

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

MIGUEL LANGÓN CUÑARRO

Profesor de Derecho Penal, Universidad de la República.

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Montevideo.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. • II. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. • III. LOS MEDIOS EFICACES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN. • IV. LAS RESPUESTAS DIFERENCIADAS DE LOS PAÍSES MERCOSURIANOS. • V. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO O INJUSTIFICADO. • VI. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. • VII. APROVECHAMIENTO O UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La lucha contra la corrupción¹, en sus nuevas manifestaciones, es una faceta más o una etapa específica, del actual movimiento hacia lo que, a falta de algo mejor definimos como globalización.

En el área del derecho penal esto se concretiza en la universalización de ciertas definiciones y conceptos y en la uniformización de las legislaciones, como una vía hacia el objetivo final de la creación, a través de la armonización y de la cooperación internacional, de un derecho único universal².

En el Cono Sur de América Latina este proceso se desarrolla en el ámbito del Tratado de Asunción de 26.3.91 que creó, entre la República Argentina, el Brasil, Uruguay y Paraguay un Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

La meta final, no tan utópica como puede parecer a primera vista, es la creación de un sistema penal mercosuriano a través de un proceso de armonización y uniformización de normas entre los Estados.

Su objetivo específico, en principio, es el libre intercambio comercial, a través de un proceso de integración económica regional, por el camino del mercado común, caracterizado por la unión aduanera (arancel externo

1 BONOMI, Andrea, "La lotta alle corruzioni internazionale: profili di diritto comparato", en: La cooperazione giuridica internazionale nelle lotta alla corruzione", CEDAM, Padova, 1996: 87 señala que en Italia se utiliza la expresión "tangente". en Alemania "Schmiergeldem", en Francia "pot du vin", "bribe" en Gran Bretaña y "bribe practice" en los Estados Unidos.

2 En esto juegan un rol importante los organismos internacionales, tanto universales como regionales, comenzando por las propias Naciones Unidas que por ejemplo han preparado documentos como el intitulado "Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo: Realidades y Perspectivas de la Cooperación Internacional, Medidas Prácticas Contra la Corrupción", lo que ha motivado por ejemplo en la Unión Europea la elaboración de códigos de conducta o modelos deontológicos para funcionarios, como una respuesta a lo que se ha llamado "degeneración del modelo de función pública". PARADA VAZQUEZ, Ramón, "La degeneración del modelo de función pública", en: Revista de administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999:413-452. El Banco Mundial por su parte ha tomado providencias para apoyar prioritariamente a los países que decidan llevar adelante la lucha contra la corrupción. Visualizando el hecho del desvío de importantes cantidades de dinero de su destino inicial actúa en tres frentes: a) el interno, b) respecto de los contratos financiados por el Banco y c) en torno a la política de préstamos para asistencia técnica. En este punto son particularmente importantes los financiamientos para la reforma de la administración pública, del sistema judicial y del legal. En el mismo esquema se ubica el Banco Interamericano de Desarrollo, con sus planes de fortalecimiento de la sociedad civil y de robustecimiento de instituciones democráticas, a través, entre otros, de la tipificación de nuevas figuras penales (rol de modernización del sistema penal), métodos alternativos de resolución de conflictos, capacitación de funcionarios en la lucha contra el crimen organizado, reforma de la justicia penal y planes de educación general de la población. La OCED (Organización de Cooperación y Desarrollo) viene desarrollando en el ámbito europeo, la necesidad de criminalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros, tal vez sobre el modelo de la primera ley norteamericana establecida como respuesta al Watergate, ("ley sobre prácticas corruptas extranjeras" de 1977), existiendo proyectos para elaborar una Convención Internacional contra los Sobornos Internacionales, así como legislación sobre lavado de dinero procedente de otros delitos graves además de los de narcotráfico, donde se incluye a los delitos de corrupción. La ley uruguaya penalizó (art. 29 Ley 17060/98) el cohecho y soborno internacionales y el blanqueo de dinero en esas circunstancias (art. 30).

común, Acuerdo de Presidentes del 5.8.94) y por la eliminación de aranceles interregionales (Protocolo de Ouro Preto, 17.2.94)

Es éste, como dice BAICÚN³ un "proceso abierto hacia la integración, que presenta como delitos troncales de su sistema penal económico, la defraudación tributaria, los delitos marcarios, aduaneros y, especialmente en materia de corrupción, los que tienen como objetivo la defensa del mercado competitivo".

