

parlamentario".¹¹¹ En efecto, en estos ámbitos parece mucho más efectivo reforzar la regulación preventiva en el propio seno de la actividad política y administrativa en que se desarrollan las conductas que se pretenden evitar. Así, mejores resultados pueden obtenerse si se acentúa la importancia de la *responsabilidad política* de los funcionarios, si se regula y se independiza de la contingencia política —en la medida en que ello sea posible— el tema de las *comisiones de investigación*, si se clarifica y ordena la legislación administrativa sobre los funcionarios públicos, sus *competencias* y la *transparencia* en sus actividades, si se delimita mejor el ámbito de la *discrecionalidad*, centrando los espacios legales que permiten la arbitrariedad, etc.¹¹²

Asimismo, la sanción de las conductas de tráfico de influencias desde el propio Derecho Administrativo ha de ser un mecanismo de control previo al del Derecho Penal. En nuestro país, por ejemplo, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado prohíbe, como conducta reñida con el principio de probidad, "hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero".¹¹³ Como la norma no distingue, la persona sobre la que se ejerce influencia puede ser tanto un particular como otro funcionario.

Entonces, el recurso al Derecho Penal sólo estaría justificado en los supuestos especialmente graves en que, además, el Derecho Administrativo se hubiese mostrado incapaz de producir los efectos esperados. Para dilucidar esta última cuestión es preciso determinar si la norma administrativa se aplica eficazmente, y, en caso de no sea así, establecer las causas que lo impiden. Cuando la norma sancionadora administrativa no resulte ni siquiera aplicable, por ejemplo, por dificultades probatorias, procesales, etc., sería bastante

ingenuo esperar mejores resultados a través de un ordenamiento más formalista y exigente como es el Derecho Penal.

En este sentido, cabe destacar el ánimo que llevó a dictar la Ley sobre Probidad Administrativa,¹¹⁴ que modifica la regulación de Derecho Administrativo en la materia, y la potencialidad que ésta ofrece si es aplicada con sentido común y buen espíritu. En la práctica, para afrontar el problema de la corrupción, una opción como ésta parece más sincera —en cuanto a la voluntad política de erradicar el problema— y más útil —como medida de prevención— que el recurso a la intervención penal.

Centrando el examen ahora en el interior de la legislación penal, se puede advertir que el Derecho Penal ya contaba con algunos mecanismos para hacer frente al problema. Fundamentalmente a través de los tipos de cohecho, prevaricación y negociaciones incompatibles, en los que suelen derivar las situaciones más graves de corrupción por tráfico de influencias.

Advierte GARCÍA ARÁN¹¹⁵ que los tipos de *cohecho* recogen situaciones en las que genéricamente interviene un sujeto con cierta posición de predominio por su condición de funcionario con competencia en determinadas materias, y un particular que busca la ventaja que puede proporcionar esa posición, produciéndose entre ambos un ofrecimiento o solicitud de intercambio con contenido económico. Por otra parte, los tipos de *prevaricación* admiten, según una extendida opinión doctrinal, la participación como inductor del particular o de cualquier funcionario que no sea el competente para actuar y que pretende obtener la decisión manifestamente injusta. Por último, el vasto ámbito de sujetos a quienes dar interés constituye un delito de *negociaciones incompatibles* permite incluir en esa figura muchas de las conductas corruptas de los funcionarios que deben intervenir de algún modo en el negocio u operación y que, al hacerlo, favorecen a algunos de esos sujetos. En caso de que estos últimos hubiesen logrado que se les diera ese interés ejerciendo sobre el funcionario la influencia que les concede su relación de parentesco, su vínculo empresarial, etc., eventualmente también podrían ser sancionados como inductores del delito cometido.

¹¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias", ob. cit., p. 206.
¹¹² En este sentido GARCÍA ARÁN: "Los delitos de tráfico de influencias...", ob. cit., p. 103 y SUÁREZ MONTES: "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias...", ob. cit., pp. 1092-1094 y 1105, quien sugiere delimitar los ámbitos de la discrecionalidad para así dotar al delito de prevaricación y congénitos del soporte normativo necesario para su operatividad.
¹¹³ Art. 62.2 del DFL Nº 1/19.653, publicado en el Diario Oficial de 17 de noviembre de 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹¹⁴ Ley Nº 19.653, publicada en el D.O. del 14 de diciembre de 1999, que agrega un Título III a la Ley Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

¹¹⁵ GARCÍA ARÁN, en "Los delitos de tráfico de influencias...", ob. cit., pp. 89 y 90.

