



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN
PENAL ARGENTINA, A LA LUZ DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES
ASUMIDOS POR EL ESTADO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Tesista: María Sol Corvalán

Director: Dr. Mateo G. Bermejo

Mendoza, 2022



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN
PENAL ARGENTINA, A LA LUZ DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES
ASUMIDOS POR EL ESTADO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: María Sol Corvalán

Director: Dr. Mateo G. Bermejo

Mendoza, 2022

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8

CAPÍTULO I

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN- PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

1.1 Aproximación a su concepto.....	10
1.2 Efectos de la corrupción.....	14
1.3 Corrupción pública.....	16
1.4 Tratamiento internacional.....	19
1.5 Tratamiento nacional.....	24

CAPÍTULO II

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- PATRIMONIO PÚBLICO

2.1 Administración pública: concepto.....	33
---	----

2.2 Bien jurídico protegido.....	34
2.3 Patrimonio estatal: evolución de su concepto.....	37
2.4 Principios de eficiencia y eficacia.....	45
2.5 El funcionario público frente al Derecho Penal: concepto.....	48

CAPÍTULO III

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS: DELITO DE MALVERSACIÓN Y PECULADO

3.1	Introducción.....	52
3.2	El delito de malversación. Antecedentes históricos.....	53
3.2.1	Bien jurídico protegido.....	54
3.2.2	Los elementos de la tipicidad dolosa en general.....	55
3.2.3	Los elementos del tipo de malversación (art. 260 del CP.).....	56
3.2.3.1	Tipo objetivo	
	a. Sujeto activo.....	56
	b. Acciones típicas.....	57
	c. Objeto del delito.....	57
	d. Sujeto pasivo.....	58
	e. Resultado.....	58
	f. Nexa causal objetivamente imputable.....	58
3.2.3.2	Tipo subjetivo.....	59
3.2.4	Consumación y tentativa.....	59

3.2.5	Malversación agravada.....	59
3.2.6	Conductas delictivas o infracciones administrativas.....	60
3.3	El delito de peculado. Antecedentes históricos.....	64
3.3.1	Peculado de caudales o efectos: Art. 261 primer párrafo del C.P.....	65
3.3.2	Bien jurídico protegido.....	66
3.3.3	Los elementos del tipo del delito de Peculado de caudales o efectos: (Art. 261 primer párrafo del C.P).....	66
3.3.3.1	Tipo objetivo	
	a. Sujeto activo.....	66
	b. Acciones típicas.....	68
	c. Objeto del delito.....	69
	d. Sujeto pasivo.....	69
	e. Resultado.....	69
3.3.3.2	Tipo subjetivo.....	69
3.3.4	Consumación y tentativa.....	70
3.4	Autoría y participación en los delitos de malversación de caudales públicos....	70

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

4.1	Introducción.....	77
4.2	Casos de jurisprudencia a nivel nacional.....	77

a. Tribunal Oral en lo Criminal N° 4, “Granillo Ocampo, Menem, Cavallo, Alsogaray y otros P/ Peculado, causa N° 5926/2004.....77	77
b. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Capital Federal, “Fiscal C/ Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma P/ Peculado”, causa N° 1411.....83	83
c. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de Capital, “Merlino, José, Alsogaray, María Julia y otros S/Defraudación contra la Administración pública”, causa N° 1214.....85	85
4.3 Casos de jurisprudencia a nivel provincial: "Fiscal C/ Salgado, Sergio Hernán, y otros P/ Malversación de caudales públicos, concusión, causas N° P-4.237/16, N° P-79.691/15; N° P-104.366/14 y N° P-26.565/16.86	86
4.4 Análisis de casos.....88	88
4.5 Estado de situación en la República Argentina.....89	89
CONCLUSIONES.....95	95
REFERENCIAS.....97	97

RESUMEN

Malversación de caudales públicos. Análisis de la regulación penal argentina, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por el estado en la lucha contra la corrupción.

El objetivo de esta investigación es, dilucidar si la forma adoptada por el legislador argentino para concretar la protección penal del patrimonio público en materia de malversación de caudales públicos, resulta eficiente y eficaz conforme a los estándares impuestos por la comunidad internacional para la lucha contra la corrupción, o si por el contrario la misma resulta insuficiente y en su caso justifique la necesidad de una reforma legislativa.

Conceptos claves: Corrupción- Administración pública- Patrimonio- Protección del patrimonio público- Derecho internacional- Principios de eficiencia y eficacia.

ABREVIATURAS

CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CIPCE	Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
OA	Oficina Anticorrupción
PNA	Plan Nacional Anticorrupción
RPPJ	Régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas
StGB	Código Penal de Alemania

INTRODUCCIÓN

La lucha contra el fenómeno de la corrupción hoy en día es una preocupación de trascendencia mundial, sin embargo, dicha lucha se instaló como una prioridad recién a partir de la década de los años noventa. En efecto, a partir de tal momento se advirtió la necesidad de efectivizar una lucha integral contra dicho flagelo, por lo que se impulsó en todo el mundo el diseño y promoción de diversas políticas y estándares comunes en materia de transparencia, controles y rendición de cuentas de los poderes del Estado.

Fue así que la comunidad internacional comenzó a esbozar primero, acuerdos multilaterales, para luego concebir verdaderos convenios internacionales en materia de corrupción, los cuales partían del convencimiento de que “la corrupción socavaba la legitimidad de las instituciones públicas, atentaba contra la sociedad, contra el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos,” tal como luego fuera expresado en el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996).

En relación a ello, nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 en su artículo 36 con el objetivo de proteger el orden institucional dispuso que “atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.” La Constitución Nacional por tanto describe que los graves hechos de corrupción constituyen un atentado al sistema democrático, a la justicia, y al bienestar general.

En consecuencia, los Estados partes de cada una de las Convenciones se obligaron a establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a evitar la comisión de los delitos de corrupción, como lo es la implementación en sus ordenamientos institucionales y jurídicos de códigos o normas de conducta para el debido cumplimiento de las funciones públicas, la instauración de sistemas apropiados de contratación pública, el incremento de la transparencia en la Administración pública, y por sobre todo, la tipificación de delitos vinculados al fenómeno de la corrupción.

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, es un compromiso del Estado argentino en materia de lucha contra la corrupción pública, el contar con una regulación penal adecuada que permita castigar los hechos de corrupción.

Por ello, en el presente trabajo luego de haber analizado el fenómeno de la corrupción, logrando establecer su conceptualización, reconociendo sus causas y dilucidando sus efectos e impacto en la sociedad y en el individuo particular, y luego de haber analizado los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de lucha contra la corrupción, se procederá al análisis de la regulación penal vigente en materia de malversación de caudales públicos, a los fines de dilucidar si dicha protección resulta eficiente y eficaz conforme a los estándares impuestos por la comunidad internacional, o si por el contrario la misma resulta insuficiente y en su caso justifique la necesidad de una reforma legislativa.

Por último, a través del análisis de los casos más resonantes de corrupción con los que cuenta la jurisprudencia tanto en el ámbito tanto nacional como provincial, se podrá advertir la capacidad institucional de nuestro país para detectar y sancionar este tipo de prácticas corruptas en tiempo razonable.

CAPÍTULO I

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN- PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

1.1 Aproximación a su concepto

Es necesario destacar que cuando queremos definir el concepto de corrupción nos encontramos con grandes dificultades para poder hacerlo. Principalmente, ello se debe a la propia complejidad del fenómeno de la corrupción en sí y es precisamente por dicha complejidad que se nos dificulta lograr una definición de la misma.

De hecho, nuestro Código Penal no describe el concepto de corrupción e, incluso, cuando emplea la palabra lo hace únicamente en el Título Tercero- Delitos contra la Integridad Sexual- en su artículo 125 cuando tipifica la corrupción de menores.

Por ello resulta necesario en este trabajo alcanzar un concepto de corrupción, para lograr así una mejor comprensión de dicho fenómeno.

Si consideramos el sentido etimológico de la palabra, la palabra corrupción proviene del latín *corruptio* “acción y efecto de destruir o alterar globalmente por putrefacción, también acción de dañar, sobornar o pervertir a alguien”¹.

Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española propone una definición amplia del término corrupción, eludiendo a la acción y efecto de corromper, a la alteración o vicio en un libro o escrito, para luego definirla como “el acto que ocurre en las organizaciones, especialmente en las públicas, consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.²

Como podemos advertir esta es una definición amplia que se refiere, tanto a la corrupción pública como a la privada. En ella se señalan dos elementos que de alguna manera van a estar presentes en todos los intentos de conceptualización de este fenómeno cuando se desarrolle en el marco de la Administración pública: uno de ellos sería entonces ese uso incorrecto de la función pública, mientras que el otro elemento

¹ Diccionario de Etimología, véase en: <http://etimologias.dechile.net/?corrupcio.n> [consulta: 15 de enero de 2021].

² Diccionario de la Real Academia Española, véase en: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n> [consulta: 15 de enero de 2021].

sería ese provecho económico que el abuso de la función genera ya sea para quien la ejerce o bien para un tercero.

El Banco Mundial la considera como “el abuso de un cargo público para obtener beneficios privados”³

Si bien de lo antes reseñado se advierte una dificultad a la hora de definir el fenómeno de la corrupción, resulta viable explicitar algunas características comunes de su concepto, para lo cual es necesario revelar cuáles son sus elementos constitutivos.

Rotsch (2018), a los fines de esbozar un concepto de corrupción, analiza los aportes que realizaron en Alemania, tanto Kindhäuser como Saliger para precisar este concepto. Así, señala que la tesis de Kindhäuser, tiene como punto de partida que la corrupción sucede en la totalidad de los ámbitos de la vida en sociedad y que por ello, no es posible que exista un tipo penal de corrupción con validez general, sino que, más bien, la corrupción se trataría de una específica “forma de ataque” que puede afectar bienes jurídicos completamente diferentes. A partir de esto, aclara Rotsch que para Kindhäuser, el requisito fundamental para la punibilidad de conductas corruptas es la circunstancia de que el autor al menos ha puesto en peligro un bien jurídico, lo que conlleva que los delitos de corrupción, en principio, no están limitados *per se* en su ámbito de aplicación, por lo cual entonces se podría discutir la subsunción de formas de comportamiento que hasta ahora eran impunes en un tipo penal de corrupción nuevo o bien si es posible extender tipos penales ya existentes a nuevos ámbitos, pero para ello es necesario que los elementos necesarios del concepto de comportamiento corrupto estén ya dados (cfr. p. 239). Seguidamente, Rotsch se cuestiona ¿en qué radica lo específico de los comportamientos corruptos punibles? Para dar respuesta a esta pregunta, trae a colación la descripción de corrupción introducida por Volk, en la discusión de la corrupción como “intercambio de ventajas contrario a reglas”, [de lo cual surgiría entonces un nuevo elemento para caracterizar la corrupción]. Sin embargo, aclara que Kindhäuser entiende que este enfoque no es lo suficientemente profundo, porque pueden existir comportamientos de intercambio de prestaciones contrario a reglas, comprendidos por tipos penales que no tienen que ver con el concepto científico-penal de corrupción, como por ejemplo, lo muestra el tipo de la receptación según el §259 StGB. Por ello Kindhäuser concluye que la recompensa -esto es, para el cumplimiento de la ventaja

³ Banco Mundial, véase en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet> [consulta: 15 de enero de 2021].

considerada en la prestación- “se refiere a una posición de deber especialmente útil para otro”. Por eso el elemento esencial de la corrupción ya no es, como para Volk un hecho relacional bilateral, sino que presupone una relación triangular –entre principal, agente y tercero-. El último, elemento constitutivo para Kindhäuser es entonces “el vínculo entre posición de deber y ventaja indebida y con ello el agente se pone en un conflicto de intereses” (cfr. p. 240). Por su parte Saliger entiende que la corrupción requiere una relación bilateral de quien otorga la ventaja y quien se beneficia con ella y que la base de esa relación bilateral sería “un acuerdo ilícito entre ventaja y contraprestación”. Para él también el núcleo de la corrupción está representado por el acuerdo ilícito contrario a reglas o intereses. Sin embargo, lo que Saliger considera como esencial es hacerse un “sirviente de dos amos” (cfr. p. 241-242). [Coincidiendo entonces con Kindhäuser, quien considera que el agente se pone en un conflicto de intereses].