En este marco, aunque con destinatarios no exclusivamente integrantes del MERCOSUR, se elaboró la Convención Interamericana sobre Corrupción, de Caracas, 29.3.96, una típica ley internacional marco que obliga e induce a los países a legislar, respetando por ahora sus individualidades, en el sentido de la Convención⁴.

Parecería estarse gestando, o haberse gestado ya, una satanización de la corrupción, como grande plaga a exterminar en este principio del Siglo XXI, que sustituirá o acompañará la ya antigua y en buena medida desgastada lucha contra el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.

La similar terminología belicosa empleada al referirse al tema, el plan de cruzada en que aparecen involucrados especialmente los gobiernos y sus representantes oficiales, las advertencias sobre sus peligrosísimas consecuencias, así como la drasticidad de los medios de combate a emplear, son bien elocuentes por cierto.

En el Preámbulo de la Convención Penal sobre la Corrupción⁵ por ejemplo se subraya por los Estados del Consejo de Europa que "la corrupción constituye una amenaza para la preeminencia del derecho, la democracia y los derechos del hombre, socava los principios de buena administración, de equidad y de justicia social, estafa a la competencia, dificulta el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad".

En el Mensaje del Poder Ejecutivo uruguayo de 16.7.96⁶ que propuso lo que sería luego con modificaciones la ley No. 17060 de 23/2/68 contra la corrupción, se estima que este fenómeno lleva a la pérdida de confianza de la población en las instituciones del Estado, y que, cuando "el mal" deja su estado latente y se hace endémico o sistemático, "gana y corroe el espíritu cívico, distorsiona las relaciones económicas y conmueve la escala de valores sobre las cuales se funda la convivencia democrática", por lo cual la sociedad peligrará, lo que hace necesario encarar "una lucha" global en todos los ámbitos.

Se trata pues de algo terrible que pone en crisis no solo la economía, sino la propia moral pública y aún el sistema de gobierno.

En el documento uruguayo citado se relaciona específicamente el tema de la corrupción con el de la delincuencia económica internacional y el crimen organizado, refiriendo expresamente a los mecanismos de lucha contra la droga tales como las normas de blanqueo de capitales o legitimación de activos, como ejemplos paradigmáticos a seguir al tratar de este tipo de delitos.

También ha sido éste el enfoque en no pocos casos de la doctrina especializada, que ve en la corrupción política "que durante muchos años ha viciado los sistemas políticos latinoamericanos", una amenaza de desestabilización de sus "aún frágiles democracias poniendo en tela de juicio la credibilidad y legitimidad del sistema" aparte de sus costos financieros, económicos y sociales⁷.

II. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta postura ideológica y de política criminal debería tener incidencia en sede dogmática, en cuanto a la crucial cuestión de cual sea el bien jurídico protegido, en especial si éste es supraindividual, con su triple función limitadora del ius puniendi, sistemática e interpretativa del tipo.

Se trata de la protección de bienes jurídicos supraindividuales o institucionales (como los llama BUSTOS RAMÍREZ), que tutela el buen desempeño de los cargos públicos, el prestigio de la administración, la transparencia de

3 BAICUN, David y otros "Delitos Económicos en la esfera del MERCOSUR", ed. Rubinzal-Culzoni, B.A. 1999:272.

4 Ratificada por ley No. 17008/97.

5 Criminal Law Convention, Strasbourg, 27.1.1999, European Treaty Series/173.

6 Vide: Repartido No. 990 (feb. 1998, Cámara de Representantes, Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, Carpeta No. 2457/97 XLIVa. Legislatura).

7 RICO, José María; SALAS, Luis, "La corrupción pública en América Latina: Manifestaciones y mecanismos de control", Centro para la Administración de Justicia, Miami, Florida, EE.UU, 1996:1 y 37. Según KLITGAARD, cit. Por estos autores, los países desarrollados suelen pagar por ejemplo, del 20% al 100% más del precio que pagarían bajo condiciones no corruptas en materia de adquisiciones.

gestión, la imparcialidad, etc., apareciendo en no pocos casos como tipos carentes del necesario nivel de objetividad jurídica, caracterizándose por supuestos de hecho demasiado indeterminados para asegurar al bien jurídico una efectiva capacidad de selección del área de lo penalmente relevante⁸.

TIEDEMANN los denomina por su parte como bienes colectivos⁹, que vienen a ocupar una posición intermediaria entre la sociedad y el individuo en sí mismos dignos de protección, como lo son por ejemplo el funcionamiento del tráfico de créditos y mercado de capitales, la protección nacional y supranacional de la competencia, el abuso de la posición dominante en el mercado, la protección de los instrumentos financieros de la Unión Europea, especialmente de su moneda el Euro, la protección del medio ambiente, etc.

