislativa y las funciones gubernamentales) o, por el contrario, entender que es inexpresiva del bien jurídico, o que se trata de un desvío de la función.³⁴

En el seno de la doctrina portuguesa esta cuestión del bien jurídico genérico de los delitos practicados en el ejercicio de funciones públicas no ha despertado preocupación, lo que podrá eventualmente deberse a la aceptación del carácter plurifensivo de estos delitos o a la negación de la existencia de un bien jurídico común. No obstante, en relación con las figuras delictivas concretas, la doctrina portuguesa sí se ha pronunciado, y lo ha hecho en favor de la intangibilidad de la legalidad material de la administración pública en el delito de peculado; la transparencia de la legalidad material de la administración pública en el delito de peculado de uso; la coordinación de la actuación administrativa en aras de la mayor eficacia en el delito de negativa a cooperar.³⁵ Luego entendemos que para el legislador y la doctrina este título IV no es redundante, y por ello, inútil. La denominación del mismo, “*dos crimes cometidos no exercício de funções públicas*”, debe entenderse como un caso de excepción en que la fórmula de aglutinación de esta familia delictiva está vinculada únicamente al medio de comisión del delito, por lo que en cuanto a su

³⁴ Cfr. Figueiredo Dias, J., “Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427 no. 1 do CP”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 121, año 1988-1989, p. 380. Repárese, para estos efectos, en el tipo subsidiario del artículo 382 del Código Penal (abuso de poder) y en su formulación.

³⁵ Cfr. Figueiredo Dias, J., *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, pp. 438 y 441.

contenido se presenta como clara tendencia del gran avance que motiva al legislador nacional a reconocer el ejercicio de la función pública como un mero marco de ejecución delictiva o punto de partida, propugnando por el tratamiento de las figuras delictivas concretas bajo el criterio de la diversidad de bienes jurídicos protegidos. De ahí que la diversidad de los contenidos protegidos de las figuras deberá apuntar a una diversidad del ropaje textual de las normas penales. Son frecuentes las cláusulas genéricas, es decir, los preceptos que destacan la contrariedad a los deberes del cargo o el abuso de poder inherente a las funciones (artículos 372, 373, 374, 378, 382...), que se atreven a utilizar este estilo codificadorio uniforme, que es prueba y revela las inseguridades del legislador. Esto se vuelve especialmente claro en el problemático artículo 382 del Código Penal portugués:

O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

La peligrosidad de tales cláusulas uniformes es evidente, pues provocan incertidumbres en virtud de que no mencionan los valores concurrentes y amenazan la capacidad de diferenciación de los tipos penales. Llama la atención la ambivalencia de estas fórmulas, que debilitan la tutela de la función pública y la reducen a lo puramente programático. La utilización de estos giros es típica de etapas anteriores. Un cambio en el estilo de la normación, de acuerdo con la tendencia del pensamiento de la función en términos de tareas sustantivas, deberá advertirse en la propia descripción típica. Lo evidente es de qué modo las diversas funciones públicas ejercen retroalimentación sobre la forma externa y cómo hay que trabajar en cada ámbito típico específico. No es posible entender o formular los tipos de forma tan amplia como se ha hecho hasta ahora. ¿Acaso no es preciso hacer una mayor diferenciación según el ámbito de que se trate? El reconocimiento de la acción popular (en el artículo 68.1, inciso e, del Código Procesal) a cualquier persona en el “*crime de tráfico de influencia, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denergação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio*

de subsídio ou subvenção”, bien podría servir, en mi opinión, para hacer una mayor diferenciación según la materia de los objetos protegidos. La capacidad de concretización típica que se requiere es muy diferente, siendo el titular del bien jurídico cualquier ciudadano.

Finalmente, otra originalidad del sistema portugués está constituida por la Ley 34/87 del 16 de julio, de responsabilidad de los titulares de cargos políticos. A pesar de que la Constitución de la República Portuguesa de 1976 establece en el actual artículo 117, numeral 3, segunda parte, que la ley determinará los *crimes de responsabilidade*, las penas aplicables y los respectivos efectos, dicha ley sólo nace pasados once años de inconstitucionalidad por omisión.³⁶ Lo que se puede observar es que las Constituciones incorporan cada vez mayor número de contenidos, dando lugar a la retórica de los mandatos de criminalización, los cuales, en derecho penal, no tienen razón de ser. Las Constituciones prometen mucho, y a causa de ello pueden hipertrofiar el sistema penal, al exagerar en la confianza que se deposita en el derecho penal para su control y represión.

Para los efectos del ámbito de la ley, el artículo 1o. establece que esta ley “determina los delitos de responsabilidad que titulares de cargos políticos cometan en el ejercicio de sus funciones, así como las sanciones que les son aplicables y los respectivos efectos”.

A continuación define en el artículo 2o. los delitos de responsabilidad como los “cometidos por titulares de cargos políticos en el ejercicio de sus funciones, además de los descritos en la presente ley, los previstos en la ley penal general con referencia expresa a ese ejercicio o los que mostraren haber sido practicados con flagrante desvío o abuso de la función o con grave violación de los inherentes deberes”.