En cuanto a los elementos constitutivos del injusto punible de corrupción, Rotsch (2018), los enumera de la siguiente manera:

a) La posibilidad de corrupción presupone una *relación de tres personas*. Por esto es posible describir la relación entre el principal y el agente como relación interna y aquella entre el agente y quien otorga la ventaja como relación externa. La relación interna se caracteriza porque al agente, como persona que regularmente puede tomar decisiones de peso con efectos externos, se le ha confiado la tarea de manejar los intereses del principal (...) En esta relación se puede hablar del ámbito de la criminalidad.

b) Un requisito básico de los comportamientos constitutivos de corrupción es el *acuerdo contrario a derecho*. Bajo este concepto cabe entender al menos el intento del tercero o del receptor del beneficio, de lograr con el receptor del beneficio o el tercero un pacto con el siguiente contenido:

aa) Para la ejecución de una decisión que esté en el poder del receptor éste debe recibir una ventaja (no necesariamente *per se* antijurídica) como contraprestación de una prestación (no necesariamente *per se* antijurídica). Así resulta decisivo un concepto de ventaja *subjetivo*, esto es, solo depende de que el beneficio del receptor sea apto para motivarlo en la práctica a tomar una decisión indebida. Que el beneficio objetivamente –según el juicio de una razonable persona promedio– sea considerado un perjuicio, es irrelevante.

bb) Entre la ventaja y la prestación debe existir una *conexión* tal, que la prestación empuje a alguien a la contraprestación (...) Por esto es que debe entrar en consideración la vinculación de deber especial contraída por el agente frente al principal (...).

cc) La concesión de la ventaja en la relación externa debe basarse en un interés desaprobado de un tercero y afectar un interés aprobado del principal. Por ello se origina un conflicto de intereses que para el agente genera una situación de colisión de intereses divergentes. Esta colisión el agente la resuelve en favor del interés desaprobado del tercero.

dd) Además hay una *referencia al bien jurídico* del comportamiento de corrupción: Volk destaca con razón que la afectación de la confianza del servicio público o la afectación de la libre competencia en sus efectos se fundamenta “hacia afuera”(…) Sin embargo, esta pregunta no se refiere correctamente, por el contrario, al presupuesto del aspecto del bien jurídico más allá de la obligatoria necesidad de que el agente, en cierto modo, se deje comprar en el existente vínculo de deber frente al principal (p. 243-244).

Finalmente, Rotsch (2018), expresa que:

“la corrupción se deja definir como el intento de un pacto contrario a Derecho. Tiene como objeto la solución de una colisión entre el interés aprobado del principal y el interés desaprobado del tercero por parte del agente en favor del interés del tercero por la vía de la conexión contraria a reglas y deber entre poder de decisión y ventaja. Por ello, la colisión de intereses del agente mediante el pacto de la asunción de una ventaja como contraprestación por una prestación a realizar por él, la ha causado él mismo” (p. 245).

Sin lugar a dudas esta definición de la corrupción alcanzada por Rotsch, además de ser una de las más recientes dentro de la doctrina alemana, expone de manera acertada la existencia de ese acuerdo indebido entre el agente y el tercero que va a repercutir negativamente a los intereses del principal, en razón de la violación de ese deber de fidelidad que los unía por los intereses que le fueron previamente confiados.

Por su parte en la doctrina nacional Donna (2018), al tratar de conceptualizar la corrupción afirma que se trata del mal uso que el funcionario público le da a su tarea dentro del Estado, ya sea en la actividad económica como en el mandato político, que puede ser en beneficio propio como de terceros. Para luego concluir que en esencia se puede afirmar que el núcleo de la corrupción significa que una persona, que tiene un deber concreto de desempeñar un cargo, realiza, ya sea por acción o por omisión, en el ámbito de su función o de su competencia, “acciones ilícitas” en su provecho o de terceros y de esta forma utiliza su posición de poder para alcanzar el beneficio antes mencionado (cfr. p. 26).

Habiendo conceptualizado el fenómeno de la corrupción, corresponde ahora identificar sus causas. Namer (2019) afirma que este tipo de prácticas se ven

estimuladas cuando se reducen los costes asociados a la sanción que implica la acción, aclarando que por este motivo se sostiene que “la solidez del sistema judicial, su capacidad para hacer cumplir las normas, para detectar comportamientos ilícitos y para imponer las penalizaciones correspondientes se constituye en un factor institucional clave- aunque no único- en la contención de los fenómenos de corrupción” (p. 9).

La referida autora menciona además que en ocasiones existen las normas, pero no la capacidad institucional para que las infracciones sean detectadas y castigadas en tiempo razonable y que, en esos casos, el sentido coactivo de la norma se va diluyendo, al tiempo que se degrada la legitimidad normativa de las instituciones encargadas de hacerla cumplir, precisando que la eficacia del sistema judicial es clave para evitar que esto suceda, concluyendo, por último, que el debilitamiento de la capacidad sancionadora del Estado desvirtúa la norma y debilita la legitimidad de las instituciones (cfr. p. 10).

1.2 Efectos de la corrupción

En este punto es dable destacar, tal como lo expresa Sosa (2012), que la corrupción durante mucho tiempo fue considerada como un delito sin víctimas, creyéndose entonces que el accionar irregular de algunos funcionarios o instituciones sólo afectaba al Estado. De hecho, debemos recordar que los actos de corrupción en nuestra legislación se encuentran ubicados en el título de los delitos contra la Administración pública (Título XI del Código Penal) (cfr. p. 45).

Explica Namer (2019) que posiblemente esta concepción también haya favorecido la falta de impulso de esas investigaciones y el bajo porcentaje de condenas, agregando luego que, sin embargo, distintos abordajes sobre el tema en foros nacionales e internacionales se dedicaron a modificar ese enfoque y a relacionar de manera directa los efectos de los delitos contra la Administración pública con las consecuencias que producen sobre la población, que relaciona la violación de la norma con la posibilidad de un acceso igualitario de los ciudadanos a las prestaciones sociales (cfr. p. 10).

Fue así que esta antigua percepción de la corrupción, comenzó a modificarse, cuando se puso de relieve su impacto en la generación de desigualdad social y empobrecimiento de las clases sociales menos favorecidas. De hecho, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha manifestado su preocupación por el

hecho de que el fenómeno de la corrupción y la transferencia de fondos de origen ilícito atenta gravemente contra el disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, en particular el derecho al desarrollo⁴.

Es necesario recalcar que la corrupción es un fenómeno del cual no está exento ningún país del mundo, advirtiéndose que la misma va a repercutir de distinta manera conforme al grado de desarrollo de cada país.

En relación a este punto, Grondona (1993) menciona que existe consenso entre los expertos en que en los países desarrollados la corrupción es mínima tanto en la justicia como en los cuadros medios y bajos de la función pública, pero pueden alcanzar un nivel relativamente importante en los altos cargos. Agregando luego el referido autor, que en los países subdesarrollados la situación es inversa, porque la corrupción es intensa tanto en los estratos altos como en los medios y bajos, afirmando que la corrupción infecta al Estado en su totalidad, para luego dar como ejemplo, que la corrupción comienza con el policía que pide un soborno para no realizar un acta de infracción de tránsito, sigue con los funcionarios de la Aduana que cobran para ignorar las leyes impositivas y asciende así, hasta contaminar las conductas de los altos funcionarios, para finalmente distinguir que “en los países desarrollados hay actos de corrupción, sobre todo en las altas esferas del poder, mientras que los países subdesarrollados padecen un estado de corrupción” (p. 18).

La corrupción genera pobreza y desigualdad e inclusive puede desencadenar muertes, un claro ejemplo de ello en Argentina fue la tragedia de Cromañón, en donde murieron 194 personas. Tal como señala Namer (2019) en el caso del local bailable Cromañón, se acreditó que los funcionarios policiales de la comisaría de la jurisdicción recibieron sobornos para dejar entrar a más de cinco mil espectadores, cuando el lugar estaba habilitado para apenas un poco más de mil personas. También se probó que las inspecciones para verificar el cumplimiento de las normativas para evitar incendios no se habían cumplido regularmente, entre otras cosas porque los inspectores estaban sumariados por hechos de corrupción (cfr. p. 11).

⁴ Para ahondar en lo reseñado se puede consultar la página web del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la cual se encuentran las investigaciones e informes que ha emitido dicho organismo, en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/CorruptionAndHR/Pages/CorruptionAndHRIndex.aspx> [consulta: 29 de enero de 2021].

En consonancia con ello, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ha expresado que “la corrupción es uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico, político y social sostenible, tanto para las economías en desarrollo como para las emergentes y las desarrolladas” (p. 11).⁵ Dicho organismo considera que la corrupción acarrea grandes costos, entre los que menciona por ejemplo: el costo para hacer negocios, ya que entiende que la corrupción conduce al uso ineficiente de los recursos, que además perpetúa la pobreza, y que corroe la confianza pública, socavando por tanto el Estado de derecho y en última instancia, deslegitima al Estado.

Por su parte la Resolución N° 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene que la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad, afectando de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.

En razón de todos éstos efectos negativos de la corrupción, la comunidad internacional entendió que era momento de coordinar esfuerzos a los fines de lograr una lucha eficiente y eficaz contra dicho flagelo, por lo que se comenzaron a negociar distintos acuerdos que posibilitaron a lo largo de los años la existencia de un marco regulatorio internacional.

1.3 Corrupción pública

De la Mata Barranco (2016) a los fines de definir a la corrupción pública cita en su texto las palabras Nieto García, quien entiende que la corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público -o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales- no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal (cfr. p. 5-6).

⁵Plan Nacional Anticorrupción, véase en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo_plan_nacional_anticorrupcion.pdf [consulta: 1 de febrero de 2021].

Para luego agregar el citado autor, que Sabán dirá que estamos ante la utilización de potestades públicas en interés privado, cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato constitucional. Concluyendo posteriormente que en ambas definiciones se atiende no a la utilización de dinero con fines corruptores, sino a la del poder con fines lucrativos (cfr. p. 6).