En este orden de razonamiento advierte que la negativa a criminalizar el peligro abstracto, esto es aquel que ex ante ha predeterminado el legislador al crear el tipo, lleva a la impunidad precisamente de este tipo de delitos graves y de difícil probanza, ante lo cual afirma que "los mercados de capitales y de créditos necesitan una protección penal que tenga visos de realidad"¹⁰

Si se la define como una forma del delito no convencional y aún como un tipo de delincuencia organizada los cuestionamientos básicos sobre el garantismo de un derecho penal liberal y democrático y de ultima ratio y mínima intervención vienen a replantearse en este momento.

La corrupción vista como desviación del fin de realización de los intereses generales, y por añadidura tejiendo redes de complicidad con núcleos de poder¹¹, donde se advierte, desde las posiciones más tradicionalistas incluso, que lo protegido es la objetividad, legalidad e imparcialidad de la función pública, lleva a considerar problemas de eficacia en la represión, que replantean los temas propios de un derecho penal de excepción, o la introducción de normas excepcionales en un derecho penal liberal de corte clásico, cuyas soluciones, todas, son problemáticas.

Por eso es que MUÑOZ CONDE¹² dice con acierto que la selección de bienes jurídicos a tutelar es parte esencial de un programa de política criminal, y debe ser visto desde esa perspectiva.

El correctivo desde el bien jurídico viene dado por la ecuación de que a mayor grado de democratización, más interés en centrar la tutela en las personas concretas, en los individuos vulnerados por la conducta criminal, por lo que toda protección de bienes supraindividuales, difusos o colectivos debe hacerse en función y en tanto estén al servicio de los seres humanos de carne y hueso que conforman la comunidad.

Más que seguir el eje de protección de la lealtad al Estado como tal, o en sí mismo, que exige desde el conglomerado, fidelidad y obediencia, con todo lo relativo que el aserto pueda ser, conviene en cambio poner el acento en la función pública como prestación de servicio al ciudadano.

De este modo la protección de estos bienes colectivos se hace funcional o instrumental en cuanto a la protección de los bienes jurídicos concretos de los ciudadanos involucrados y perjudicados por la conducta criminal, con lo que se reconduce el asunto al nivel personal, más humano y menos impersonal de la defensa de entelequias inmateriales como pueden serlo el honor o el prestigio de la administración, como si de entidades sustantivas se tratara.

Los principios esenciales de actuación administrativa que se basan en la legalidad, objetividad y racionalidad de su actuación, en el principio del Estado de Derecho que se manifiesta en la posibilidad del control jurisdiccional de la legalidad de sus actos y que señala un límite preciso de raigambre jurisdiccional a la desviación o abuso de poder así como a la arbitrariedad de la administración, junto al moderno principio de eficacia (art. 103 de la Constitución española), de su actuación, y de discrecionalidad reglada y no arbitraria de sus actos, la imparcialidad funcional y la protección, entre otros del principio de igualdad ante la ley, indican creo que con matices de evidencia que la protección de bienes supraindividuales e individuales en realidad se complementan y entrecruzan de modo que podremos decir que, en el justo medio, a mi criterio es admisible un criterio mixto o plural de protección, tal vez con el norte u objetivo de protección de la administración en clave de servicio a las personas.

O como con frase afortunada dijo VALEIJE, la administración debe actuar con "eficacia indiferente", es decir con imparcialidad y objetivamente.¹³

8 MANES, VITOPIO, "Bene giuridico e riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECP 02-Olvo (2000)

9 TIEDEMANN, Klaus, "Lecciones de Derecho Penal económico (Comunitario, español, alemán)", PPU, 1era. Ed., 1993:275.

10 TIEDEMANN, Klaus, "Presente y futuro del Derecho Penal económico", en: Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en su Honor, Estudios Jurídicos, Universidad de Madrid: 1995:41.

11 CUGAT MAURI, Miriam, "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", CEDECS, ed. Barcelona, 1997:311.

12 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, M., "Derecho Penal, Parte General", 1966:68.

13 VALEIJE, Inmaculada, "El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público", Ed. De Derecho, Madrid, 1995:29.