En el artículo 3o. se determinan los cargos políticos en cuestión para los efectos de dicha ley:

- a) O de presidente da República.
- b) O de presidente da Assembleia da República.
- c) O de deputado à Assembleia da República.
- d) O de membro do governo.

³⁶ En Portugal, todas las Constituciones anteriores establecieron dentro de la misma una lista de bienes jurídicos cuya violación constituía un delito de responsabilidad únicamente para los titulares del Poder Ejecutivo.

- e) O de deputado ao Parlamento Europeu.
 - f) O de ministro da República para região autónoma.
 - g) O de membro de órgão do governo próprio de região autónoma.
 - h) O de governador de Macau, de secretário-adjunto do governo de Macau ou de deputado à assembleia Legislativa de Macau.
 - i) O de membro de órgão representativo de autarquia local.
 - j) O de governador civil.
2. Para efeitos do disposto nos arts. 16 a 19 equiparam-se aos titulares de cargos políticos nacionais os titulares de cargos políticos da União europeia, independentemente da nacionalidade e residência e, quando a infracção tiver sido cometida, no todo ou em parte, em território português os titulares de cargos políticos de outros Estados-Membros da União Europeia.

La consideración de los delitos comunes como crímenes de responsabilidad significa una punición más rígida. Así, el artículo 50. establece una agravación especial en un cuarto de los límites mínimo y máximo de la pena.

En relación con los delitos específicos previstos por esta ley —algunos de ellos paralelos a los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas— también se verifica un agravamiento de las penas.

Independientemente de los déficit particulares de contenido de esta ley, el camino que llevó a la aprobación de la misma fue, sin lugar a dudas, un acontecimiento jurídico e histórico de gran impacto para la sociedad portuguesa. Como lo señala acertadamente Teresa Pizarro Beleza, la incriminación de los actos de los titulares de cargos políticos en los términos de la Ley 34/87, del 16 de julio, es demagógica y puramente simbólica.

Resulta evidente que el legislador ordinario tiene presente que el ejercicio de las funciones agrava la responsabilidad, y se comprende porque, sobre este punto, no existen dudas, representa siempre un juicio de desvalor especial. Se trata de una imagen realista del ser humano en relación con el peligro constante de que los hombres abusen del poder. Esto quedaba ya de manifiesto en la frase de Montesquieu en *De l'esprit des lois*: “la experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él”.

Si bien es posible desentrañar en el sentido funcional e institucional la relación específica de la *función política* del Estado constitucional que se

caracteriza por la libertad y la flexibilización en su conducción, la *función administrativa* en el mismo sentido institucional y funcional no es menos importante, máxime cuando en la realidad actual del Estado constitucional la administración se caracteriza por un gran margen de libertad en varios ámbitos (discrecional, conceptos jurídicos indeterminados...), afirmándose como una función independiente en el Estado constitucional, a pesar de estar conducida por el gobierno político. La función judicial también es entendida así, tiene un mandato constitucional independiente.

Por esta razón, el carácter hiper-agravante del ejercicio de funciones *políticas* efectuado por esta ley no se comprende a la luz del principio constitucional de la igualdad. Solamente en los sistemas de administraciones (*stricto sensu* y administración de justicia) absolutamente dependientes es que se pueden encontrar indicios para un mayor rigor punitivo de la función política. Por eso tengo la opinión de que la característica de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos se encuentra imperfectamente ubicada en la mayor valoración que se hace del desvalor de la conducta en función del desvalor del autor. Dicho en otras palabras: la fórmula del objeto se convierte en fórmula del sujeto. De ahí, por tanto, que se pueda ver a esta ley como un residuo de un derecho penal de clase. En particular, el recurrir a la legislación de clase, sobre todo en el Estado democrático y de derecho, sólo es legítimo a título de *ultima ratio*, y cuando tiende al restablecimiento de equilibrio entre el débil y el fuerte, pero no cuando ya no propende a proteger a los débiles, sino a suprimir a los fuertes.³⁷

De igual modo, esto que se afirma de forma general en relación con esta ley es igualmente aplicable para el diseño de los contenidos conceptuales de algunas figuras delictivas concretas (abuso de poderes del artículo 26) al permitir que se incurra en excesos cuando en esta materia se cuenta con una política integral constituida por el llamado paquete de leyes de transparencia.

Continúa siendo una tarea pendiente del legislador la de desprender a la función política de esta concepción antidemocrática, para verla en vinculación con el criterio de *protección específica* de las diversas funciones constitucionales (que, sin duda, constituye un acierto).

³⁷ Cfr. Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 447.