Históricamente, el ámbito en donde mayormente se desarrollaban los casos de corrupción era en el marco de la función pública, por ello el conjunto de actos corruptos que acontecían en dicha organización estatal eran denominados actos de corrupción pública.

Entonces, el elemento común en estos actos de corrupción pública sería la intervención de un funcionario público, entendiéndolo a este como un sujeto cualificado que ejerce una función pública, prestando por tanto servicios que satisfacen los intereses generales de la ciudadanía de un determinado país.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la cual será analizada en el apartado siguiente cuando se aborde el tratamiento internacional de la lucha contra la corrupción, define en su art. 1 la función pública diciendo que se trata de “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Definiendo además en el mismo artículo al Funcionario público- Oficial Gubernamental o Servidor público-, diciendo que se trata de 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 su parte la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) define al funcionario público en su artículo segundo al decir:

“A los efectos de la presente Convención:

- a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la

esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

En consonancia, nuestra Constitución Nacional (CN) en su capítulo segundo, “Nuevos Derechos y Garantías”, establece en su artículo 36 que: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”, estableciendo luego que a tales fines el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Sabsay (2020) en oportunidad de comentar el referido artículo 36 de nuestra Constitución Nacional expresa que con dicho párrafo se conmina al Congreso Nacional a dictar todas aquellas leyes que sean necesarias para adecuar nuestra legislación, hacia una efectiva lucha contra la corrupción. Luego de ello, el referido autor menciona que sin duda una de las leyes que ha recogido esta manda constitucional es precisamente la Ley 25.188 (1999) denominada Ley de ética en el ejercicio de la función pública, la cual establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles (crf. p. 80 y ss.).

Además de ello, el referido autor menciona que con esta misma intención, de luchar contra la corrupción, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el Régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio, a través del Decreto N° 62/2019, con lo cual se pretende recuperar los activos provenientes de la corrupción.

En los considerandos del referido régimen se menciona:

“Que la corrupción y los delitos contra la Administración pública, el narcotráfico, la trata de personas, el terrorismo y demás delitos graves afectan el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas, causando enormes pérdidas para el Estado, en todas sus dimensiones, que, en definitiva, resultan en mayores costos para los ciudadanos (...).

Que el fenómeno de la corrupción implica un perjuicio estructural y sistemático al patrimonio y los recursos del Estado, provocando una afectación a la igualdad de las cargas públicas y generando un enorme costo para la operación eficaz del Estado, a la vez que daña el tejido social y desincentiva el cumplimiento de la ley.

Que en el ejercicio de sus funciones, el Estado debe contar con herramientas consistentes, prácticas y eficaces de política criminal, tanto de carácter penal como de carácter no penal, para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado (...).

Que este régimen persigue proveer al MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, cuyo fin constitucional es promover la actuación de la Justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad, de instrumentos jurídicos idóneos para lograr de manera eficaz, la intervención del Estado con el objeto de obtener la extinción del dominio a su favor del dinero, cosas, bienes, derechos u otros activos, ganancia, provecho directo o indirecto que se hubiera obtenido de manera injustificada, provocando un enriquecimiento sin causa lícita (...).”

Ahora bien, la corrupción pública como ya venimos advirtiendo, ocasiona graves perjuicios y, sobre todo, una de las más damnificadas es la propia función pública, ya que se utiliza para su cometido a personas calificadas que precisamente forman parte de la misma y que intervienen en el proceso de formación de la voluntad del Estado, que son los propios funcionarios públicos.

Estos individuos cualificados se apartan en el ejercicio de su función, de los principios que rigen el correcto ejercicio de un cargo público, que son los principios de legalidad, imparcialidad, prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, ejercicio que en definitiva tiene en miras la consecución de los intereses generales de la sociedad. Éstos por tanto, al apartarse de dichos principios no sólo defraudan la confianza otorgada por la sociedad en razón de su cargo, sino que en definitiva terminan causando una prestación deficiente de los servicios públicos que tenían a su cargo, lo que conlleva además a la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas.

1.4 Tratamiento internacional

La preocupación mundial por el tema de la corrupción y la necesidad de efectivizar una lucha integral contra la misma, es una inquietud relativamente reciente.

De hecho, recién a mediados de mil novecientos noventa la comunidad internacional comprendió que era necesario realizar una lucha conjunta contra dicho flagelo, y para ello era imprescindible primero la realización de acuerdos multilaterales entre los

países, para luego alcanzar verdaderos convenios internacionales en materia anticorrupción.

El primero de esos instrumentos fue la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ideada en el seno de Organización de Estados Americanos (OEA), y en la cual participaron casi todos los países del continente americano, a excepción de Cuba. Fue adoptada el 29 de marzo de 1996, en una Conferencia Interamericana Especializada en Caracas, Venezuela, aprobada por nuestro país por la Ley 24.759 del 4 de diciembre de 1996 y promulgada en fecha 13 de enero de 1997.

En el Preámbulo de dicha Convención los Estados miembros manifiestan estar convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Consideran además que la democracia representativa, es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, y ella, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. Manifestando los Estados miembros, que combatiendo la corrupción se fortalecen las instituciones democráticas, se evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública, y el deterioro de la moral social. Además de ello, se menciona que la corrupción, tiene en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual por tanto exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente.

Fue por ello que los países de América suscribieron esta Convención que buscaba, en lo esencial, establecer relaciones internacionales de asistencia y cooperación en la lucha contra la corrupción.

En concreto, tal como refiere el Departamento de Cooperación Jurídica de la OEA⁶, la CICC establece obligaciones vinculantes dentro del marco del derecho internacional e identifica los actos de corrupción a los que se aplicará, así como principios para combatir eficazmente la corrupción. Subraya además la importancia de las medidas para prevenir la corrupción, aborda el desarrollo institucional y la aplicación efectiva de las medidas que se adopten para enfrentarla, exige la tipificación de ciertas conductas corruptas específicas y contiene disposiciones sobre extradición, incautación de activos,

⁶ Para mayor información puede consultarse en: http://www.oas.org/juridico/spanish/faq_ac_sp.htm [consulta: 6 de febrero de 2021].

asistencia jurídica recíproca y asistencia técnica en casos de corrupción que ocurran en otros Estados Parte o que los afecten.

A modo de resumen, la importancia de la CICC puede identificarse en los siguientes puntos:

- Nuclea a más de 30 países con una agenda anticorrupción común.
- Cuenta con un mecanismo de seguimiento que comprende informes periódicos de avance, comparables entre los países. Propone la necesidad de desarrollar medidas preventivas además de las penales, ampliando de esa manera la comprensión de los aspectos jurídicos e institucionales más importantes, que hacen a la lucha contra la corrupción.
- Enfatiza la prevención como una de las actividades más importantes porque evita que los ilícitos sucedan.
- Permite organizar una agenda legislativa nacional en función a las disposiciones.
- Otorga un protagonismo importante a la participación ciudadana a través del control social.
- Promueve la cooperación internacional para prevenir, detectar y sancionar la corrupción entre los Estados parte.

La CICC estableció, luego, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) que funciona como un auténtico mecanismo anticorrupción en la OEA, el cual reúne a 33 de los 34 Estados miembros para analizar sus marcos jurídicos e instituciones de acuerdo a las disposiciones de la CICC.

Conforme lo reseñado en el Portal Anticorrupción de las Américas⁷, en los 16 años que lleva funcionando el MESICIC ha adoptado más de un centenar de informes con recomendaciones para que los Estados mejoren sus marcos jurídicos e instituciones para combatir efectivamente la corrupción, en materias tales como la prevención de conflictos de intereses, la preservación de recursos públicos, la contratación estatal, la vinculación de servidores públicos, su capacitación ética, los sistemas de declaración

⁷ Para mayor información puede consultarse la siguiente página web de la OEA en: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp> [consulta: 9 de febrero de 2021].

patrimonial, la participación de la sociedad civil en el combate a la corrupción, los controles internos en las empresas para detectar y prevenir prácticas corruptas, la tipificación de actos de corrupción tales como el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito, la protección a quienes los denuncien y la asistencia recíproca para el juzgamiento de sus autores y, de ser el caso, su extradición, y los órganos de control superior encargados de prevenir, detectar, investigar y sancionar dichos actos.

El segundo instrumento internacional en materia de lucha contra la corrupción fue la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales, surgida de la necesidad de establecer reglas de juego claras para las inversiones de las empresas de los países más desarrollados, adoptada por la OCDE el 21 de noviembre de 1997 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.319, promulgada el 6 de octubre de 2000, en la cual no ahondaremos por ser una temática específica no abordada en el presente trabajo de investigación.

Por su parte, en el marco de la Organización Naciones Unidas (ONU) si bien a finales del año 2000 se contaba con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DOT), la cual contenía disposiciones destinadas a combatir la corrupción, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas advirtió que era necesario contar con un instrumento específico en el cual se consideraran los diferentes aspectos del fenómeno de la corrupción y que diera soluciones concretas a los problemas que esta generaba. Por ello, se acordó la negociación de un instrumento jurídico independiente sobre corrupción, ya que urgía la necesidad de contar con un instrumento global, ya que pese a la existencia de diferentes herramientas regionales en vigencia, (OCDE, CICC) un número importante de países no integraba ninguna de las Convenciones Internacionales.

Por ello, resultaba vital la existencia de un instrumento que surgiera del seno de Naciones Unidas, ya que ello representaba la posibilidad de establecer un verdadero instrumento universal en la materia, el cual orientara e incentivara a los países miembros a fortalecer la cooperación jurídica y la asistencia técnica en la prevención y combate a la corrupción.

Tal como ha expresado Raigorodsky (2007) con esta nueva Convención se presentaba la posibilidad de incluir y mejorar las herramientas con las cuales ya se contaba para la lucha contra la corrupción, desarrollando principalmente sus aspectos

preventivos, como para así también advertir conductas irregulares como delitos de corrupción, incluyendo además temas como el recupero de activos y sobre todo lo más importante la generación de un mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención que estuviera previsto en el propio texto convencional, ya que resulta imprescindible que los Estados cumplan con la obligaciones asumidas a partir de la firma de acuerdos internacionales (cfr. p. 11).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) fue sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas- Resolución 58/4, en Nueva York, Estados Unidos de América el 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre del mismo año y aprobada por nuestro país por la Ley 26.097 del 10 de mayo de 2006 y promulgada en fecha 6 de junio de 2006.

El Instrumento Internacional referido está compuesto por ocho capítulos: Disposiciones Generales, Medidas Preventivas, Penalización y Aplicación de la Ley, Cooperación Internacional, Recuperación de Activos, Asistencia Técnica e Intercambio de Información, Mecanismos de Aplicación y Disposiciones Finales. A lo largo de su articulado la Convención establece pautas en materia de prevención de la corrupción tanto en el sector público como en el privado, reconociendo además el rol de la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción.

Dicho instrumento, tipifica una serie de delitos vinculados al fenómeno de la corrupción, entre los cuales podemos mencionar los delitos de peculado, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito, entre otros, consagrando además el principio de la recuperación de activos derivados de hechos de corrupción, declarando además que la restitución de los mismos, por parte de los países donde los mismos se encuentren, constituye un principio fundamental de la CNUCC.