En todo caso, es evidente que quedan todavía supuestos no reglados, que no se pueden incluir en los anteriores delitos. Así, el cohecho no comprende los casos en que no se ofrece claramente una contraprestación económica para obtener una actuación ministerial. Tampoco constituyen delito de prevaricación los supuestos en que la decisión que se pretende obtener no es manifiestamente injusta, pese a que no deje de ser irregular. Las negociaciones incompatibles sólo se configuran cuando se da interés a una de las personas expresamente contempladas en la norma y que se vinculan de algún modo con el empleado que debe intervenir en el contrato u operación, de lo contrario, la conducta sería atribuida al órgano decisor. Y, en general, además de los límites que impone el principio de accesibilidad para la sanción de los partícipes,¹¹⁶ no deja de resultar controvertida la posibilidad de sancionar sujeto activo del delito, sea particular o funcionario—como partícipe en el delito cometido.

Pese a lo anterior, cabe recordar que el Derecho Penal es y ha de ser necesariamente *fugamentaria*, pues le corresponde sólo una parte de la función general protectora de bienes jurídicos: no protege sólo frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarlos. Esta característica no constituye un defecto de esta rama del ordenamiento jurídico, tal como inicialmente fuera concebida por BINDING, sino que representa una exigencia del Estado de Derecho y uno de los principios garantísticos que la informan.

Finalmente, hay que destacar que la elaboración de un tipo que abarque todos los supuestos en que se efectúe un ejercicio

¹¹⁶ La autonomía del delito de tráfico de influencias respecto del de prevaricación tiene al menos el buen efecto de que hace viable la exigencia de responsabilidad penal a quien ha influido a un acto verdaderamente corrupto, pero que no constituye prevaricación para el funcionario por obstar al amparo del arbitrio legal. cfr. SÚAREZ MONTES: "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias...", ob. cit., p. 1096. Del mismo modo, su punición facilita que el funcionario que es objeto del ejercicio de influencias sobre la conducta, pues el delito generalmente se entiende consumado por el mero hecho de ejercer presión, sin requerir que se haya obtenido el resultado perseguido por el autor, es decir, sin esperar a que el funcionario influido adopte la decisión que se le exige.

de influencias ilegítimo y reproachable es necesariamente difícil y difusa,¹¹⁷ pues "se trata de situaciones considerablemente resbaladizas y difíciles de precisar en una redacción legal".¹¹⁸ En consecuencia, se hace prácticamente incompatible satisfacer, al mismo tiempo, las exigencias del principio de legalidad—en cuanto a la determinación de la ley penal—y los requisitos de efectividad en la protección del bien jurídico que se pretende amparar. La tendencia general es, lamentablemente, resolver el conflicto dando primacía a esto último, con lo que se multiplica la elaboración de tipos considerablemente indeterminados.

En definitiva, la configuración de un tipo autónomo que sancione el tráfico de influencias, en general, no cumple satisfactoriamente con el requisito de *merecimiento* de pena, ni resulta del todo evidente la *necesidad* de contemplar expresamente estas conductas en un tipo, figura que resulta residual respecto de otros delitos y que, por ende, posee un reducido ámbito de aplicación.

Desde el punto de vista aquí asumido, por tanto, la fórmula empleada por nuestro legislador para sancionar algunos supuestos de tráfico de influencias resulta más adecuada que su configuración como delito autónomo. Ello, por cuanto restringe la incriminación de estas conductas a algunos de los supuestos de mayor gravedad, vinculados con los delitos de negociaciones incompatibles y cohecho.¹¹⁹ Supuestos en que se aprecia, al menos, un ilícito de entidad similar al contemplado en la configuración original de esos respectivos delitos, pero que no resultaba sancionable en la

¹¹⁷ Sirve de ejemplo la descripción que se formula en la CJCQ, art. XI c, en que se propone sancionar: "toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obenga ilícitamente para sí o para otra persona cualquier beneficio o provecho, haya o no derriemento del patrimonio del Estado". La conducta resulta absolutamente indeterminada, pues consiste en todas—es decir, cualquier—acción u omisión que sirva para procurar la adopción de una decisión.

¹¹⁸ GARCÍA ARÁN: "Las dudas de tráfico de influencias", ob. cit., p. 90.