6. Sistema argentino

El Código Penal de 1921 incluye en el título XI *los delitos contra la administración pública*. Se trata de un modelo proveniente de Europa, como señala Donna al referir, citando a Molinario y Aguirre Obarrio, que “la aglutinación de tipos penales en torno a la administración pública tiene su origen en el Código de Toscana de 1853. Luego es tomado por la legislación de Holanda de 1881 y de allí pasa al Código Zanardelli de 1889. Éste sirve de fuente para el proyecto de 1891, el de 1906, y finalmente el de Rodolfo Moreno y el Código de 1921”.³⁸ Como se vio al analizar el sistema italiano, este modelo en cuestión proviene de la matriz francesa, como lo han hecho notar los mismos autores cuando afirman que “en la base de estos delitos está la idea napoleónica que tiene como fundamento un binomio compuesto por la administración pública y el derecho administrativo...”. Como Napoleón armó la administración, pero no su concepto, se “apeló a la pauta subjetiva (el funcionario), pues es la que primero se presenta al espíritu”.³⁹

En todo caso, no se toma muy en serio la idea de la tutela de la función pública; así se dice que sobre este punto poco se avanzó, salvo la referencia en los códigos modernos a la idea de función.⁴⁰

Si bien la legislación penal argentina inició tempranamente un modelo de tutela de la función pública, así también su estructuración es objeto de controversia. En la doctrina se manifiesta la tensión entre la tutela del bien jurídico —función pública— y la tutela de la infracción del deber. Cierto es que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que el bien jurídico tutelado por los delitos previstos en el título XI es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes,⁴¹ o, en otros términos, la preservación de la función pública frente a los ataques que provienen tanto de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de

³⁸ Cfr. Donna, Edgardo A., *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 16.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Cfr. Buompadre, Jorge B., *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Mave, 2001, p. 38.

los particulares.⁴² Pero también hay que recordar la fascinación que muestra Marco Antonio Terragni por el Proyecto Peco de 1941, al denominar a uno de sus capítulos “Delitos contra los deberes de la función pública”, porque menciona: “la rúbrica es más exacta que la del Código vigente, ya que en realidad no se trata —hablando con precisión— de delitos contra la administración pública sino de delitos producidos como consecuencia de la violación de los deberes que impone el ejercicio de la función pública”.⁴³ El mismo desafío planteaba el Proyecto de 1960 con la rúbrica “Delitos contra la autoridad pública, contra la administración de justicia y contra los deberes de la función pública”.

Factor destacado y motor de la tendencia hacia la preservación de la función pública como bien jurídico protegido en el título XI del Código Penal es la ley 24.759, que incorpora la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996: “la preservación de la función pública, entendida como la total actividad, temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por la persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Esto queda también de manifiesto en la Convención que define al funcionario público de la siguiente forma: “«funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público» será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Por tanto, la clave para la determinación del sujeto activo consiste en la participación de la función pública. Ciertamente, poco importa, como dice Donna, “si la persona es funcionario o empleado, sino que, si por su posición y sus deberes puede afectar directamente al bien jurídico en cuestión” (frente al debate que reina en la doctrina y en la jurisprudencia argentina con respecto a qué debe entenderse por las expresiones “funcionario público” y “empleado público” utilizadas en el artículo 77).⁴⁴ En este sentido, son funcionarios públicos para efectos penales desde el presidente de la República, ministros, funcionarios dependientes de los

⁴² Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, nota 38, p. 15.

⁴³ Cfr. Terragni, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 37.

⁴⁴ Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, nota 38, pp. 24 y 29.

ministerios, hasta aquellos elegidos en comicios (senadores, diputados, etcétera) y también los integrantes del Poder Judicial, desde los ministros de la Corte Suprema de Justicia hasta los miembros del Ministerio Público, secretarios y empleados de menor rango.⁴⁵ En este panorama queda de manifiesto la equiparación punitiva abstracta de todos los actores de la función pública, independientemente de la posición jerárquica. También otros participantes accidentales en el ejercicio de la función pública recibirán el mismo tratamiento que el participante permanente (artículo 77). No hay un *numerus clausus* de funcionarios públicos.

En la legislación argentina hay una limitación original, aunque difícil de justificar, al instituto de la prescripción en el artículo 67, que coloca al funcionario público en una posición más desventajosa que al común de los mortales: “La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”.

Asimismo, en el artículo 20 bis se permite al Tribunal imponer inhabilitación especial, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público. Otra forma de expresión del rigor punitivo es también el artículo 22 bis, que permite imponer la pena de multa conjunta si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, aun cuando no esté especialmente prevista, o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla.

La problemática de tales artículos es evidente, pues amenazan con su falta de aplicación “casi deliberada al momento de dictar sentencia condonatoria por parte de la mayoría de los jueces del país”, como señala Villada.⁴⁶

Otros ejemplos de desigualdad de tratamiento los encontramos en algunas figuras delictivas. Reflejo de gran indeterminación típica padece el delito de abuso genérico de autoridad previsto en el artículo 248, que contribuye a fortalecer los rasgos autoritarios del sistema. Ahora bien, el que llama poderosamente la atención es el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 268.2, que proviene del mandato supranacional del artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aunque

⁴⁵ Cfr. Terragni, Marco A., *op. cit.*, nota 43, p. 40.