Asimismo, la CNUCC dispone la obligación de los Estados de brindarse la más amplia cooperación y asistencia entre ellos para así luchar contra todas las formas de corrupción, estableciendo además un mecanismo de seguimiento por el cual los Estados partes promoverán actividades, procedimientos y métodos de trabajo con el fin de alcanzar los objetivos previstos por la Convención.

Por último, uno de los puntos trascendentales de la Convención radica en que los Estados Parte se obligan a establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a evitar

la comisión de los delitos de corrupción entre las que podemos destacar la implementación en sus ordenamientos institucionales y jurídicos de códigos o normas de conducta para el debido cumplimiento de las funciones públicas; la instauración de sistemas apropiados de contratación pública; el incremento de la transparencia en la Administración pública, en lo concerniente a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, y por último, el reforzamiento de la integridad entre los miembros del poder judicial y del ministerio público, para evitar toda oportunidad de corrupción por lo que establece que cada institución podrá incluir normas que regulen la conducta de sus miembros.

1.5 Tratamiento nacional

Tal como hemos mencionado, cada una de las Convenciones Internacionales reseñadas anteriormente, fueron aprobadas oportunamente por nuestro país lo que derivó en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico penal a las recomendaciones de las mismas.

Si bien algunos de los actos calificados como prácticas corruptas en las citadas convenciones ya estaban tipificados como delitos por nuestro Código Penal, tal es el caso del cohecho, tanto activo como pasivo, la malversación de caudales públicos, el peculado, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y el enriquecimiento ilícito, la redacción de muchos de ellos fue modificada para lograr una mejor adecuación a la legislación internacional, por ejemplo a través de la Ley 25.188 (1999), denominada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública,⁸ la cual sustituyó los artículos 256, 257, 258, 265, 266 del Código Penal e incorporó al mismo nuevos tipos penales como los incorporados en los artículos 256 bis (tráfico de influencias), 258 bis (soborno internacional) y el artículo 268-1 (delito de utilización de información y datos de carácter reservado con fines de lucro), con la cual Argentina cumplió en gran medida con las obligaciones asumidas a través de la ratificación de la (CNUCC).

La Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, conforme lo explicita en su artículo 1 establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública

⁸ En el sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (www.infoleg.gob.ar) hay una base de datos de normas muy desarrollada, en la cual puede encontrarse casi todo el cuerpo normativo nacional, como así también, decretos, resoluciones, disposiciones y acordadas. Las normas se mantienen en un texto actualizado y ordenado.

en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Define además en el mismo artículo que es lo que se entiende por función pública diciendo “Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Asimismo, en su artículo segundo establece una serie de deberes y pautas de comportamiento ético que deben cumplir los sujetos obligados por la misma, bajo pena de ser sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función.

Posteriormente, mediante la Ley 25.825 (2003), se sustituyó el artículo 258 bis del Código Penal, para adaptarlo a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros.

En relación a los delitos de fraude en perjuicio de la Administración pública (art.174 inc.5 del C.P.) y de administración fraudulenta o infiel (art.173 inc.7 del C.P), los cuales se encuentran ubicados en el Título VI- Delitos contra la Propiedad- Capítulo 4: “Estafas y otras defraudaciones“ de nuestro Código Penal, debe tenerse en cuenta que si éstos delitos son cometidos por funcionarios públicos que administran fondos públicos deben ser considerado como actos de corrupción, conforme lo establece expresamente la CICC en su art VI- 1- c.

Además de ello, ha contribuido notablemente en la lucha contra la corrupción en nuestro país el dictado de la Ley N° 27.275 (2016), denominada Ley del Derecho de Acceso a la Información Pública ⁹, de la cual surge la obligatoriedad de los tres poderes del Estado y del Ministerio Público a brindarle información a la ciudadanía. Además de ello, incluye como sujetos obligados a brindar información a las empresas y sociedades el Estado, a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, a las sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en capital o en la formación de las decisiones societarias, a las empresas y sociedades en las cuales el Estado nacional tenga una participación minoritaria, pero sólo en lo referido a la participación estatal, a los concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o

⁹ Para mayor información puede consultarse en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-27275-comentada.pdf> [consulta: 10 de febrero de 2021].

concesionarios permisionarios de uso de dominio público, en la medida en que cumplan servicios públicos, entre otros. Sin duda, lo más importante es la obligación impuesta al Estado de implementar políticas de transparencia activa, lo cual establece expresamente en su artículo 32 al decir:

“Transparencia activa. Los sujetos obligados enumerados en el artículo 7 de la presente ley, con excepción de los indicados en sus incisos i) y q), deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros. Asimismo los sujetos obligados deberán publicar en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos:

- a) Un índice de la información pública que estuviese en su poder con el objeto de orientar a las personas en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, indicando, además, dónde y cómo deberá realizarse la solicitud;
- b) Su estructura orgánica y funciones;
- c) La nómina de autoridades, [entre otros].

Asimismo, la Ley 27.304 (2016), conocida como Ley del Arrepentido, modificatoria del Código Penal en su inciso h, admite como delitos que autorizan la aplicación de la figura mencionada los delitos previstos en los Capítulos 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10 del Título XI del Libro Segundo del Código Penal y del inc. 5 del art. 174, del Título 6, Capítulo 4, por lo cual entonces se amplía a los casos de corrupción, la figura del arrepentido prevista en el Código Penal.

De igual modo, la Ley N° 27.401 (2017), denominada Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, ha sido un valioso aporte del Estado argentino en la lucha contra la corrupción. En efecto, a partir de la misma Argentina incorporó a su plexo normativo, el Régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas (RPPJ), por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos agravados, con el fin de ocultar el cohecho y el tráfico de influencias, nacional y transnacional.

Tal como señalan González Guerra y Tamagno (2018), en la Exposición de Motivos del Proyecto de la referida ley, que fuera enviado por el Poder Ejecutivo Nacional se señala que el régimen previsto en la ley busca promover que las personas jurídicas a través de la implementación de políticas y procedimientos internos puedan detectar incumplimientos que se den dentro de su estructura y de ese modo fijen sus objetivos

internos a una cultura de integridad y, sobre todo, de prevención de los delitos relacionados a la corrupción. En este sentido, se busca que ante la amenaza real de una sanción y, sobre todo, la posibilidad de atenuar la responsabilidad para quienes hayan colaborado en la prevención y detección del delito, las personas jurídicas actúen como herramientas para aumentar la prevención de la corrupción y, además, ayuden a lograr una mayor eficacia en la persecución y castigo de los partícipes individuales. Los referidos autores explican que a través de Ley 27.401, se pretende incentivar a quienes dirijan y administren a las personas jurídicas a dedicar esfuerzos para implementar sistemas de prevención orientados a evitar o reducir los riesgos de recibir condenas y, en caso de recibirlas, poder mitigar las sanciones aplicadas (cfr. p. 3).

Además de ello, con el objeto de seguir cumpliendo con los compromisos internacionales asumidos, el Poder Ejecutivo Nacional, por Decreto 258/2019, estableció el Plan Nacional Anticorrupción (2019-2023)(PNA), expresándose en sus considerandos que el cumplimiento de estas convenciones no sólo constituye un mandato de derecho interno, sino que además es una obligación internacional de la que deriva la correlativa responsabilidad y a cuya observancia queda subordinada la reputación del país en la comunidad internacional.

En el PNA¹⁰ se menciona que la lucha contra la corrupción y el respeto por la ética republicana y la transparencia deparan indudables beneficios de toda índole para la Nación, pues generan el prestigio, la confianza y la previsibilidad que nuestro país requiere para comenzar un verdadero y sostenible desarrollo económico y social. Asimismo se afirma que la corrupción se presenta como un fenómeno complejo que debe ser abordado de modo amplio mediante el diseño y la aplicación de políticas públicas tanto preventivas como punitivas, de conformidad de los compromisos internacionales asumidos mediante los precitados instrumentos, por lo que la planificación en materia de anticorrupción constituye una instancia esencial a fin de identificar riesgos específicos y diseñar un abordaje multisectorial, estableciendo metas, realizando un monitoreo específico y una actualización periódica.

El PNA fue elaborado y coordinado por la Secretaría de Fortalecimiento Institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Oficina Anticorrupción del Ministerio de

¹⁰ Para mayor información puede consultarse el Anexo del PNA el cual fue utilizado para elaborar las reseñas que se hicieron del mismo: en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322013/dec258.pdf> [consulta: 14 de febrero de 2021).

Justicia y Derechos Humanos, en el que participaron la totalidad de los Ministerios y gran cantidad de Agencias Descentralizadas.

Tal como se menciona en el Anexo del PNA, entre las iniciativas que conforman el PNA se encuentran mecanismos para mejorar la transparencia y la eficiencia de las contrataciones públicas, con especial énfasis en la obra pública, además diversas plataformas para asegurar el acceso de la ciudadanía a información pública para el ejercicio de sus derechos, como mapas interactivos de los bienes del Estado, de proyectos y de obras públicas, incluidas las obras viales, y también medidas orientadas a las poblaciones más vulnerables, en quienes la corrupción repercute especialmente, como así también el relevamiento de hogares en situación de extrema vulnerabilidad social, y la conformación de un Registro único de demanda de vivienda para todos los residentes con necesidades habitacionales, y también la implementación de una plataforma uniforme para la rendición de cuentas de transferencias, becas y subsidios.

Por su parte, el Estado argentino además asumió compromisos vinculados a la lucha contra la corrupción en el Grupo de los 20 o (G20). Tal como señala Berazategui (2017) éste fue creado originalmente como un foro para mantener la estabilidad financiera, el G-20 es, en el plano internacional, el espacio en común de mayor relevancia en el cual coinciden países emergentes y desarrollados para discutir temas de la agenda global. Su objetivo es promover políticas tendientes a reducir la brecha de desarrollo existente a nivel global, optimizar la coordinación del financiamiento para la realización de proyectos de infraestructura y servicios, promover el empleo y la implementación de políticas sociales inclusivas, y luchar contra la corrupción. Agregando luego la referida autora que en lo que respecta a la lucha contra la corrupción, el G-20, cuenta con un espacio específico, el Grupo de Trabajo Anticorrupción, cuya finalidad principal es, a través de diversas herramientas, apoyar a los Estados en la adopción de políticas públicas vinculadas a este tema, desde tres ópticas complementarias: prevención, investigación y sanción. Al formar parte del G-20 y de su Grupo de Trabajo Anticorrupción, Argentina asumió compromisos internacionales vinculados a la transparencia en materia de beneficiario efectivo, a la integridad en las contrataciones públicas, a contar con normas sobre protección de denunciantes de casos de corrupción y de implementar el Plan de Acción Anticorrupción (cfr. p. 50-51).

Por último, conforme a la necesidad del Estado argentino de adecuar su legislación penal a las exigencias propias de la actualidad y principalmente de la comunidad internacional, en 2019 se presentó el Proyecto Código Penal de la Nación Argentina - 2019¹¹ el cual fue fruto de la Comisión para la reforma del Código Penal (Decreto 103/2017) presidida por el Dr. Mariano H. Borinsky.