¹¹⁹ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLADO: "El delito de tráfico de influencias", ob. cit., p. 178, estima que, en España, habría sido mejor tipificar los casos más graves de tráfico de influencias por la vía de la inclusión de alguna previsión al respecto dentro de los delitos de cohecho. De una opinión distinta, VERA VEGA, J.: *El delito de tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 93-95.

2.4. INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS

2.4.1. *Influencia con prevalimiento*

Pravoslavni i Avreliji i

²⁶ El *presupuesto* es definido como la "utilización, por parte del funcionario o autoridad, de una determinada situación de poder—que puede derivar tanto del cargo que ostenta como de cualquier otra circunstancia personal— como medio instrumento que permite, con mayor facilidad, el condicionamiento de la decisión que, en el marco de la gestión pública, debe adoptar otro funcionario". MORALES CUEVA, PORTILLA CONTRERAS, "Los delitos de revelación de secretos, uso de falsos documentos y falsificación de documentos", *Revista de Derecho*, 2007, 17, 1.

que constituye un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública.¹²⁷ Normalmente es un requisito que se derive sin mayores inconvenientes de la mención expresa que se deriva de tráfico de influencias suelen hacer a que se actúe con *prevención o abuso*. Así, los artículos 428 y 429 del Código Penal español se refieren a una actuación *previniéndose* del ejercicio del cargo o de una situación derivada de la relación personal o jerárquica con el funcionario público sobre quien se ejerce la influencia o con otro funcionario o autoridad; el art. 335 del Código Penal portugués y los artículos 432-1 y 433-1 de su similar francés aluden a que se *abuse* de una influencia real o supuesta.

El proyecto original de reforma de nuestro Código Penal también hacía referencia a que el autor influyera *previniéndose* de su cualquier situación de preeminencia en la sociedad, sea de carácter político, económico, gremial, sindical o de otra naturaleza, o de sus relaciones de parentesco o amistad (delito cometido por un partícipación de esas situaciones de prevalimiento diluían, en parte, esta exigencia, y en el caso de ofrecimiento de uso de influencias (art. 259 bis B) no se contemplaba ningún requisito de esta naturaleza.

Ahora bien, la redacción definitiva de las figuras incorporadas en nuestro Código Penal por la Ley N° 19.645 que hacen referencia al ejercicio de influencias —los arts. 240 bis y 248 bis inc. 2°— no contienen ninguna precisión sobre la forma en que ha de materializarse esta conducta. Más aún, en ambos supuestos, el sujeto activo del delito ha de ser funcionario público pero, a diferencia de lo que suele ocurrir en los delitos de este título, éste puede ser cualquiere. No se le exige competencia especial ni superioridad respecto del funcionario objeto de las influencias.

Pese a ello, entendemos que los tipos deben interpretarse en un sentido restrictivo en este punto, circunscribiendo la relevancia típica de la conducta a los supuestos en que el funcionario público

de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en COBO DE ROSAL (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*, XVI, Edersa, Madrid, 1994, pp. 232-233.

¹²⁷ Así, y en relación con la criminalidad organizada, CALVO ALARIC: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 200-204.

blico ha ejercido una influencia aprovechándose o prevaleciéndose de su función, de su relación jerárquica o de su relación personal con el empleado que debe adoptar la decisión. Esta circunstancia, que le confiere un cierto predominio sobre el empleado objeto de influencia, ha de considerarse como el medio idóneo que utiliza el autor para lograr su objetivo. Si no existe alguna forma de prevalimiento, la conducta podría ser calificada como una mera recomendación o sugerencia, que no tendría entidad suficiente para ser incluida en el ámbito típico.

Las consideraciones de política-criminal antes expuestas conducen a esta conclusión, pues la conducta tiene que expresar un especial desvalor —un desvalor jurídico-penal— para ser objeto de una sanción de esta clase. Pero cabe precisar un poco más los argumentos que avalan esta posición.

Por una parte, como ya hemos expuesto, el sentido natural del término puede interpretarse de este modo. Los actos que realice el sujeto activo deben tener la suficiente idoneidad como para incidir y alterar el proceso motivador del empleado que debe adoptar una decisión.