⁴⁶ Cfr. Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 523 y 524.

ya existiesen antecedentes de la figura,⁴⁷ y no propiamente del texto de la Constitución reformado en 1994, porque —como señala acertadamente Marco Antonio Terragni— no se refiere de forma puntual al delito de enriquecimiento ilícito, sino que menciona delitos que conllevan enriquecimiento.⁴⁸ Sea como fuere, como sostiene Donna, “las convenciones internacionales firmadas por el Estado argentino no deben llevar a violar garantías básicas... Los derechos humanos están siempre por encima de toda conveniencia política criminal”.⁴⁹ La redacción es peligrosa y produce escalofríos porque abre las puertas claramente a un derecho penal del enemigo —de los propios gobernantes como gobernados— al limitar las garantías procesales y castigar conductas distantes de la lesión de un bien jurídico con tal de que la ley penal sirva para la consecución de objetivos políticos. La idea de un derecho penal del enemigo se intersecta en la posición de José Caballero. Aquí ofrecemos solamente unas cuantas palabras clave de su argumentación:

El incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y con relación a sus funciones no puede permitir alegar la violación de la presunción de inocencia consagrada por el artículo 18 de la Constitución nacional, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos.⁵⁰

Como señala acertada y sugestivamente Donna,

...los principios constitucionales de inocencia, de culpabilidad, de *in dubio pro reo*, todos con jerarquía constitucional, más aún de la reforma constitucional de 1994, quedan todos derogados de un plumazo, por la idea preventiva de meter en la cárcel a los funcionarios públicos, como ejemplo

⁴⁷ Que establece: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puedan ser razonablemente justificados por él...”.

⁴⁸ *Cfr.* Terragni, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 43, p. 318.

⁴⁹ Citado por Donna, Edgardo A., *op. cit.*, nota 38, p. 393.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 383 y 384.

para el resto de la sociedad, con lo cual el daño es mayor, porque el Estado de derecho queda sin sustento. Dicho en otros términos, se combate al caníbal con sus mismos métodos.⁵¹

En conclusión, se trata de un delito que no respeta cabalmente los principios en que se debe fundamentar el derecho penal moderno de un Estado democrático y de derecho (artículos 18 y 33 de la Constitución nacional, y 8o. y 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como ha declarado una parte de la doctrina argentina.

7. *Modelo brasileño*

El Código Penal de Brasil (decreto-ley núm. 2.848, del 7 de diciembre de 1940) regula en el título XI “Dos crimes contra a administração pública”, en la clásica dicotomía francesa/italiana entre los “crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral” (capítulo I) y “crimes praticados por particular contra a administração em geral” (capítulo II), asentándose también sobre otras variables distintas: recordemos el capítulo II-A (incluido por la ley 10467, del 11 de junio de 2002), “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, que no contiene en él sino la regulación de la corrupción activa en transacción comercial internacional (artículo 337-B), tráfico de influencia en transacción comercial internacional (artículo 337-C) y la definición de funcionario público extranjero (artículo 337-D); y el capítulo III, “Dos crimes contra a administração de justiça”, donde se observa un cambio en relación con los otros modelos al integrar la administración de justicia dentro de la administración en general. Hay que dejar constancia de que en el Código Penal de Cuba (ley núm. 62) se hace también un entendimiento unitario de los “delitos contra la administración y la jurisdicción” en el título II.

Como se observa, la agrupación de los delitos encaja perfectamente en los respectivos capítulos; así, el delito de usurpación de la función pública (artículo 328) y el de corrupción activa (artículo 333) están integrados en el capítulo II.

En relación con la administración pública como bien jurídico protegido, es interesante destacar que el legislador brasileño, a través de las nu-

⁵¹ *Ibidem*, pp. 388 y 389.

merosas reformas de esta materia, insiste en una concepción de la intervención penal muy expansiva e indiferenciada, sobre todo porque estamos hablando de delitos como el de peculado (artículos 312 y ss.), en el que no hay reconocimiento de la operancia a nivel típico de la tutela de la función pública, ya que toda y cualquier apropiación es punible, y del mismo modo, de los delitos de corrupción pasiva, activa y tráfico de influencia (artículos 317, 333, 337-B y 337-C), donde la defensa de la función pública no se pudo llevar a cabo como se hace (aunque sea por compromisos internacionales y por los más nobles motivos de preocupación) castigando exclusivamente “*solicitar ou receber... vantagem...*” sin requerir siquiera un elemento subjetivo específico u “*oferecer ou prometer vantagem... para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de officio*”. Sumamente significativa debería ser la práctica u omisión del acto oficial para limitar la intervención penal, porque no se debe olvidar la tutela de la función pública y no cómo se desprende de los tipos en cuestión para aumentar la punición en un tercio. En el delito de abandono de la función (artículo 323) el límite de resultar perjuicio público debería jugar como referente para configurar el tipo y no como circunstancia agravante.