Tal como se expresó en la Exposición de Motivos de dicho Proyecto, el Código Penal de la Nación vigente actualmente en la República Argentina data del año 1921 y ha sido objeto de numerosas modificaciones –alrededor de 900– que fueron haciéndole perder el carácter orgánico y sistemático.

Por ello, tal como se reseña en el punto *Lineamientos Generales de la Reforma*, se destaca que la Comisión trabajó sobre la base del actual Código Penal, intentando mantener su estructura original; tomó la Constitución Nacional como ley suprema, así como también las convenciones internacionales ratificadas por la República Argentina; integró las leyes penales especiales, sistematizándolas en un único ordenamiento; valoró los proyectos de reforma penal con estado parlamentario; y consideró el trabajo realizado por las 17 anteriores comisiones de reforma del Código Penal.

Para continuar diciendo que a su vez, la Comisión analizó el derecho comparado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores, la doctrina y los avances en materia de integración regional del país, a fin de favorecer la armonización de la legislación en sus aspectos fundamentales, para poder promover y facilitar la cooperación entre Estados y la implementación de estrategias coordinadas, elementos estos de máxima importancia ante ciertas modalidades delictivas como la delincuencia transnacional organizada (terrorismo, narcotráfico y corrupción).

El referido Proyecto pone especial atención a los delitos de corrupción, en los que se prevé un aumento sustancial de las escalas penales y nuevos agravantes como por ejemplo en los delitos de Cohecho pasivo y activo entre otros.

¹¹ Para mayor información puede consultarse el Proyecto en la página web de la Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, del cual se ha extraído toda la información relevante al mismo, en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2572> [consulta: 15 de febrero de 2021].

Asimismo, se establece la ampliación de la jurisdicción de la justicia argentina para investigar los delitos de corrupción, en tanto se introduce el principio de nacionalidad activa y pasiva, de conformidad con las recomendaciones realizadas por la OCDE cuando se trate de delitos pasibles de extradición y respecto de los cuales la Nación Argentina haya asumido el compromiso de su persecución y juzgamiento en tratados o convenciones internacionales, lo que deriva en que la justicia argentina podrá intervenir en casos de corrupción ocurrida en otros países.

Ahora bien, analizando el proyecto de reforma y en especial los delitos analizados en el presente trabajo, advertimos que sí recepta una importante modificación al incorporar en el Libro Segundo, Título XI – Delitos contra la Administración pública el Capítulo 6, denominado “Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos o equivalentes” en el cual engloba los actuales Capítulo 6 (Cohecho y tráfico de influencias), Capítulo 7 (Malversación de caudales públicos), Capítulo 8 (Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), Capítulo 9 (Exacciones ilegales) y Capítulo 9 bis (Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados).

En la Exposición de Motivos de dicho capítulo, se explica que el fundamento de su unificación bajo esta nueva denominación es visibilizar claramente lo que suponen estos delitos: corrupción. Para luego advertir que en el contexto económico social y político de estos últimos siglos, la corrupción ha adquirido una relevancia inquietante y ha ido ganando una alarmante presencia en varios sectores de la sociedad. Expresando además que en tales circunstancias, resulta insuficiente analizar este fenómeno desde una posición jurídico-moral. Aclarando luego que algunas estrategias modernas sugeridas para prevenir la corrupción son: la revisión de sistemas de gestión de personal público, la supervisión y mejora de sistemas de compras públicas, el fortalecimiento de las funciones de los órganos de contralor, la desregulación, la digitalización de servicios y trámites, la realización de campañas de educación cívica, la aprobación de leyes de acceso a la información y la creación de organismos e instituciones anticorrupción.

Por ello, más adelante expresa la Comisión que en esa dirección, las herramientas básicas para medir la corrupción consisten en los índices de percepciones sobre la corrupción, los índices de experiencias en actos de corrupción, y los índices que combinan percepciones y experiencias de corrupción. Aclarando que en el mismo

sentido, la transparencia es una característica esencial del Estado democrático, el individuo debe tener la posibilidad real de conocer la actividad del Estado y su funcionamiento (salvo excepciones). De esta manera, transparencia significa que las razones de toda decisión gubernamental, así como los costos y recursos comprometidos en esas decisiones, sean accesibles y claros, y se comuniquen al público.

En esa creencia, la Comisión considera importante el debido y transparente ejercicio de la función pública, deberes cuyo cumplimiento frente a la sociedad se refuerza en este Anteproyecto con la amenaza de penas mayores a las actuales. Aclarando luego la Comisión que por las razones expuestas es que se decidió incrementar las penas de los delitos contenidos en este capítulo, pero también obedeciendo a la necesidad de mantener la proporcionalidad con otras sanciones del ordenamiento jurídico penal, en función de la importancia de esta temática a nivel nacional, regional e internacional.

Ahora bien, en el delito de *malversación de caudales públicos*, también previsto en el art. 260, se propone elevar la escala penal actual del art. 260 del Código Penal que es de 1 mes a 3 años de inhabilitación especial, por la de 1 a 4 años. En el mencionado artículo se detalla en la Exposición de Motivos y Disidencias, que se sigue el criterio vigente en cuanto a que no es necesario el daño como un supuesto objetivo del tipo penal básico, sino como un agravante (segundo párrafo). Se propone además ampliar la denominación de “caudales o efectos” con la referencia a dinero, fondos, cosas, o cualquier clase de activo o bienes, en línea con las incorporaciones expuestas para el resto de los delitos del capítulo.

Quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 260.- Se impondrá inhabilitación especial de UNO (1) a CUATRO (4) años, al funcionario público que diere una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados a los caudales, efectos, dinero, fondos, cosas o cualquier clase de activo o bienes que administrare o utilizare para el ejercicio de su cargo. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuviere destinado, se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión y multa de UNO (1) a DOS (2) veces del valor de la cantidad distraída (Proyecto Código Penal de la Nación Argentina 2019, p.426-427).

Por su parte el delito de *peculado*, previsto también en el art. 261, mantiene la escala penal de la norma vigente y se agrega la pena de multa de 2 a 5 veces del monto o valor sustraído. Además de ello, se amplía la acción típica, entonces al supuesto del

funcionario que sustrae, se agrega el del funcionario público que no evita la sustracción por un tercero. Asimismo, en el segundo párrafo de este artículo, se propone seguir la línea de la redacción vigente que prevé la misma escala penal para los supuestos de peculado de trabajo o servicios. Por último, se agrega el término “público” a continuación de “funcionario”.

Quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 261.- Se impondrá prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años e inhabilitación absoluta perpetua, al funcionario público que sustrajere o no evitare que otro sustraiga, indebidamente caudales, efectos, dinero, cosas, bienes, fondos o cualquier clase de activo cuya administración, percepción, utilización o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. La misma pena se impondrá al funcionario público que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por la Administración pública. En todos los casos de este artículo se impondrá, además, multa de DOS (2) a CINCO (5) veces del monto o valor sustraído o aprovechado (Proyecto Código Penal de la Nación Argentina 2019, p.427).

Finalmente, con todo lo expresado en el presente capítulo se ha intentado dar un estado de situación del fenómeno de la corrupción, tanto a nivel internacional como local y se han reseñado brevemente cada uno de los esfuerzos realizados tanto por la comunidad internacional, como por el Estado argentino para luchar contra la misma, los cuales han consistido desde la creación de organismos internacionales de asesoramiento y seguimiento, como de legislación supranacional a la cual los Estados partes deben respetar y honrar, lo cual importa la necesaria adecuación de la legislación interna a lo prescripto en la misma, habiéndose además detallado en el presente capítulo cada una de las incorporaciones y/o reformas, o proyectos de reforma a la legislación nacional.

CAPÍTULO II

BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- PATRIMONIO PÚBLICO

2.1 Administración pública: concepto

Antes de adentrarnos en el análisis de los tipos delictivos objeto del presente trabajo, que forman parte del Título XI del Código Penal argentino dedicado a los delitos contra la Administración pública y para lograr entonces una mayor comprensión de la temática abordada, debemos delimitar primero el concepto y función de la llamada Administración pública, así como también del concepto patrimonio público, advirtiendo además la evolución que ha presentado el mismo hasta la actualidad y lo que justifica en definitiva su protección en el ámbito jurídico penal.

Donna (2018) expresa que la Administración pública, debe ser entendida como “el poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas” (p. 31). Aclarando luego que el término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones, la ejecutiva, la legislativa y la judicial, así como también todas las actividades que el Estado captó, siempre que sean en cumplimiento de finalidades públicas.

Además de ello, el mencionado autor explica que en la esfera del Derecho Penal, el concepto de Administración pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XI del Código Penal sobre Administración pública es algo muy amplio: es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aún cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes. Para finalizar diciendo que esto es así

porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal (cfr. p.31).

Por su parte, Rojas Vargas (2007 citado en Namer, 2019) expresa que en el no siempre fácil terreno de las definiciones existe sin embargo un nivel plausible de consenso para concebir a la Administración pública en un doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades, previstas legalmente previsibles, que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores) mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. Subjetivamente (o en una visión organicista), Administración pública “es el orden de órganos estatales, o que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias” (p. 23-24).

En relación a ello, Namer (2019) aclara que la concepción objetiva está basada entonces en la división material de funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva y judicial y que la concepción subjetiva se fundamenta en la división de poderes, con prescindencia de sus funciones (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), cada una con sus numerosos órganos y planos jerarquizados y con asignaciones propias de cargos y competencias. Destacando que si bien en el terreno del derecho administrativo suele circunscribirse la Administración pública al ámbito del Poder Ejecutivo, prima actualmente una perspectiva más amplia que incluye en ella a todo el Estado, en cuanto encargado del desarrollo de funciones y servicios públicos (cfr. p. 24).

Conforme a ello, Namer (2019) expresa que se entiende por Administración pública:

“a las funciones y competencias específicas de lo que tradicionalmente se entiende por “Estado”, es decir los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, ministerios públicos, organismos descentralizados, entidades de los organismos autónomos del Estado como la Defensoría del Pueblo, tribunales de distinta jerarquía, Consejo de la Magistratura, Banco Central y todas las instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (empleados y funcionarios). También se entiende por tal a los gobiernos locales y regionales y las empresas públicas” (p. 24).

2.2 Bien Jurídico Protegido

Nuestro Código Penal incluye en el Título XI, en el cual se nuclean los llamados delitos contra la Administración pública, un variado catálogo de tipos penales que en principio tienen en común el ser cometidos por funcionarios públicos, existiendo además ciertos tipos en los que participan terceros que no revisten dicha calidad.