Más aún, en España GARCÍA ARÁN plantea que el término *influir* podría considerarse como incluso de un cierto *resultado*, entendido como el efecto de la influencia objetivizado en una conducta desviada del sujeto pasivo: influir podría entenderse como consecución de un cambio de actitud o determinación de un comportamiento en el sujeto influido. Sería exigible entonces que el presionado se comportara de acuerdo con las pretensiones del sujeto activo y, por tanto, entender que la consumación exige la resolución como resultado. Sin embargo, la autora reconoce que la utilización del término *para* en la descripción típica —“el que influir... para conseguir...”—, hace difícil aceptar esta interpretación.¹²⁸

En cuanto a la exigencia de una especial gravedad de la conducta, es verdad que en el caso chileno, al enmarcarse ésta en el ámbito de los delitos de negociaciones incompatibles y de cohecho, puede ser objeto de un mayor juicio de desvalor. Porque en el primer caso se trata de ejercer influencias con una *finalidad* desviada, cual es la de interesarse o dar interés en un contrato u operación en la que debe intervenir otro empleado público; y en el

¹²⁸ GARCÍA ARÁN: “Los delitos de tráfico de influencias”, ob. cit., p. 95.

segundo, es la *motivación* de la conducta la que aparece especialmente viciada, pues se ha generado por la solicitud o aceptación de un beneficio económico. Con todo, la posibilidad de sanción penalmente un comportamiento aunque no se trate del funcionario encargado de intervenir en el contrato u operación, en el supuesto de negociaciones incompatibles, o la mayor pena con que se amenaza la infracción al deber del cargo que consiste en ejercer influencias, en el del cohecho, deben estar justificadas en sí mismas por su especial gravedad. De lo contrario, sólo se podrían castigar de conformidad con el tipo general de cohecho o con la normativa de carácter administrativo.

En cuanto a esto último, no está de más recordar que incluso la legislación administrativa, cuando prohíbe la realización de incluso las conductas como reñidas con el principio de probidad, se refiere a "hacer valer *indebidamente* la posición funcionaria para influir o indirecto para sí o para un tercero" (art. 62.2 Ley de Bases Generales de la Administración del Estado). Es decir, se pone el acento además de excluir del ámbito infraccional los supuestos que están dentro del campo de las atribuciones o competencias del funcionario, se confiere al comportamiento una mayor carga negativa.

A los anteriores argumentos, que todavía no pueden estimarse del todo concluyentes, es preciso añadir el de la *interpretación sistemática* de las figuras respectivas. Tanto en el caso de negociaciones incompatibles como en el supuesto agravado de cohecho, se trata de *delitos de mera actividad* y se les puede calificar también como *delitos de resultado cortado*, en cuanto la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a un resultado independiente de él, resultado que, sin embargo, no es preciso que llegue a producirse realmente.¹²⁹ En este sentido, la estructura de estos delitos es muy próxima a la de los supuestos de participación; tanto, que se ha entendido que el tráfico de influencias constituye un caso especial de *inducción* elevado a la calidad de autoría.¹³⁰ Sin embargo,

¹²⁹ Cfr. CUCAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., p. 231, y MIR PUIG: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 264.

¹³⁰ En este sentido CATALÁN SENDER: *Los delitos cometidos por autoritarios y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 229, y CUCAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., p. 192.

son modalidades que se configuran como tipos independientes, con sus propias reglas de imputación diferentes a los supuestos generales de inducción. Así, por ejemplo, no se requiere que la conducta sea eficaz en cuanto al resultado, es decir, que el autor consiga que el empleado sobre quien se influye adopte la decisión perseguida —por eso constituyen delitos de mera actividad—, lo que sí se exige para que la inducción resulte punible.¹³¹ Aunque eso no implica que, como aquí hemos defendido, deba tratarse siempre de una influencia directa, real y suficiente, es decir, dotada de la capacidad objetiva de mover al funcionario a dictar la resolución.¹³²

Lo que interesa destacar es que el delito de tráfico de influencias —incluso cuando aparece asociado con los delitos de negociaciones incompatibles y cohecho— está íntimamente relacionado con la figura de *inducción a la prevaricación*. En ambos casos se sanciona la conducta de quien no es el funcionario que adopta la decisión injusta o desviada, si bien la estructura de imputación es algo diferente y, además, la de los delitos que estamos analizando revela un mayor desvalor de la conducta, pues al ser cometida por un funcionario público atenta directamente contra sus deberes de probidad y afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

La penalidad aplicable al inductor en el delito de prevaricación administrativa (art. 228) es de suspensión del empleo en su grado medio y multa de 11 a 15 UTM; en tanto que quien comete el delito tipificado en el art. 240 bis puede ser sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio (que también puede llegar a ser inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos) y multa del 10 al 50% del valor del interés que hubiere tomado en el negocio; y el autor de cohecho con tráfico de influencias puede ser sancionado con reclusión menor en su grado mínimo a medio, inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. La gravedad de las penas con que se sancionan estos supuestos de tráfico de influencias viene determinada, fundamentalmente, por la penalidad con que se amenaza la comisión de los delitos con que

¹³¹ CUCAT MAURI: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 191-195.