III. LOS MEDIOS EFICACES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN

En el ámbito procesal este punto de partida, que parte de la inusitada gravedad del delito de corrupción para los sistemas políticos y la propia supervivencia de la democracia, llevará probablemente a la adopción de normas de excepción (especialmente en el área de la cooperación internacional interestadística), y en el sustantivo a la persecución de la corrupción activa y pasiva aún en el sector privado, por la realización de actos en violación de los deberes, dentro de una actividad comercial, así como al establecimiento de figuras de peligro abstracto o de resultado cortado, con anticipación del momento de la consumación, y a la persecución de la corrupción no solo de funcionarios públicos de otro Estado sino también de los funcionarios pertenecientes a organismos internacionales, y a la represión penal de las personas jurídicas¹⁴.

Específicamente se proponen instrumentos jurídicos que han dado buenos resultados en la persecución de delitos de corrupción en otros países, como los Estados Unidos, entre los cuales se mencionan;

- a) la intervención de comunicaciones personales (teléfonos, correspondencia, documentos privados);
- b) posibilidad de negociar cargos y sentencias en caso de denunciar a los funcionarios corruptos de mayor jerarquía, por ejemplo jueces o fiscales u otros operadores del sistema de la justicia penal, llegando a introducir el llamado estatuto del arrepentido o la figura del agente provocador, como ya se ha hecho en el Uruguay, introduciendo primero una nueva circunstancia de atenuación, la de la colaboración eficaz con la justicia (art. 46 C.P.), y luego agregando un nuevo inciso al art. 8 del C.P., para facilitar el castigo de la delincuencia organizada, admitiendo en determinadas hipótesis la provocación de la autoridad según art. 74 de la ley de Urgencia N° 17.243 de 29/6/2000).
- c) permitir el acceso al juicio de informantes o agentes encubiertos;
- d) protección a denunciantes y testigos, así como admisión de incentivos económicos a denunciantes;
- e) validez de confesiones del imputado ante policías o fiscales, fuera de las condiciones legítimas para su recepción, y en demérito de las teorías elaboradas en base a la consideración de una tercera forma de violencia, la implícita o inherente, junto a las clásicas violencias físicas o morales que destruyan toda posibilidad de prueba lícita en mérito a la figura del fruto del árbol envenenado.
- f) Levantamiento del secreto bancario¹⁵, y otros mecanismos de similar etiología.

En el ámbito exclusivamente penal la Convención Interamericana propone la tipificación de los viejos delitos contra la administración como delitos o "actos de corrupción", recomendando además, la tipificación de cinco figuras nuevas a saber: el soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito, el apoderamiento indebido en sus dos formas de información privilegiada y de los bienes de empresas o instituciones y el tráfico de influencias.¹⁶

Vale la pena decir que ninguna de las legislaciones del área consultadas define la corrupción, excepto la uruguayana, que, más allá de la referencia limitativa de la referencia al capítulo II, dando una interpretación contextual auténtica, se puede entender por corrupción al uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico, ya sea para sí mismo o para otro, se haya o no causado un daño al Estado.

No toda forma de uso indebido del poder público supone corrupción, sino que se exige, además, un telos específico, concretado en la intencionalidad de la obtención de un provecho exclusivamente económico.

La ampliación del concepto, sin embargo, sus límites difusos, y la enorme posibilidad expansiva de este tipo de disposiciones adjetivas y materiales, se advierte por ejemplo en la política anticorrupción llevada adelante por la Unión Europea cuya Comisión comunicó al Consejo y al Parlamento Europeo una definición de corrupción que entiende por tal el abuso del poder o irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o una ventaja económica, perdiéndose de tal forma toda referencia a la función pública, de modo que se

14 Comisión Europea cit, art. 7,8,9 y 10.

15 RICO, SALAS, cit., p. 65 y ss.

16 Arts. VIII, IX, y XI.

entiende la corrupción fuera del ámbito de los clásicos delitos de funcionarios públicos, para abarcar también a los funcionarios internacionales o extranjeros, a los hechos de corrupción cometidos fuera del territorio del Estado y aún, como dijimos, a casos de corrupción en el ámbito privado.

IV. LAS RESPUESTAS DIFERENCIADAS DE LOS PAÍSES MERCOSURIANOS

Vistos comparativamente los derechos penales de los cuatro países del MERCOSUR puede decirse que las respuestas han sido bien diferentes, no obstante el esfuerzo que antes no existía, ni se intentaba siquiera, de uniformizar, o mejor, del deseo de responder con la reforma del derecho interno, al reclamo internacional de un cambio.

En cuanto a la ubicación sistemática del punto, los cuatro países, con la excepción tal vez de Paraguay¹⁷, conservan la denominación básica de delitos contra la administración pública, aunque introduciendo modificaciones y nuevas figuras.