Como podemos advertir en el referido título encontramos figuras muy disímiles a lo largo de sus catorce capítulos, desde el atentado y resistencia contra la autoridad (arts. 237 a 243 CP), la falsa denuncia (art.245 CP), la usurpación de autoridad, títulos u honores (arts. 246 y 247 CP), el abuso de autoridad y la violación de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 248 a 253 ter CP), la violación de sellos y documentos (arts. 254 y 255 CP), el cohecho y tráfico de influencias (arts.256 a 259 bis CP), la malversación de caudales públicos (arts.260 a 264 CP), las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (art. 265 CP), las exacciones ilegales (arts. 266 a 268 CP), el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 (1) a (3) CP), el prevaricato (arts. 269 a 272 CP), la denegación y retardo de justicia (arts. 273 y 274 CP), el falso testimonio (arts. 275 a 276 bis CP), el encubrimiento (arts. 277 a 279 CP) y por último, la evasión y el quebrantamiento de pena (arts. 280 a 281 bis CP). Tal variedad de tipos delictivos nos genera la dificultad de poder advertir rápidamente cual es el bien jurídico protegido en éste Título, y ello ha derivado en grandes discusiones doctrinarias.

Sin embargo, de la lectura de cada uno de los tipos delictivos mencionados anteriormente, podemos advertir que los delitos contra la Administración pública protegen un bien jurídico institucional, al cual habitualmente denominamos “correcto funcionamiento de la Administración pública”. Por ello, la Administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa”, ya que la misma es la que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social.

En líneas generales podemos advertir que el bien jurídico mencionado, esto es el “correcto funcionamiento de la Administración pública” es un bien jurídico general, el cual pertenece a todos y cada uno de los delitos tipificados en el Título XI de nuestro código Penal, encontrando luego en cada uno de ellos un bien jurídico más específico, que obliga a su particular protección, es decir a través de diversos tipos penales se reprimen conductas que atentan contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento .

En relación al objeto de protección de los delitos contemplados en el Título XI Libro Segundo de nuestro Código Penal, la doctrina mayoritaria en la Argentina, tal como reseña Creus (1981), sigue a la doctrina italiana, al entender que lo que se protege es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido amplio (cfr. p. 4).

En éste punto Donna (2018) manifiesta que lo que se protege es la función pública entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, para continuar diciendo que se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino a los particulares. De modo que el bien jurídico en el Título XI es, de acuerdo a la mayoría, 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 así de los particulares (cfr. p. 36-37).

Por su parte, la Ley 25.188 (1999) denominada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, define en su art. 1 segundo párrafo a la función pública diciendo: “Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

Para definir la función pública en el presente trabajo tomaremos las palabras de Rodríguez y Ossandón (2008) quienes la definen como:

“correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho, que en particular, se concretan en los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia” (p. 100-101).

En ésta visión que sigo, en la cual se pone en foco la importancia del rol del ciudadano como destinatario de los servicios prestados por la Administración pública, se ve a la función pública como actividad de prestación a los administrados, dejando entonces en el pasado la visión de que el objeto de protección se correspondía con la dignidad o el prestigio de la Administración.

En idéntico sentido, Ortiz De Urbina Gimeno (2011) expresa que en los delitos contra la Administración pública no se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización, ni su *prestigio* o su *dignidad*, sino a la administración con minúscula, en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos (cfr. p. 328).

Podemos concluir entonces que con la tipificación de los delitos contra la Administración pública se protege el cumplimiento de las funciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, de acuerdo con los principios de objetividad, legalidad, coordinación, eficacia y servicio a los intereses generales, ello en consonancia con los compromisos adoptados en la Constitución Nacional a partir de la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos.

2.3 Patrimonio estatal: evolución de su concepto

En este punto centraremos el análisis en relación a los delitos contemplados el Capítulo 7 del Título XI de nuestro Código Penal, referido a los delitos de malversación de caudales públicos, ya que el análisis de estos delitos es lo que motiva al presente trabajo.

El término patrimonio tiene su etimología en el latín *patrimonium*¹² que significa “conjunto de bienes familiares, generalmente raíces, que son de la titularidad jurídica de un jefe de familia, herencia, dote”. Sus componente léxicos son: *pater* (padre, jefe de familia) y *monium* (sufijo especializado en designar un conjunto de actos o situaciones rituales o jurídicas).

Por su parte el diccionario de la Real Academia Española define al patrimonio como: “1. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes, 2. Conjunto de los bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título. 3. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.”¹³

¹² Diccionario de Etimología, véase en: <http://etimologias.dechile.net/?patrimonio> [consulta: 12 de marzo de 2022].

¹³ Diccionario de la Real Academia Española, véase en: <https://dle.rae.es/patrimonio?m=form> [consulta: 12 de marzo de 2022].

El patrimonio estatal como bien jurídico protegido por los delitos de malversación, se remonta a épocas bastante antiguas, de hecho en el Código de Hamurabi (Rey de Babilonia, año 2000 a. de J.C.) se contemplaba a las sustracciones de bienes pertenecientes al monarca, puniendo al agente con la pena de muerte. Expresamente, Franco (1962) menciona que en la Ley N° 6 se consignaba “Si alguno roba el tesoro del templo o del palacio, es culpable de muerte y aquél que ha recibido el objeto robado también será objeto de la misma pena” (p. 335-336).

Por su parte, tal como señala Namer (2019) en el Derecho Romano el *peculatus* se caracterizaba como un hurto de determinados bienes de especial relevancia de entre los públicos- en principio, ganado para el sacrificio y, por tanto, sagrado- y, por extensión, con el transcurso del tiempo, como hurto de cualquier cosa mueble perteneciente al Estado, al *aerarium* o al patrimonio del pueblo romano, y ello representaba un genuino delito contra la propiedad pública, reprochable por la cosa sustraída, independientemente de que el autor sea o no funcionario público (cfr. p. 41).

En relación a la evolución del concepto de patrimonio Arocena y Balcarce (2018) mencionan que la primera expresión técnica del concepto de patrimonio fue elaborada por Karl Binding, y que se denominaría con el tiempo *jurídica* o jurídico técnica (*die juristische vermögenslehre*):

“el patrimonio es la suma de todos los derechos y deberes patrimoniales, la suma del conjunto de ‘derechos patrimoniales’ de una persona. El patrimonio de las personas es el conjunto de relaciones jurídicas, sean activas (derechos) o pasivas (obligaciones) que, en el momento de que se trate, forman esa esfera. La pérdida de derechos sobre cosas o bienes constituye perjuicio patrimonial, sin importar que se trate de objetos ‘no valorables’ económicamente” (p. 43).

Los referidos autores aclaran que se critica a ésta posición porque no elabora un concepto propio de patrimonio y su carácter antieconómico, ya que no considera como factor relevante el valor pecuniario de la cosa, pudiendo conformarlo por bienes dotados de simple valor afectivo.

Ambos autores, colocan del otro lado, la concepción *económica* (*die wirtschaftliche vermögenslehre*) propuesta por la RGSt 44, 230, el 14 de diciembre de 1910, la cual estima que el patrimonio es:

“el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables (expresados en moneda de cambio) de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como ‘derechos’. El patrimonio estaría limitado a aquellos bienes que poseen un valor económico, estén o no concretados en derechos subjetivos. Forman parte del patrimonio los bienes o cosas incluso de origen ilícito y las expectativas. Quedan excluidas, del concepto, las cosas u objetos desprovistos de valor económico determinado que solo ingresen en el ámbito efectivo o sentimental de apreciación. Lo relevante será el saldo contable, el saldo monetariamente evaluable, de que en todo momento disponga el titular de dicho patrimonio” (p. 44-45).

Refieren, que a ésta concepción se le critica la posibilidad de crear contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico y que debe acudir irremediabilmente al derecho para determinar los contornos de lo que es un patrimonio, dada su excesiva amplitud.

A continuación, Arocena y Balcarce (2018) mencionan la concepción *jurídica-económica* defendida entre otros por Gallas y Welzel y en nuestro país por Núñez (*juristisch-wirtschaftlicher vermögensbegriff*) la cual define al patrimonio como:

“el conjunto de bienes o derechos con valor económico, pero que, además, gocen de protección jurídica. Según Beling, era ‘el conjunto de relaciones jurídicas de alguien, en cuanto ellas representan un valor económico’. Nace como una reacción frente a la insuficiencia de las dos concepciones anteriores. En la actualidad se afirma que el patrimonio es un dominio constituido jurídicamente sobre objetos o interacciones sociales que pueda ser expresado en valor pecuniario”.

Pertenecen al patrimonio no solo los derechos, sino también las posiciones económicas protegidas jurídicamente (derechos reales, obligaciones o créditos con valor económico, expectativas de ganancia, prestaciones susceptibles de apreciación pecuniaria, valores poseídos antijurídicamente-en cuanto la posesión está protegida legalmente).

Solo incluye cosas que revistan valor económico, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica. La tutela abarca solo los bienes y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (p. 46-47).

Los referidos autores mencionan que a esta concepción se le critica por no superar el control de sistematicidad al adolecer del típico defecto de todas las denominadas teorías eclécticas, esto es, combinar un principio jurídico (formal) y uno fáctico (material), ubicados en distintos planos que se limitan mutuamente de tal modo que ninguno de ellos se aplica de modo completo.

Luego de ello, Arocena y Balcarce (2018) mencionan que el alemán Eser propuso una definición *dinámica* del patrimonio diciendo que:

“el patrimonio no solamente consta de una dimensión estática, sino también de una dimensión dinámica, por tanto, la protección debe abarcar tanto la conservación (tener) como su aumento (poder tener). Descartando su autonomía como concepto independiente, y otorgándole un carácter accesorio, puede asegurarse que fue producto de la necesidad de apreciar aspectos personales del titular en la definición de patrimonio, acentuar el perfil vinculado al desplazamiento económico en detrimento del sujeto pasivo y excluir una concepción del bien jurídico como parte de un mundo museal muerto. Cada bien jurídico tiene que participar activamente en la vida social“(p. 48).

A continuación, Arocena y Balcarce (2018) refieren que para solucionar el problema del perjuicio en los negocios jurídicos gratuitos surgieron las teorías de la *frustración del fin*. Estiman que el mencionado perjuicio debe definirse como la frustración del fin perseguido con la disposición y con ello dan un paso importante en el proceso de la desmaterialización de la idea de utilidad. Estas doctrinas serán el trampolín a la construcción de la concepción personal del patrimonio (cfr. p. 49).

Por último, los referidos autores mencionan la teoría *personal*, la cual toma como punto de partida el sujeto del patrimonio y determina, en consecuencia, el alcance del patrimonio con arreglo a la necesidad económica justificada, esto es, con arreglo al interés personal digno de consideración del titular del patrimonio. Refieren que:

“El patrimonio, de acuerdo al concepto personal (*personaler vermögensbegriff*) debe considerarse como: ‘una “unidad estructurada’ que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos.

Estuvo originada en Bockelmann y fue fundamentada por Otto. Aduce que los bienes que constituyen el patrimonio no se protegen porque ‘objetivamente’ considerados posean un valor monetario, sino porque garantizan a la persona un espacio de libre desarrollo, en el ámbito de los objetos, el poder tomar decisiones libremente sobre la administración de los bienes jurídicos y administrar de manera ecuaníme el propio patrimonio o el confiado ‘cuasi-fiduciariamente’. Se trata de aceptar que la protección del patrimonio se justifica, encuentra razón de ser, porque el ámbito de dominio del sujeto garantiza un espacio de actuación de la persona que le permite desarrollarse libremente como sujeto de derecho, y consecuentemente para que este desarrollo sea pleno es necesario atender a la decisión del titular respecto al modo en que quiere disfrutar de los bienes que le pertenecen, integrados en una unidad total.