Tal técnica legislativa hace que la separación entre lo que afecta o no a la función, para recortar la intervención penal, resulte ilusoria. Realmente no es fácil explicar que estos tipos así configurados tutelen la administración pública. Se incurre en una grave contradicción al mantener por un lado la protección de la administración pública, y a la vez defender la extensión del comportamiento penalmente relevante a comportamientos insignificantes.

Precisamente, el entendimiento profundo de que lo que implica la tutela de la función pública es lo que subyace a la ampliación del concepto de funcionario (artículo 327, §1) por la ley núm. 9.983, del 14 de julio de 2000, a “*quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública*”, y por la ley núm. 10467, del 11 de junio de 2002, en el concepto de funcionario público extranjero del artículo 337-D.

Desde este mismo paradigma se da relevancia en el §2 del artículo 327 para aumentar la pena en un tercio “*quando los autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direc-*

ta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público” (ley núm. 6.799, de 23 de junio de 1980). Ese plus de punición abstracta implica necesariamente la vigencia de otro paradigma de tutela diferente para poder ser entendida.

8. Modelo colombiano

En primer lugar, la ley 599 de 2000, con una buena sistemática, en la medida que encabeza el título I “Delitos contra la vida y la integridad personal”, y dedica el capítulo I al delito “Del genocidio”, nos sorprende por su preocupación y conciencia en la ordenación jerárquica de los valores penalmente relevantes. Dicho esto, hay que destacar que la regulación de los “Delitos contra la administración pública” se encuentra en el título XV (artículos 397 y ss.).

Sumamente interesante es el artículo 124 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, al establecer que “*la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*”, sin establecer nada expresamente en orden a la intervención penal. Sin embargo, tal omisión no significa obviamente restar valor a la naturaleza de bien jurídico de la administración o función pública; antes al contrario, tal ausencia debe ser interpretada de acuerdo con los principios rectores del derecho penal de un Estado democrático y de derecho.

El cambio operado en la función pública obliga a considerar en el título V, “De la organización del Estado”, de la Constitución Política de la República de Colombia, dentro de la rama ejecutiva, también las empresas industriales del Estado (artículo 115). Por su parte, el artículo 123 juega un papel decisivo al ofrecer una definición constitucional de servidores públicos:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Tras la constatación que se ha venido afirmando entre las fuertes implicaciones del concepto de función pública y de funcionario, se puede entender mejor la definición que ofrece el artículo 20 del Código Penal de Colombia de servidores públicos. Esta disposición es una copia literal de la definición que efectuaba el anterior artículo 63 (reformado por la ley 190/95 contra la Corrupción). Una única observación conviene hacer: además de los servidores públicos definidos en el artículo 123 de la Constitución Política, se consideran para los efectos de la ley penal también a:

...los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Constituyendo así una muestra del carácter objetivista de la tutela de la función pública en la regulación colombiana.

No obstante tal orientación, no hay limitaciones de los contenidos de las conductas sancionadas, pues cualquiera que sea la entidad de la ofensa en el delito de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito..., por poner algún ejemplo, constituye delito (artículos 397 y ss., 405 y ss., y 412). Esta opción supone implícitamente negar la consideración de la función pública en sentido objetivo como bien jurídico protegido. Éste sólo será más aparente que real. Lo realmente protegido será la moralidad administrativa. Otro argumento que sirve para corroborar esta conclusión será la falta de rigor con la que el legislador diseña el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (artículo 416), sin distinguir los casos de leve entidad de los de no leve entidad, como una cláusula de cierre del sistema.

Dentro de este paradigma de la legislación colombiana resulta especialmente interesante la acción popular perfilada en el artículo 88 de la Constitución Política para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como instrumento de control de la corrupción (fomentada a través de un incentivo pecuniario equivalente al 15% del valor que recupere la entidad pública).

9. *Modelo mexicano*

Al analizar el tema me voy a limitar al nuevo Código Penal del Distrito Federal de México, pero no porque piense que “fuera de México todo es Cuautitlán”. Se trata, como es comprensible, de una cuestión de economía y actualidad.

En lo que aquí nos interesa, sorprende en primer lugar el que, al contrario que en los cuerpos legales que se acaban de comentar, en el Código Penal del Distrito Federal de México del 16 de julio de 2002 se privilegie la idea de *servicio público* frente a otras objetividades. Se encuentran en el mismo dos títulos dedicados expresamente a los delitos que nos ocupan: el título decimoctavo “Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos” y el título decimonoveno “Delitos contra el servicio público cometidos por particulares”.