¹³² Así, DÍAZ Y GARCÍA CONALEDO: "El delito de tráfico de influencias", ob. cit., p. 173 y GARCÍA ARÁN: "Los delitos de tráfico de influencias", ob. cit., p. 98.

se les vincula.¹³³ Eso mismo conduce a exigir que la influencia ejercida sea de una magnitud tal que pueda asimilarse, cuanto menos, a la inducción a esos delitos, esto es, que sirva para determinar al otro a cometer el hecho.

En todo caso, el modo en que se ejerce la influencia no requiere llegar a configurarse como una especie de coacción o *amenazas*, ni el delito se constituye como una figura de autoría mediata.¹³⁴

Si efectivamente la conducta puede calificarse como amenazas —tipificadas en los arts. 296 y 297 del Código Penal—, estaríamos frente a un concurso *ideal* de delitos. Entendemos que no podemos considerarse como un concurso aparente de leyes penales, porque el tráfico de influencias no ha considerado el mayor desvalor de una amenaza, sino que se conforma con una influencia ejercida con prevalimiento de una determinada circunstancia o relación, y, a su vez, el delito de amenazas no contempla la lesión a la función pública propia del tipo de tráfico de influencias.

Por último, siempre se puede interpretar la exigencia de prevalimiento como requisito del tipo en virtud de los principios de *insignificancia* o *adecuación social*, para completar la relativa indefinición de las descripciones típicas a este respecto. La mera sugestión o recomendación para que se adopte una determinada decisión constituye un comportamiento absolutamente habitual en nuestro sistema y propio de nuestra idiosincrasia, que aunque sea reprochable desde muchos puntos de vista, no aparece provisto de una nocividad social que justifique la intervención penal.

2.4.2. Decisión justa

El delito de tráfico de influencias se comete cuando un funcionario ejerce su predominio sobre otro para obtener de éste una decisión favorable a sus intereses o a los intereses de las personas

¹³³ En este sentido también puede estimarse adecuada la forma en que se comete el hecho de influir en nuestro Código Penal, porque "la valoración jurídica del hecho de influir en otro para que lleve a cabo un determinado acto, debe hacerse tomando como punto de referencia el acto a cuya ejecución se induce o induce a cometer". La clase y naturaleza del acto en que se participa es determinante". SUÁRIZ MONTES: "Consideraciones político-criminales...", ob. cit., p. 1094.

¹³⁴ En extenso, CUELLAR MARRAS: *La desuación del mero, genent y el tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 197 y ss.

individualizadas en la norma (art. 240 bis), o una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (art. 248 bis). Las disposiciones en cuestión no precisan nada más acerca de la adecuación o legalidad de esa decisión, que podría admitir un triple carácter: a) decisión adecuada a Derecho (legal), b) decisión no adecuada a Derecho pero no prevaricadora, y c) decisión prevaricadora o manifestamente injusta.

En este último caso, de una resolución manifestamente injusta, es indudable que se cumplen los requisitos del tipo. Más aún, puede advertirse que se produce aquí un concurso con el delito de inducción a la prevaricación. Aparentemente, la figura de tráfico de influencias —tal como está sancionada en nuestra legislación— prevalecería sobre la anterior por su mayor gravedad y especificidad. Sin embargo, parece más correcto establecer un concurso *ideal* entre ambos delitos, por tratarse de una sola acción que no queda comprendida totalmente en uno de los tipos (el tráfico de influencias no comprende el desvalor de la injusticia de la resolución).¹³⁵