Mientras Uruguay y Argentina incorporan nuevas figuras al Código Penal, tales como el enriquecimiento ilícito¹⁸, el tráfico de influencias¹⁹, o la utilización indebida de información privilegiada²⁰, el Brasil, sin derogar expresamente las disposiciones anteriores del C.P., estatuye una completa regulación referente a los delitos licitatorios, a partir de 1993²¹, donde ubica un amplio catálogo de formas específicas de corrupción.

Esta sucesión de leyes en el tiempo, sobre la misma materia de prohibición, trae consigo delicados problemas como lo son por ejemplo los conflictos aparentes de leyes que pueden plantearse o la anticipación de la consumación a etapas ontológicamente de tentativa, y aún de actos preparatorios de delitos ya existentes, autonomizando estas etapas del itinerario criminal.

Si bien en los cuatro países pueden reconducirse las bases del sistema penal, y su orientación filosófico política, del marco constitucional, de las normas sobre derechos, deberes y garantías²², le corresponde a la nueva Constitución de la República Federativa del Brasil el haber especificado y declarado las reglas esenciales a las que debe someterse la administración pública en la forma más clara y categórica posible.

En efecto, la Constitución Federal dispone a través de su extenso art. 37 estos principios determinando que la Administración Pública (en su más amplia expresión²³), obedecerá los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad, sin perjuicio de otros muchos que enumera, y de los que destaca el principio del concurso para el ingreso (lit. II), la prohibición de acumulación de cargos (lit. XVI) y, especialmente en orden a esta presentación, el principio licitatorio (lit. XXI), para las obras, servicios, compras y ventas del Estado y otros entes públicos, salvaguardando el principio esencial de igualdad de condiciones para todos los concurrentes²⁴.

De esta base constitucional es que se derivan los específicos delitos licitatorios brasileños, cuya enumeración es la siguiente:

- 17 En efecto, el Paraguay ubica estos delitos en el nuevo Código Penal, Ley 1160 de 21.8.97, como hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas en el Título referido a las conductas que afectan a las funciones del Estado (Título VIII, Capítulo III, uno de los cuales (II) se refiere a la protección de la Administración Pública. Este país no incorporó al C.P. delitos de nueva facturación, manteniéndose, con el recondicionamiento visto, las viejas figuras de los delitos tradicionales de cohecho, soborno y revelación de secretos arts. 300, 302 y 315.
- 18 Art. 268 (I) y (II) del C.P. argentino edicta bajo el nomen juris de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados lo siguiente: (I) "Será reprimido con la pena del artículo 256 (del cohecho), el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo", y (II) "será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años".
- 19 En Argentina se hace bajo el rubro de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 C.P.), en Uruguay en la materia el art. 158 bis del C.P. al que nos referiremos infra.
- 20 Art. 163 C.P. uruguayo.
- 21 Ley 8666 de 21.6.93 Ley Federal de Licitaciones y Contratos, modificada por ley 9.032 de 28.4.94 y Medida Provisional 1.500-16 de 1996, conforme a Enmienda Constitucional No. 6 de 15.8.95.
- 22 Tal vez sea paradigmático el caso uruguayo, cuya Constitución luego de enumerar prolija y casi taxativamente todos y cada uno de los principios fundamentales del sistema (de libertad, igualdad, legalidad, fraternidad, presunción de inocencia, debido proceso legal, etc.), agrega el art. 72 que dice "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno", que se complementa con el art. 332 que establece que los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.
- 23 Ya sea directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal o de los Municipios.
- 24 Art. 37 de la Constitución, XXI: "Salvo los casos especificados por la ley, las obras, servicios, compras y ventas serán contratadas mediante proceso de licitación pública que asegure la igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligación de pago, mantenimiento de las condiciones efectuadas de la propuesta, en los términos de la ley, permitiéndose solo exigencia de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones". La Enmienda Constitucional No. 6 de 15.8.95 estableció sin embargo, un tratamiento privilegiado para las empresas de pequeño porte constituidas según las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el país (art. 170, X), y reservó la explotación y extracción de los recursos minerales a los brasileños o a empresas de idéntico tipo a las antes mencionadas (art. 176, &1)