En esta distinción se puede ver un claro esfuerzo de la necesidad de subrayar la idea de que los particulares también pueden ofender el bien jurídico protegido, en la línea de la conquista del modelo francés/italiano. Tendencia que también se refleja de forma significativa en el título vigésimo “Delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por servidores públicos” y vigésimo primero “Delitos contra la procuración y administración de justicia cometidos por particulares”. Así, conviene señalar que aunque de entrada pueda parecer lo contrario, recuérdense las palabras de Olga Islas a propósito del título decimonoveno,⁵² el dato “de los particulares” condensa la conquista dogmática de que la función pública, en este caso objetivada como servicio público, no sólo puede ser lesionada desde dentro. Esta forma de reconocimiento es una indicación de la gran importancia de los contenidos, de su calificación como valores fundamentales, que se trata de desvincular del pensamiento de la rúbrica del título décimo del Código Penal anterior, “delitos cometidos por servidores públicos”. El legislador penal crea en realidad aquí una marca de identidad. Se trata de un importante avance “de distinguir para unir” que no hubiera podido lograrse sin esta distinción que aporta, como ya se dijo, el modelo italiano.

⁵² Olga Islas de González Mariscal califica de innecesario este distinto tratamiento. Cfr. “Estructura y protección de bienes jurídicos en el nuevo Código Penal”, *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 241.

La idea del bien jurídico se ha ubicado en el corazón del nuevo Código Penal en el artículo 4o. del título preliminar, y con ello se advierte de forma pionera el valor que desempeña en el ordenamiento penal de México el principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material. Este reconocimiento “implica importantes consecuencias político criminales y dogmáticas”, como subraya Hernán Hormazábal Malarée.⁵³

Con base en este principio, que jamás hay que perder de vista porque un Código Penal debe estar bien estructurado desde los cimientos, el legislador debe generar un Código Penal que sea, como advierte Olga Islas, “un sistema consistente de protección de bienes jurídicos, estructurado con base en el origen genético y jerarquización de tales bienes, y todo ello en consonancia con la forma de gobierno instaurada en la respectiva Constitución, y con el régimen económico, social y cultural implícitos en la forma de gobierno”.⁵⁴

Reconozcamos, sin embargo, con Olga Islas, que el libro segundo del nuevo Código es “un catálogo desordenado... y al margen de la jerarquización de los bienes jurídicos”.⁵⁵ En general, los tipos son estudiados de forma individual, y no se acostumbra relacionarlos con otras instituciones del mismo sistema para determinar la forma como interactúan; este punto debe subrayarse en el momento del diseño de la sistemática de un Código, porque en ocasiones los procesos de creación o recepción se practican de manera indiscriminada. Éste es el caso, por ejemplo, de las observaciones de falta de técnica legislativa señaladas por Olga Islas⁵⁶ y Marco Antonio Besares Escobar.⁵⁷ No podemos dejar la oportunidad para identificar otros déficits que ofrece el novísimo código. El título sexto, “Delitos contra la moral pública”, en relación con los menores e incapaces, es un buen ejemplo. El legislador local tiene buen cuidado en identi-

⁵³ Cfr. Hormazábal Malarée, Hernán, “Consecuencias político criminales y dogmáticas del art. 4 del Código Penal del Distrito Federal”, en Moreno Hernández, Moisés y Cárdenas, Rodolfo Félix (coords.), *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, pp. 132 y 133.

⁵⁴ Cfr. Islas, Olga, “Estructura y protección de bienes jurídicos en el nuevo Código Penal”, cit., nota 52, p. 237.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 238 y ss.

⁵⁷ En relación con el título vigésimo quinto “Delitos ambientales”. Cfr. Besares Escobar, Marco Antonio, “Comentarios generales sobre los delitos ambientales”, *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, cit., nota 52, p. 342.

ficar (y mantener) el bien jurídico protegido en el título quinto, “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicossexual”, pero pasa por alto en el título sexto identificar el mismo. Se valora positivamente la desaparición de la referencia a las buenas costumbres del anterior título octavo, “Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres”, pero negativamente el que no se haya dado un paso más en el sentido de suprimir la tutela de la moral sexual o la referencia a ésta como factor aglutinador, si lo que está en causa es la sana formación psicosocial del menor e incapaz.⁵⁸

Las mismas objeciones de principio, *mutantis mutandis*, podrían decirse del título vigésimo segundo, “Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión”. La lógica del principio del bien jurídico exigiría que se identifique el mismo. Una combinación de los dos principios o sistemas no se comprende. Éste es un aspecto que debe verse con atención para no confundir “bien jurídico” con “infracción de deber”. En realidad, la aceptación del bien jurídico significa una confesión: que la tesis de protección penal de la moral y de la infracción de deberes es insostenible. Se advierte, por otra parte, que agrupa materias de diversa naturaleza y protege bienes jurídicos absolutamente distintos, como el capítulo V, “Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas”, que atañen indudablemente a la vida o salud de las personas.