Se enfatiza a la persona a la que le corresponde el patrimonio, a la que se lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición. La determinación del perjuicio patrimonial se hará con un criterio individual, es decir desde el punto de vista del afectado. La teoría personal del patrimonio responde a un criterio subjetivo” (p. 49-50).

Los mencionados autores señalan que a esta concepción se le ha criticado su falta de utilidad práctica, pues se entiende que los problemas que plantea pueden ser resueltos por la teoría ecléctica (cfr. p. 50).

Por su parte, Pastor (2016) entiende que la discusión en torno al concepto jurídico-penal de patrimonio se explica en gran parte por las discrepancias de la doctrina en las premisas a partir de las cuales se debe construir este concepto. Aclara que en efecto, por una parte, la auto comprensión del Derecho penal en su relación con las demás ramas del ordenamiento jurídico y la consiguiente visión del patrimonio han marcado la discusión histórica entre la concepción jurídica (en su versión jurídico-formal, cuyo primer representante es Binding) y la concepción económica (que representa el giro hacia el denominado “pensamiento fáctico”, impulsado esencialmente por Bruns y la jurisprudencia del Tribunal del Reich). Y esta discusión sigue teniendo hoy consecuencias importantísimas para la definición del alcance de la protección penal del patrimonio, en especial cuando se cometen defraudaciones en ámbitos de ilicitud. Seguidamente, la referida autora menciona que, como es sabido, la discusión sobre si (y, en su caso, en qué medida y cómo) el titular puede imponer su valoración del patrimonio por encima del criterio del mercado —es decir, la discusión sobre la admisibilidad de un concepto personal de patrimonio— expresa que existen formas diversas de contemplar la relación entre patrimonio y titular, a saber, la de la concepción económica, que defiende el criterio del valor de mercado y contempla el patrimonio como bien perteneciente al sujeto, y la de las diversas concepciones personales, que contemplan el patrimonio como instrumento de libertad y, en esa lógica, extrapolan al patrimonio las posibilidades de autoconfiguración vinculadas a la libertad. Concluyendo que, con independencia del paradigma por el que se opte en la interpretación del patrimonio, se puede decir sin vacilar que la discusión en torno a este concepto nos demuestra que el concepto de patrimonio —y, con ello, el de perjuicio— no es consecuencia de una descripción de una realidad ontológica previamente dada, sino de una decisión valorativa (cfr. p. 4-5).

Namer (2019) expresa que, si bien el concepto económico jurídico de patrimonio encuentra hasta la actualidad una mayor adhesión entre la doctrina y la jurisprudencia, esa concepción no puede responder varias de las cuestiones que surgen sobre la problemática vinculada al patrimonio público como objeto de tutela de algunos delitos contra la Administración pública, entre las que se encuentra la imposibilidad o irrelevancia de la comparación del estado global del patrimonio público antes y después de la disposición patrimonial (cfr. p. 45).

Luego de ello, la referida autora expresa que Tiedemann, en el marco de las discusiones que se dieron en Alemania en el ámbito de fraudes por subvenciones, propone la distinción ontológica entre patrimonio privado y patrimonio público. Según ese autor las notas distintivas del patrimonio público, que constituyen la base de este abordaje, son su carácter circulante y la subordinación a fines concretos. Se sostiene que el patrimonio del Estado o de otros entes de carácter público no es un patrimonio estáticamente calculable, sino que se define por el proceso de captación y gasto al que sus elementos concretos están sometidos en un flujo circulatorio constante. El conjunto patrimonial, en cuanto recurso circulante, se genera básicamente a través del tributo, cuya legitimación proviene de las funciones que ha de cumplir la Administración con lo recaudado en base a él. Por ello, el patrimonio público, en su globalidad, no es comprensible para ésta perspectiva. Desde éste punto de vista, el daño debe ser concebido como el entorpecimiento de la función patrimonial dinámica y el concepto valorativo de daño económico debe hacer referencia al valor de uso del objeto material y no a un abstracto valor económico de mercado. El gasto indebido de los recursos públicos implica la necesidad de encontrar nuevos medios para la consecución de las tareas públicas, incumpléndose de esta manera el fin que con carácter general se impone al Estado, por su mismo carácter funcional, que habrá sido concretado mediante los mecanismos procedimentales oportunos (cfr. p. 45).

Por lo expuesto, a modo de conclusión podríamos decir que el elemento esencial que define el patrimonio público no sería su cuantificación material, sino su subordinación a determinados fines de carácter económico social.

Luego de haber ahondado en la concepción patrimonial, resulta oportuno mencionar la existencia de otra corriente doctrinaria, la cual ve en los delitos de malversación de

caudales públicos, no sólo una mera afectación del patrimonio, sino principalmente una infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración.

Namer (2019) señala que según esta doctrina, el contenido material de injusto común a éstos delitos, se agota en la infracción de esos deberes que tiene el Funcionario para con la Administración. Aclara que el rasgo unificador de los delitos de funcionarios estribaría en el desarrollo de un modo disciplinado y fiel de las actividades que tienen encomendadas. Se menciona de este modo la infidelidad, la deslealtad o traición del funcionario para con la Administración que depositó su confianza en él (cfr. p. 48).

Sin embargo, ambas concepciones, es decir la que entiende que los delitos de malversación protegían exclusivamente al patrimonio y la que por el contrario consideran que protege el deber de fidelidad del funcionario público hacia la Administración, a los fines de lograr el correcto funcionamiento de la Administración pública, fueron vastamente criticadas.

En efecto, tal como explica Namer (2019) la visión patrimonial no podía dar cuenta del fundamento de varios tipos penales dentro del capítulo que no exigen un perjuicio patrimonial concreto, mientras que la visión del correcto funcionamiento no permitía diferenciar claramente un delito de una infracción administrativa. Agregando que por ello, surgió en la actualidad una nueva concepción que entiende que éstos delitos tienen una protección dual o mixta. Luego de ello, la referida autora aclara que en principio ningún sector de la doctrina sigue defendiendo el carácter puramente patrimonial del delito, de hecho los que sostenían esta concepción, por ejemplo Norberto De la Mata y Xabier Etxebarria, ahora la matizan incorporando criterios vinculados a la idoneidad, eficiencia y efectividad de la función pública (cfr. p. 52).

Para continuar diciendo que la doctrina y jurisprudencia españolas adhieren en su mayoría a la doble naturaleza jurídica de los delitos de malversación y su carácter “pluriobjetivo” cuando se trata de definir su objeto de protección. La misma entiende en líneas generales que el bien jurídico protegido es doble: a) el deber de fidelidad o lealtad del funcionario o persona asimilada respecto del Estado o Administración; b) el patrimonio público, decantándose por el primero como preeminente (cfr. p. 52).

En efecto, así lo entiende Mir Puig (2015) quien expresa que el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la vez contra el patrimonio (cfr. p. 217-218).

Por su parte, en la doctrina Argentina también se hace alusión a la protección dual de los tipos penales que protegen la Administración pública y que abarca tanto al patrimonio público como a la relación especial del funcionario en el resguardo y administración de los bienes que le son entregados por su función.

Buompadre (2011), sostiene que las figuras delineadas en el capítulo se bifurcan en una doble dimensión: por una parte, constituyen una infracción de deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, que por razón de sus cargos les están confiados y, por otra, implican una lesión de los intereses patrimoniales del Estado (cfr. p. 645).

D'Alessio (2009), explica en relación al bien jurídico protegido en los delitos de malversación de caudales públicos, que lo que se tutela es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración o la ordenada inversión de las sumas destinadas a gastos. No se pretende proteger a la administración pública contra una lesión de carácter patrimonial, se quiere asegurar que el dinero y otros activos patrimoniales existentes que se ponen a disposición del funcionario público sean administrados con las finalidades previstas (cfr. p. 1293).

Creus (1992), entiende que todos los delitos tratados en el capítulo tutelan la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes, sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado, por eso, todos ellos tienen en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes

funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello (cfr. p. 283).

2.4 Los principios de eficiencia y eficacia

Como anteriormente fue mencionado en el apartado 1.2, con la tipificación de los delitos contra la Administración pública se protege el cumplimiento de las funciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Entonces, el ciudadano pasa a ser el destinatario final de los servicios prestados por la Administración, siendo lo importante la función pública como actividad de prestación a los administrados.

De la Mata Barranco (2004 citado en Namer, 2019) expresa que no se trata de tutelar un ente abstracto con independencia de su función jurídico- social, sino que lo que se protege es su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. Se trata de un concepto prestacional, que exige delimitar sus fines y someter el funcionamiento de la Administración a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia, regido por los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad, y, como concepto envolvente, legalidad (cfr. p. 59).

En éste punto, Namer (2019) alude que la tipificación autónoma de los delitos de malversación y la consiguiente tutela del acervo público, al margen de los delitos patrimoniales comunes, se justifica desde la necesidad de otorgar cobertura jurídico-penal a los principios inherentes a la función de gasto y concretamente al principio de eficacia, y parte de la base del cumplimiento de un rol fundamental del Estado en la remoción de los obstáculos para llegar a la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Aclara luego la referida autora, que la eficacia es un principio de actuación vinculado al resultado. La obligación jurídica de resultado que contiene el principio de eficacia se relaciona directamente con el servicio al interés general, que constituirá el patrón básico de enjuiciamiento de los resultados alcanzados por la actividad administrativa (cfr. p. 59-60).

Ahora bien, en el cumplimiento de los fines de la Administración pública no es viable únicamente regirse por el principio de eficacia, ya que no alcanza que se cumpla con los fines propuestos, sino que además se requiere una correcta gestión de los medios

financieros con los cuales se van a cumplir esos fines. Ello está íntimamente relacionado con el principio de eficiencia y economía, con la idoneidad de los mecanismos financieros empleados para la consecución de los fines.

En efecto, tal como reseña Namer (2019) la ausencia de perjuicio para el servicio no constituye condición necesaria para su lesión, ya que aquél no sólo se ve afectado cuando el fin asignado al objeto material se desvanece o es puesto en peligro, también su consecución sobre financiada -con causa en una conducta apropiatoria o distractora a la que imputar el exceso- descubre una lesión del principio, por lo que no será preciso aguardar a la comprobación de los efectos de la acción sobre el fin propuesto (cfr. p. 60-61).

En España la protección de los principios de eficacia y eficiencia en la gestión pública como bienes jurídicos protegidos, se encuentra receptada en el artículo 103 de la Constitución Española¹⁴. En efecto, el mencionado artículo dispone: “1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

En la Constitución Argentina, si bien no se encuentra consagrado expresamente el principio de eficacia, en el capítulo de las declaraciones y derechos y en el de las atribuciones asignadas a las autoridades de la Nación se encuentran cláusulas que se inscriben en dicho principio. A modo de ejemplo podemos citar, la idoneidad como única condición para acceder a los empleos públicos, la prohibición de conceder al Poder Ejecutivo nacional la suma del poder público, la consideración de grave atentado contra el sistema democrático para quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento y la inhabilitación para ocupar cargos públicos, el deber del Congreso de sancionar una ley de ética pública para el ejercicio de la función, la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, la atribución y deber del Congreso de proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores.