- a) Dispensar o no exigir licitación en la forma establecida por la ley o no observar las formalidades exigidas para ello (art. 89)
- b) Frustrar o defraudar una licitación, con el fin de obtener la adjudicación del objeto de la licitación (art. 90)
- c) Patrocinar intereses privados (art. 91)
- d) Admitir o facilitar ventajas a favor del adjudicatario durante la ejecución del contrato (art. 92),
- e) Impedir, defraudar o perturbar la licitación (art. 93);
- f) Revelar una propuesta (art. 94),
- g) Apartar o intentar apartar a un licitante por medio de violencia, amenazas, fraude o precio (art. 95)
- h) Defraudar en perjuicio de la hacienda pública una licitación hecha para adquirir o vender bienes (elevando arbitrariamente los precios, vendiendo una mercadería por otro, alterando la calidad o sustancia o haciendo más onerosa la propuesta o la ejecución del contrato,
- i) Licitarse o contratar con inidóneos (art. 97), y
- j) Obstaculizar, impedir o dificultar la inscripción en registros catastrales, así como alterar, suspender o cancelar tales registros.

La naturaleza de este trabajo nos impide siquiera considerar alguna de las figuras referidas pero su simple enumeración basta, a mi juicio por lo menos, para poner de manifiesto el ambicioso plan de definir cada supuesto de hecho, así como para apreciar las dificultades que en orden a la dogmática penal ofrecen. Se establecen normas de mero peligro abstracto (algunos son lisa y llanamente simples delitos de desobediencia a lo mandado), se parifican tentativas a consumaciones y se aprecia una diversidad enorme en cuanto al objeto de la tutela que va desde la moral administrativa²⁵, hasta la defensa de la competitividad y la incolumidad del secreto.

V. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO O INJUSTIFICADO

No nos vamos a referir ahora, por el objeto de esta presentación, a los que pueden ser llamados los clásicos delitos de funcionarios, el primero de los cuales es el cohecho, reconocido por los cuatro países²⁶

Centraremos nuestra atención en cambio, en aquellas figuras nuevas introducidas en la legislación a consecuencia de la actual prédica internacional y como resultado de las sugerencias de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En tal sentido la Convención (CICC) dispuso que se tipifique como delito, de arreglo a cada orden jurídico concreto de los Estados Partes, "el incremento del patrimonio de un funcionario público, con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él"

El delito propuesto consiste entonces en el incremento excesivo, injustificado del patrimonio, no obstante el "nomen iuris" que refiere a un enriquecimiento ilícito.

Solo la Argentina, como vimos, estipuló un delito que se adecua parcialmente a esta directriz (vide supra nota N° 15). De las dos figuras que establece el art. 268 la primera refiere en verdad, y no obstante la denominación del capítulo a la utilización indebida de información privilegiada, siendo que solo la segunda (II) crea el delito de enriquecimiento ilícito strictu sensu articulado sobre la no justificación de un enriquecimiento patrimonial apreciable, en el momento de ser debidamente requerido a hacerlo.

En el Uruguay no prosperó la criminalización del enriquecimiento ilícito, dando lugar el punto a encendidos debates tanto legislativos, como doctrinarios. Predominó en cambio, por escasa margen, la opinión de que este tipo de técnica legislativa pone en peligro las garantías individuales²⁷, pudiendo incluso llegar a ser inconstitucionales, según algunos, por suponer castigar un estado y no una conducta, lo que en lo sustantivo aproxima al derecho penal de autor y en lo adjetivo vulnera el principio de inocencia y supone de alguna manera una inversión del onus probandi²⁸.

25 GASPARINI, Dóguas, "Crimes na licitação", NDI, Sao Paulo, 1996:184.

26 Lo mantienen conjuntamente con el de soborno Paraguay (arts. 300-303) y Uruguay (art. 157,158,159) aunque el primero refiere al cohecho pasivo y el segundo al cohecho simple, calificado y subsiguiente. Argentina (art. 256-259) legisla bajo un único nomen iuris de cohecho la conducta de ambos protagonistas, mientras que el Brasil, en un único artículo (art. 317) regula estas conductas bajo el rubro de corrupción pasiva.

27 MALETVAZQUEZ, Mariana, "La corrupción en la Administración Pública", ed. C. Álvarez, Montevideo, 1999:58, con acopio de legislación y doctrina en uno y otro sentido.

28 SANCINETTI, Marcelo, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino", en: El Derecho Penal Hoy, Homenaje al Prof. David Baigún, ed. Del Puerto, Bs. Ars.1995:289-315

A mi juicio la represión o no de esta situación depende de una opción política que valore prioritariamente los intereses colectivos involucrados en el tema y, para ser sinceros, sí que drásticamente, estimamos que debería abandonarse toda pretensión de vincular el enriquecimiento con un delito determinado o delito base, por lo cual el delito a crearse más que de enriquecimiento indebido o ilícito, debería ser de simple enriquecimiento injustificado²⁹, al estilo argentino.