Este breve análisis permite corroborar que el principio plasmado en el artículo 4o. aún permanece en el aire porque faltan los cimientos que le confieran positividad. Como Moisés Moreno Hernández ha dicho, “no es suficiente que los principios... se señalen expresamente en ella —como se observa ahora en el Código Penal del Distrito Federal—, si bien ello constituye un paso decisivo, sino que también deben ser observados en el resto del contenido del Código Penal, sobre todo en la parte especial”.⁵⁹

No obstante, así las cosas, no cabe duda de que el nuevo Código, en los llamados “delitos contra la administración”, realiza la aportación más

⁵⁸ En este sentido, de que la moral pública no puede ser un bien jurídico protegido, véase Hormazábal Malarée, Hernán, *op. cit.*, nota 53, pp. 133 y 134). En sentido contrario Olga Islas, entendiendo que por afectar a la sociedad y no a la persona deberían aparecer inscritas en la sección correspondiente (“Estructura y protección de bienes jurídicos en el nuevo Código Penal”, *cit.*, nota 52, p. 238).

⁵⁹ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años”, *Comentarios en torno al nuevo Código Penal...*, *cit.*, nota 53, 2003, p. 60.

original que se ha hecho hasta ahora, al colocar al “servicio público” como bien jurídico protegido, identificado normalmente bajo el *ropaje* de “administración pública” o “función pública”. En esta línea, la sección tercera (“Delitos contra la propiedad”) que regula el Proyecto de Código Penal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.⁶⁰

La idea de servicio público parece realizar aquí una limitación: se trata, en última instancia, de la dinámica de la función administrativa en sentido estricto, pero referida a la desempeñada por todos los órganos del Distrito Federal. La fórmula del artículo 256 es evidente:

Para los efectos de este Código, es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal.

Como el texto es genérico e indiferenciado, el artículo posterior asume la tarea de “hacer” una diferenciación con base, por ejemplo, en el nivel jerárquico.

Para la individualización de las sanciones previstas en este título, el juez tomará en cuenta además, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, nivel jerárquico, antecedentes de servicio, percepciones, situación socioeconómica, grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio o del daño causado.

Rara vez se manifiestan textualmente en los códigos penales todas las dimensiones posibles del ejercicio del cargo en interacción con los principios de culpabilidad e igualdad que incita a la dogmática y a la jurisprudencia.

El Código Penal del Distrito Federal recurre a la cláusula del servicio público. La problemática de esta cláusula es evidente, pues amenaza en caer en contradicción, ya que no menciona como servidores públicos en la definición penal las situaciones configuradas como un servicio público,

⁶⁰ Cfr. Islas, Olga, “Proyecto de Código Penal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas”, *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 59.

y por tanto, su ejercicio por parte de sujetos privados, como por ejemplo, entre otras, la prestación de un servicio público a través de la modalidad de gestión privada de la concesión administrativa. La creciente utilización de sujetos privados y fórmulas privadas es una característica de la actual etapa evolutiva del derecho administrativo, y expresa una concepción diferente de la interacción Estado-sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, como ha declarado el Tribunal Constitucional español (sentencia 18/1984): “la configuración del Estado como social de derecho, viene así a culminar la evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad que difumina la dicotomía derecho público-privado”.

El concepto de servidor público del artículo 256 del nuevo Código Penal del Distrito Federal es típico de la etapa clásica de la función administrativa, y si no da cabida a las formas tradicionales de servicio público desempeñadas por particulares, mucho menos a los últimos avances de las situaciones construidas sobre la noción de servicio de interés público prestado en forma de competencia.

De este modo, sin importar estos fenómenos, el código local ha reaccionado a los nuevos procesos evolutivos en esta materia en forma excluyente. Como consecuencia, o contempla en algún caso aislado, a través de una disposición expresa, a los particulares, que estando obligados legalmente a la custodia... (artículo 279), con una punición menor en relación con el delito de peculado, o no hace dicha mención, pudiendo ubicar estas situaciones de huida del derecho administrativo junto a las realizadas por el ciudadano común que no desempeña ninguna función de servicio público bajo el techo del título decimonoveno, “Delitos contra el servicio público cometidos por particulares”. Sin embargo, tendría que imponerse el reconocimiento legal de que las conductas realizadas por unos y otros no son idénticas entre sí. Por otra parte, es más que dudoso que pueda sostenerse la distinción efectuada en la medida concreta de la pena en el artículo 257 y no incorporar de manera consecuente en la moldura abstracta la diferenciación entre particulares encargados de servicios públicos y meros particulares (sobre todo en tipos que admiten muchas variantes, como el de cohecho del artículo 278).

En esta idea, el artículo 212 del Código Federal es expresión de los procesos normales evolutivos que se han producido en el desarrollo de la función administrativa:

Para los efectos de este título [Delitos cometidos por servidores públicos] 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 centralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial federal y Judicial del Distrito 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.

Desde el punto de vista del nuevo Código Penal del Distrito Federal respecto a la cuestión de quién es “servidor público”, también llama la atención que se dé entrada como delito contra el servicio público cometido por servidores públicos al delito de usurpación de funciones públicas contenido en el artículo 276 (con lo que parece que el legislador local no toma en cuenta la existencia de un título habilitador de la función, bástandole la apariencia) y se excluya a los particulares que colaboran de forma legítima en el desempeño de la función administrativa.