Cuando la decisión que adopta el empleado sobre quien se ejerce influencia es ilegal, pero no alcanza para configurar el delito de prevaricación, quedaría de todos modos consumado el delito de negociaciones incompatibles o cohecho con tráfico de influencias, si se cumplen los demás requisitos de las figuras pertinentes. Es conveniente incluir estos supuestos en el ámbito típico, porque restringir el delito de tráfico de influencias sólo a la provocación de resoluciones claramente prevaricadoras supondría restar eficacia a estos nuevos delitos de una forma muy considerable, puesto que únicamente se consideraran como prevaricadoras las decisiones abiertamente desviadas o arbitrarias. Cuando existen ilegalidades de poca relevancia o desviaciones procedimentales, el recurso a la prevaricación puede considerarse ciertamente exagerado por lo leve de la infracción, pero no así la punición de la presión ejercida sobre el funcionario para que altere el funcionamiento de la Administración.¹³⁶ En suma, considerando que se quiere proteger la objetividad e imparcialidad de la Administración, cabe concluir que los tipos comprenden, también, la influencia dirigida a la realización de un hecho penalmente atípico, pero desvalorado.

¹³⁵ Así MUR PUIG: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 259.

¹³⁶ Cf. GARCÍA ARÁN: "Los delitos de tráfico de influencias", ob. cit., p. 96.

El supuesto más problemático se produce cuando la influencia es ejercida para que se adopte una decisión que es material y formalmente adecuada a derecho. Es verdad que en estos casos existe un funcionamiento anómalo y se atenta contra la pureza de los actos de la Administración, pero ¿es esto suficiente para configurar el ilícito específico de que se trata? Hay que considerar que a través del tipo de tráfico de influencias, incluso cuando se configura de modo autónomo, no se pretende, sin más, resguardar el procedimiento, la pureza de la Administración y la probidad de sus funcionarios. Si así fuera, el ejercicio de influencias debería sancionarse en todos los supuestos en que se produce. Pero el legislador penal comina esta conducta sólo en casos específicos, cuando se realiza para obtener una resolución que implique un beneficio económico.¹³⁷ Por ende, no se puede afirmar que la sola forma como se obtiene la resolución sea motivo suficiente para sancionar, por entonces ello sería punible siempre, con independencia de que la resolución implique un beneficio económico para el interesado.

Sin embargo, tal como afirma SUÁREZ MONTES, "el beneficio económico fruto de un acto administrativo materialmente procedente, no debe ser estigmatizado por el Derecho Penal". La obtención de ese beneficio no es de suyo malo, aunque en muchos casos proceda la sanción de las conductas que lo permiten. Pero lo cierto es que "no parece admisible una responsabilidad penal por inducción a un acto que desde la vertiente del funcionario no constituye prevaricación o alguna otra infracción".¹³⁸ Esto es, cuando la decisión del funcionario ha sido adoptada, de todos modos, con una aplicación estricta de los criterios técnicos pertinentes. Cuando lo que se pretende es obtener una resolución justa, la acción típica de influir con prevalimiento en otro funcionario no crea un riesgo típicamente relevante o intolerable, pues no afecta el buen funcionamiento y la objetividad e imparcialidad del actuar administrativo, o lo afecta sólo de un modo insignificante.¹³⁹

¹³⁷ Lo destaca SUÁREZ MONTES: "Consideraciones político-criminales", ob. cit., p. 1096.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 1096.

¹³⁹ Cfr. CUCAT MAURI: *La derivación del interés general y el tráfico de influencias*, ob. cit., pp. 211-212; y MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ob. cit., pp. 257 y 259.

Así, sería penalmente imputable el supuesto del funcionario que influyera con prevalimiento de su cargo o de su relación personal sobre otro indicándole a quién debe elegir entre varios candidatos, siempre que ese candidato reúna todos los requisitos exigidos y aun cuando ello signifique que el elegido se verá económicamente favorecido. Más evidente aún sería el supuesto en que un abogado tiene noticia de que su cliente va a ser discriminado injustamente y presiona sobre el magistrado prevaliéndose de su relación de amistad con el mismo. En cuanto la conducta tiene por objeto que se respete la legalidad, no puede ser constitutiva de ilícito penal.