Todo este debate culminó entre nosotros con la consagración de una nueva agravante específica para los delitos contra la administración pública³⁰, consistente en la obtención por el autor de un efectivo enriquecimiento patrimonial "como consecuencia" de cualquiera de aquellos delitos, con lo que se vincula el enriquecimiento al delito base, lo que será de escasa utilidad práctica, en orden a la culminación de todo el aparato de control que se crea respecto de las declaraciones juradas de bienes a cargo de los funcionarios, comprometiendo en última instancia, el principio de transparencia en que se fundó, en gran medida la nueva ley uruguaya anti-corrupción³¹.

VI. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Excepto Paraguay, cuya normativa es la más ceñida de los cuatro países, el resto del MERCOSUR, siguiendo a la CIIC optó por tipificar autónomamente el delito de tráfico de influencias³².

La Argentina, bajo el rubro de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública castiga al funcionario que "se interesare por cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo", lo que se hace extensivo a texto expreso a los tasadores, peritos, tutores, curadores, albaceas y síndicos, en sus respectivas esferas (art. 265).

El Código brasileiro trata el asunto en el art. 321 bajo el epígrafe de "abogacía administrativa" cuya materialidad consiste en patrocinar, directa o indirectamente intereses privados por ante la Administración Pública, valiéndose de su calidad de funcionario", lo que se retoma en la ley especial (Nº 8666), a través de idéntico patrocinio privado ante la administración dando causa en el caso al llamado a una licitación o a la adjudicación de un contrato, que hubiere sido invalidado por ello por el Poder Judicial, primando en el caso esta figura por una razón de especialidad sobre la genérica recientemente referida incorporada al C.Penal.

El verdadero tráfico de influencias en el Brasil es un delito reservado a los particulares según el art. 332 del C.P. (Ley 9127 de 16.11.95), y que consiste en "solicitar, exigir, cobrar u obtener, para sí o para otro, ventaja o promesa de ventaja (o beneficio) so pretexto de influir en un acto practicado por un funcionario público en el ejercicio de su función"

Estas dos figuras de los países fronterizos en buena medida tal vez correspondan mejor al tipo de toma de injerencia o de conjunción del interés privado con el público, que, con el verdadero tráfico de influencias que vino a ser legislado en el Uruguay por primera vez en 1998³³.

El supuesto de hecho, ejecutado por un sujeto simple, consiste en la forma básica en solicitar, recibir o aceptar la promesa de un provecho económico, a través de un medio típico, la invocación de influencias reales o simuladas, con un doble requisito subjetivo del tipo, articulado teleológicamente: la finalidad de influir decisivamente sobre un funcionario, con el objeto ("para") de retardar u omitir un acto de su cargo o de ejecutar un acto contrario al mismo.

29 LANGON CUÑARRO, Miguel, "Perspectivas y problemas del crimen organizado y del lavado de dinero en el MERCOSUR", en Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia, SIDE, Reo. Argentina, Número Extraordinario, 1998:43-70. En este y en otros trabajos desarrollo estas ideas respecto del delito de legitimación de activos procedentes de actividades ilícitas, que mutatis mutandi, son aplicables al caso de la corrupción. Un camino intermedio que no entra en la polémica pero permite avanzar en soluciones, se está desarrollando particularmente a nivel jurisprudencial, particularmente en España, a través de la prueba racional, presuncional o indiciaria que permite soslayar la prueba del delito base, solo por medio de una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, cuya exigencia principista termina por ambientar la impunidad.

30 Art. 163 ter inc. 2 C.P. según el cual agrava los delitos de funcionarios el hecho de que el sujeto activo "haya obtenido como consecuencia de cualquiera de estos delitos, un enriquecimiento patrimonial".

31 En efecto toda la ley se articula sobre la labor de una Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado (cap. II de la ley No. 17.060/98), una de cuyas tareas básicas es recabar declaraciones juradas de bienes e ingresos de autoridades y funcionarios públicos (desde el Presidente de la República hasta los funcionarios aduaneros, según arts. 10 y 11). Esto es una modificación de la llamada tradicionalmente Ley Cristal, que nunca tuvo, sin embargo, consecuencias penales.

32 Vide supra la referencia al art. XI c) del CIIC.

33 El art. 158 bis del C.P. establece: "(Tráfico de influencias). El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otros, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar y omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría". Una forma atenuada es la influencia para que el funcionario desarrolle un acto inherente a su cargo, y agrava el delito el hecho de cometerse sobre algunos funcionarios de especial relevancia dentro de la organización estatal. (Presidente, Ministros, Jueces, etc.)