En este panorama, queda de manifiesto que esta regulación no está exenta de problemas. Hay otros aspectos que se han descuidado, como la situación a la que alude Olga Islas, concerniente al error grave de confundir el peculado y la malversación y otorgarles el mismo tratamiento jurídico.⁶¹ Por otro lado, debe resaltarse el defecto que se aprecia en la configuración de los tipos de fórmulas excesivamente amplias que pueden integrar en su seno cualquier comportamiento sin referencia alguna al acto de la función, sin atender a la magnitud del peligro en que se coloca el bien jurídico. Ciertamente, en un sistema democrático los tipos penales deben satisfacer un mínimo. El tipo del abandono del servicio público del artículo 261, al establecer la exigencia de que “con ello entorpezca la función pública” constituye un óptimo regulador variable para estos efectos. Las estructuras de este tipo se convierten en fundamentales para prevenir la utilización de fórmulas de corte autoritario.

⁶¹ Cfr. Islas, Olga, “Estructura y protección de bienes jurídicos en el Nuevo Código Penal”, *op. cit.*, nota 52, pp. 240 y 241. En el mismo sentido, Buendía Hegewisch, José, “Revisión del Código Penal para el Distrito Federal: apuntes desde la cultura de la transparencia”, *Ánalisis del nuevo Código Penal...*, *cit.*, nota 52, 2003, pp. 305 y 306.

Siguiendo una filosofía de corte autoritario, el artículo 275 castiga el enriquecimiento ilícito (aunque se haya mejorado la técnica legislativa). Como es de sobra conocido, el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos es y ha sido también motivo de preocupación y de indignación para el legislador mexicano, al establecer en el artículo 109 de la Constitución que “las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos...”. No en tanto, provoca una expansión indeseada del derecho penal.

Debe destacarse, para terminar, otra tendencia de corte totalitario difícil de justificar: la severidad de las penas de los delitos cometidos por servidores públicos. Sergio García Ramírez, con un gran conocimiento de la realidad político-criminal mexicana, recuerda que “el saldo de la realidad, al cabo de varios lustros de vigencia de estos tipos, no parece acreditar la eficacia de las medidas penales. De nueva cuenta habrá que reconocer que el derecho penal, último recurso, no exime de emplear los «otros recursos»”.⁶²

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto a lo largo de la exposición, en los últimos años “los delitos contra la administración pública” en la mayoría de los códigos penales de Europa y América Latina han experimentado un auge importante como consecuencia de las reformas efectuadas, sobre todo de las rúbricas, que representan un cambio de paradigma y de cultura jurídica en favor de un derecho penal protector de la *función* que rompe con el modelo subjetivo o estamental propio de un derecho penal de clase. Aunque esta nueva orientación ya se encontraba presente de alguna manera en la doctrina anterior, el intento de formalización del bien jurídico protegido representa un importante paso adelante en el necesario proceso de identificación del bien jurídico protegido conforme a las exigencias del derecho penal de los Estados democráticos y de derecho.

Sin embargo, esta formalización del bien jurídico está dando lugar, en las legislaciones penales referidas, a una situación ciertamente paradójica.

⁶² Cfr. García Ramírez, Sergio, “Sustitutivos de la prisión y reparación de daños y perjuicios en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal (2002)”, *Análisis de Nuevo Código penal...*, cit., nota 52, p. 139.

ca: por un lado, suscita esperanzas en torno a la posibilidad de concretizar el bien jurídico (y sujeto activo de los delitos), aunque sea a través de fórmulas dúctiles, resultado de la necesaria recepción de las categorías al uso en el derecho administrativo (en actual crisis) que sólo consigan ofrecer un “*retrato a sepia*”; por otro lado, los legisladores nacionales (a veces obedeciendo compromisos internacionales) de cierta manera parecen desligarse, al mismo tiempo, de las peculiares exigencias dogmáticas que implica la tutela funcional de la administración pública en la construcción de los tipos concretos (cuyo contenido debe estar relacionado con una perspectiva dinámica —externa— de su concreto ejercicio, reflejada en el ciudadano).

El precio por la grosera desconsideración del administrado en el diseño y la delimitación objetiva de los tipos penales, que se limita a ser un *mero convidado de piedra* a través de la acción popular en sólo algún afortunado sistema, se traduce en un claro retroceso peligroso del nuevo camino impulsado por el propio legislador.

Lo que demuestra que aun habiéndose adoptado en diversos países (y en fecha reciente, como el Código Penal del Distrito Federal de México, del 16 de julio de 2002) el modelo de la tutela de la función, seguimos, sin lugar a dudas, en el paradigma anterior, en un auténtico derecho penal de clase/de autor, produciéndose así una mera burla o cambio de etiquetas en sentido formal que conducirá, si no se remedia, a una tutela ineficaz de la función pública, meramente simbólica. Por eso, el cambio de “nomenclatura” de los delitos en cuestión no tiene nada de relevante, porque se mantiene en la generalidad de las reformas analizadas la misma estructura de los tipos, salvo raras excepciones, sin aportar nada de nuevo.