Ahora bien, en la medida en que nuestra legislación asocia el ejercicio de influencias a los delitos de negociaciones incompatibles y cohecho, puede parecer que las circunstancias que rodean el acto son suficientes para configurar un ilícito penal. Así, tal como en la figura de negociaciones incompatibles el mero interesarse es delito, aquí puede decirse que existe un interés indirecto, pero la imparcialidad y pureza de la Administración resultaría igualmente afectada.¹⁴⁰ Sin embargo, el interés por que la actuación de los funcionarios esté permanentemente libre de sospecha, con ser absolutamente legítimo, resulta demasiado abstracto y sin entidad suficiente para merecer tutela penal. Por ello es que el delito de negociaciones incompatibles suele considerarse también un delito de peligro abstracto en relación con el patrimonio público, pues se pretende evitar que el funcionario obtenga ganancias ilícitas con su comportamiento y que perjudique patrimonialmente a la entidad pública respectiva. Pero, en este sentido, constituye un tipo de dudosa legitimidad: no es más que una forma de castigar criminalmente la mera sospecha de que se ha producido o se producirá una malversación o un fraude.¹⁴¹ En consecuencia, teniendo en cuenta las consideraciones político-criminales efectuadas y, también, la elevada penalidad con que se sancionan estas conductas —al menos al cotejarla con la que se establece en el supuesto de prevari-

¹⁴⁰ En el delito de negociaciones incompatibles existe un peligro para el prestigio de los entes públicos, que se produce por el incumplimiento de las reglas de incompatibilidad de actividades privadas y públicas de los funcionarios públicos, cfr. ESTEBARRIA ZARRABITIA, Xavier: "Fraudes y exacciones ilegales", en ASUA BATARRITA (ed.): *Delitos contra la administración pública*, IVAP, Bilbao, 1997, p. 206.

¹⁴¹ Cfr. CUCAT: "Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios", ob. cit., pp. 300-301, y LABARTE G.: *Derecho Penal*, ob. cit., p. 84.

cación—, parece del todo necesario restringir el ámbito de ejercicio de influencias vinculado a este delito, y excluir del tipo los funcionarios en que la decisión que se pretende obtener de otro ha ejercido indebidamente sus influencias será siempre sancionable en el ámbito administrativo.

Por su parte, en el evento de que un funcionario ejerza sus influencias sobre otro en virtud de un cohecho, es indudable que existe un importante desvalor de acción en la conducta de ese funcionario corrompido, aun cuando la decisión que se pretende obtener sea adecuada a Derecho. Es algo similar a lo que ocurre cuando se produce un cohecho para la realización de un acto propio del cargo, pero que no es contrario al ordenamiento jurídico. En realidad, el supuesto que nos ocupa corresponde más bien a la modalidad agravada de cohecho, porque el solo hecho de ejercer indebidamente una influencia ya constituye una infracción a los deberes del funcionario. Pero no se advierte razón alguna para que esa infracción sirva, al mismo tiempo, para calificar el cohecho y para aumentar la pena según lo dispuesto en el inciso 2º del art. 248 bis, cuando a la postre el resultado que se pretende obtener es una decisión administrativa ajustada a Derecho. En suma, ese comportamiento queda incluido en el supuesto de cohecho del art. 248 bis inciso primero, y no se aprecia un mayor desvalor que legitime una mayor pena (la del inciso segundo del mismo artículo).

CAPÍTULO VIII

DELITOS CONTRA LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. MALVERSACIÓN

1.1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Las figuras de *malversación* están tipificadas en el párrafo 5, del Título V, del Libro II del Código Penal. Estas disposiciones fueron redactadas tomando como modelo el Código español de 1848, de donde se reprodujo la sistematización y el contenido de los tipos en términos muy semejantes.¹ Con posterioridad, las normas de este título apenas han sido objeto de modificación, salvo por la Ley Nº 13.303, de 1959, que agregó el inciso segundo del art. 238, y algunas cuestiones referidas a su penalidad, como las recientes reformas introducidas en los artículos 233 y 238, por las leyes Nº 19.450 y Nº 19.501.

Etimológicamente, *malversación* deriva del latín *male* y *versare*, que significan “invertir mal”.² Se relaciona, entonces, con la idea de *inversión indebida* de caudales públicos —o de particulares, equiparados a ellos—, en usos distintos de aquellos a los que están destinados. De ahí que en el Derecho Romano se llamara *peculatio* a la apropiación de bienes públicos, reservándose el término *malversación* para la desviación de fondos.³ Durante el período de la Co-

¹ Las disposiciones que sirvieron de fuente a los artículos 233 a 238 fueron los artículos 318 a 322 del Código Penal español. Sobre el particular, VERDUGO MARINKOVIC, M.: *Código Penal. Origen, antecedentes históricos, penalidades*, Santiago, Ediciones Encina, 1968, III, pp. 159, 163, 167, 169 y 171.

² TERRAGNI: *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 217.

³ MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ob. cit., 2000, p. 276; CAMVIANSENDER, J.: *Los delitos cometidos por autoridades y*