Articulado sobre las formas del cohecho, hay una forma atenuada que para mí es un tipo autónomo, que consiste en aceptar una retribución económica, mediante invocación de influencias, con el fin de influir decisivamente para que el funcionario ejecute un acto del cargo, inherente al mismo.

Es posible pensar que el delito de tráfico de influencias, tal como está regulado, es innecesario y crea más problemas de los que eventualmente se supone que vino a resolver³⁴.

El tercero que retribuye o pretende retribuir responde conforme a las reglas generales de la participación criminal, como coautor (art. 61 C.P. Uruguay), sea por determinación, inducción o cooperación indispensable³⁵.

VII. APROVECHAMIENTO O UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

La tercera figura recomendada por la CICC a los países americanos es el denominado "aprovechamiento indebido de información reservada o privilegiada"³⁶, que en esencia constituye una manifestación específica del viejo tipo de revelación de secretos³⁷.

El Brasil conserva la forma originaria de violación del sigilo funcional respecto de hechos conocidos en razón del cargo³⁸, que cuando se refiere al secreto de una propuesta licitatoria, exige por especificidad dado el conflicto aparente, la aplicación del art. 94 de la ley licitatoria o de licitaciones públicas.

La Argentina regula esta situación, como vimos supra, bajo el epígrafe de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, mientras que Uruguay lo reguló entre los delitos de violación de los deberes inherentes a la función pública (cap. II, Título IV) incorporándolo al C.P. en el art. 163 bis.³⁹, y que consiste en hacer uso de la información o datos que se tengan siempre que sean reservados, lo que amplifica el carácter restringido del secreto.

En todos los casos el lucro el provecho económico, caracteriza la figura quedando fuera del tipo todo otro beneficio no patrimonial

Paraguay por su parte conserva el tradicional delito de revelación de secretos de servicio por parte de funcionario público (art. 315 C.P.)⁴⁰.

El Uruguay introdujo también en la multicitada Ley 17.060 otras dos figuras desconocidas en el área del MERCOSUR, el cohecho y sobornos transnacionales (arts. 29 de la ley) y el blanqueo de capitales proveniente de los delitos contra la administración pública y en general de la corrupción (art. 30), a lo que vino a agregarse respecto de otros delitos graves, la reciente ley No. 17.343 de 25.5.2001, que incorpora a los delitos de lavado de la ley de drogas (art. 5 de la ley 17.016 de 22.10.98) los procedentes de otros delitos graves vinculados al terrorismo, contrabando superior a los 20.000 dólares, tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción, tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, de hombres, mujeres o niños, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico de sustancias nucleares, de obras de arte, animales o materiales tóxicos, que no comentaremos en esta oportunidad, porque el sentido de esta presentación es el de dar un panorama de las figuras establecidas contra la corrupción en los diferentes países miembros del MERCOSUR. ➔

34 OLAIZOLA NOGALES, Inés "El delito de cohecho", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999:463.

35 Art. 61 No. 1, 3 y 4 C.P.

36 Art. XI, No. 1, a) de la Convención: "El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tomado conocimiento en razón o con ocasión de la función".

37 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Uso de información privilegiada", en: El Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, libro Homenaje al Profesor Angel Torio López, Granada, 1999:637-650, autor que hace una crítica fortísima al sistema español considerando la tipificación como innecesaria, injusta e inaplicable.

38 Art. 325: violación del sigilo funcional, que consiste en "revelar un hecho que se conoce en razón del cargo y que debe permanecer secreto, o facilitar la revelación".

39 Art. 163 bis. "(Utilización indebida de información privilegiada). El funcionario público que, con el fin de obtener un provecho económico para sí o para un tercero, haga uso indebido de la información, o de datos de carácter reservado que haya conocido en razón o en ocasión de su empleo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR a 10.000 Unidades Reajustables".

40 Art. 315 del Paraguay: Revelación de secretos de servicio. 1) El funcionario público que revelare un secreto que le haya sido confiado o cuyo conocimiento hubiera sido adquirido en razón de su cargo, atentando con ello contra los intereses públicos" será castigado con pena de hasta cinco años de reclusión o multa, estableciendo luego que "como secreto se entenderán hechos, objetos o conocimientos que sean accesibles solo a un número limitado de personas y que por ley o en base a una ley no deban comunicarse a terceros", castigándose también la tentativa (apartado 2).