¹⁴ Constitución Española véase en: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#5>

Tal como explica Mamberti (2017) la interpretación armónica de algunos preceptos constitucionales, entre los que están los establecidos en los arts. 36 y 42 y las convenciones internacionales contra la corrupción, determinan que la eficacia, la eficiencia y la ética son principios superiores de la organización y funcionamiento de la Administración pública, cuya operatividad - en tanto principios- no requiere la sanción de una ley (cfr. p. 262).

En tal sentido, la Ley 24.156 (1992) denominada Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en su artículo 4 establece como uno de sus objetivos, el garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos, estableciendo que éste objetivo debe tenerse presente principalmente para su interpretación y reglamentación.

En consonancia con ello, la Ley 25.188 (1999) denominada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, establece en su articulado una serie de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Entre los deberes y pautas de comportamiento ético señala en su artículo 2:

“(…) d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; mientras que establece en el inciso e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan. (...) h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad”.

Namer (2019), señala que la doctrina nacional dedicada al estudio de la Administración pública coincide en afirmar que los conceptos que conforman la nueva gestión pública son, fundamentalmente, la eficacia y la eficiencia. La primera consiste en alcanzar o lograr los objetivos propuestos, las metas programadas o los resultados deseados. De esta forma una actividad, un proyecto o un programa serán efectivos en la medida en que los propósitos o metas sean alcanzados o logrados. La eficiencia es un criterio que relaciona la productividad de las operaciones o actividades con una medida, criterio o estándar de desempeño, está unida a un modelo de rendimiento y se configura a través de la relación entre la productividad- insumos y resultados- y el modelo o

patrón de rendimiento. Por ello, concluye la referida autora que puede sostenerse que la gestión de la cosa pública, a partir del uso eficiente y eficaz de sus bienes, en miras al destino definido de manera conjunta entre los poderes del Estado para el cumplimiento de sus fines constitucionales, es el bien jurídico protegido por las figuras de malversación de fondos públicos (cfr. p. 66-67).

2.5 El funcionario público frente al Derecho Penal: concepto

La definición de funcionario público tiene especial trascendencia en los delitos contra la Administración pública, ya que en nuestro ordenamiento jurídico-penal se distinguen tanto delitos cometidos por "particulares", como delitos cometidos por "funcionarios públicos". En éstos últimos, su estructura típica demanda una determinada cualidad en el sujeto activo para que pueda ser considerado autor del delito.

El Código Penal argentino en el Título VIII- del Libro 1, define al funcionario en su art. 77 al decir "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción define en su art. 1 la función pública como: "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

Asimismo en dicho artículo también define la Convención al funcionario público, oficial gubernamental o servidor público diciendo que se trata de "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".

Con mayores precisiones, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 2 establece que:

"A los efectos de la presente Convención:

a) Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por ‘funcionario público extranjero’ se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por ‘funcionario de una organización internacional pública’ se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre (...).”

En líneas generales, todas estas definiciones de funcionario público ponen en relieve que lo que caracteriza al funcionario público es el desempeño de una función, es decir se trata de un concepto funcional que se relaciona con la participación de la persona en la función pública, con un título habilitante para hacerlo, conforme lo establece el art. 77 de nuestro Código Penal.

A los fines de conceptualizar al funcionario público, podemos tomar las palabras de Rojas Vargas (2001) quien expresa:

“en términos generales, es funcionario público aquella persona que ocupa un status especial y que tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la Administración” (p. 92).

Es oportuno destacar en este punto las divergencias que se han dado en la doctrina argentina en cuanto a qué debe entenderse por funcionario público en el ámbito penal.

Donna (2018), manifiesta que parecen ser dos las posiciones doctrinarias seguidas en el Derecho Penal argentino: Una primera corriente es seguida por Ramos Mejía, quien

afirma que el término “funcionario público” debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el Derecho Administrativo. En la misma postura se encuentra Soler, quien interpreta que el término “funcionario público” es el previsto por el propio Código Penal, aclarando que el concepto de funcionario público está fijado por el artículo 77 del Código Penal, con validez para las definiciones del presente título, con las excepciones que la propia ley trae. Mientras que una segunda corriente es la asumida por Núñez, quien conceptualiza al funcionario público -en analogía a lo sostenido por Bielsa y Marienhoff - diciendo que en lo que al Derecho Penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación o el ejercicio de funciones públicas. Aclarando que esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público y agrega que excepcionalmente el Código Penal reputa como funcionario público a una persona a la cual no se le ha delegado el ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de autoridad competente. Hace esto en el artículo 239, párrafo segundo, que dispone que a los efectos de los artículos 237 y 238 se reputará funcionario público al particular que tratase de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito (cfr. p. 49-50).

Gordillo (2017) da cuenta que, tradicionalmente, la doctrina viene distinguiendo los conceptos de “funcionario público” y de “empleado público” estableciendo que la diferencia entre ambos radica en que el funcionario decide, ya que representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado, ejecuta, es decir realiza los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios. Sin embargo, el referido autor expresa que tal distinción no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. Además de ello, el autor aclara que dicha distinción tampoco tiene base legal, ya que no se ajusta al derecho positivo, ya que claramente tanto en el Código Civil y en el Código Penal, como en el Estatuto del Personal Civil de la Administración pública Nacional, no se hace distinción entre funcionario y empleado (cfr. cap. XIII p. 1-2).

En suma, Donna (2018) concluye que el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre “funcionarios” y “empleados” y por el contrario establece que todos los agentes de la Administración tienen la misma calificación jurídica, dependiendo de la función. No hay base legal para diferenciar de manera sustantiva al empleado del funcionario, sino sólo en cuanto tenga que ver con la función, ya que ambos pueden entorpecer la marcha de la Administración pública (cfr. p. 53).

CAPÍTULO III

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS: DELITO DE MALVERSACIÓN Y PECULADO

3.1 Introducción

En el presente capítulo, corresponderá ahora sí profundizar en el estudio los tipos delictivos previstos en nuestro ordenamiento, con los cuales se pretende proteger el patrimonio público, específicamente en relación al manejo del mismo, frente a un ataque perpetrado precisamente por el funcionario público que tiene a su cargo su percepción, administración, y /o custodia.

Como hemos hecho mención en los capítulos anteriores, en la actualidad tienen gran trascendencia todos aquellos problemas que se encuentran directamente relacionados con el correcto funcionamiento de la Administración pública y con el fenómeno creciente de la corrupción pública.

Es habitual que cada Estado maneje un gran caudal de dinero y de bienes, con los cuales deberá afrontar los gastos que implica la gestión pública y que posibilita la consecución de sus fines.

Ahora bien, estos fondos se manejan a través de los distintos agentes de la Administración pública, por lo que resulta absolutamente imprescindible prevenir y castigar los comportamientos de los funcionarios públicos, que en el desempeño de sus funciones, hacen uso de las facultades que les son otorgadas para atacar el patrimonio público.

En el presente trabajo se ha decidido abordar únicamente los delitos previstos en el art. 260 y 261 primer párrafo de nuestro Código Penal, esto es el delito de malversación y el de peculado. En relación a ellos, podemos decir que desde una perspectiva político-criminal con la tipificación de la malversación y del peculado el Estado demuestra su

interés de luchar contra la corrupción, fenómeno ampliamente tratado en el primer capítulo de este trabajo.

Por su parte, la tipificación de los referidos delitos resulta indispensable a los fines de evitar precisamente las graves consecuencias jurídico-penales que acarrear tales conductas, principalmente la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la correcta y eficaz gestión de la cosa pública por parte del funcionario, quien debe por el contrario gestionar la cosa pública, a partir del uso eficiente y eficaz de sus bienes, en miras al cumplimiento de los fines del Estado.

En este punto Donna (2018) expresa que con los delitos de malversación de caudales públicos, se tutela el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos, y por su parte, la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios, dependen en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye y de la idoneidad de dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias (cfr. p. 383).

3.2 El delito de malversación. Antecedentes históricos

El delito de malversación se encuentra tipificado en el artículo 260 de nuestro Código Penal, en el cual se describe la conducta del funcionario público que diera a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio se impondrá, además, multa de veinte a cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

Este tipo penal aparece por primera vez regulado en la Ley Federal 49 sancionada el 25 de agosto de 1863 y promulgada el 14 de septiembre de 1863. En efecto, en su artículo 83 contemplaba:

“El empleado en la administración que con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con la pérdida del empleo e inhabilitación por cuatro a seis años para obtener otro, y una multa que no pase de dos mil pesos”.

Mientras que en el artículo 84 se regulaba que si el uso indebido de los fondos fuese sin daño ni entorpecimiento del servicio público, incurrirá en la pérdida del empleo e inhabilitación por cuatro años para obtener otro.

En el Proyecto Tejedor, de 1867, su artículo 412 regulaba la malversación diciendo:

“El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos les da una aplicación distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de seis meses a un año, y además sufrirá una multa de diez al cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultase daños o entorpecimiento del servicio público”.

En el Proyecto de Código Penal de 1881, sus autores Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, mantuvieron la redacción del proyecto anterior, ya que en el artículo 159 establecieron:

“El empleado público que, teniendo a sus cargo caudales o efectos públicos, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión menor y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultase daño o entorpecimiento del servicio público”.

Por su parte en el Proyecto de 1898 de Piñero, Rivarola y Matienzo se realizaron modificaciones en base al Código Español. En efecto en su artículo 306 se estableció:

“El funcionario que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será reprimido con inhabilitación especial de un mes a un año. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, se impondrá además al culpable la pena de multa del cinco al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.

En líneas generales, los Proyectos de 1906 y de 1917 en sus artículos 279 y 260, respectivamente, mantienen la misma estructura en la redacción.

En suma, si bien existen algunas variantes en los diferentes Proyectos, puede advertirse que la redacción de la norma en cuanto a la tipicidad de la conducta del funcionario que diere a los caudales administrados un uso público distinto al establecido por la ley, sin que sea exigible la producción de un daño o un entorpecimiento del servicio, en cuyo caso procede la agravante del delito, se mantuvo incólume.

3.2.1 Bien jurídico protegido

Si bien, en el capítulo segundo del presente trabajo se desarrolló el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, en dicha oportunidad se hizo

mención que luego en cada uno de los delitos tipificados se iba a encontrar un bien jurídico más específico.

En virtud de ello, y teniendo en consideración el tipo previsto en el artículo 260 del Código Penal, resulta apropiado traer a colación la aclaración que realiza Soler (1992) cuando sostiene que:

“con este tipo delictivo se tutela la ordenada inversión de las sumas destinadas a gastos, porque ella presupone que se da a los fondos una aplicación diferente a la debida, pero siempre pública, de manera que no se causa una lesión de carácter patrimonial al fisco, sino que se lesionan intereses administrativos, en cuanto no se cumplen los preceptos reguladores de la inversión de la renta pública y de ello pueden derivar entorpecimientos y daño de todo género para la Administración” (p. 232-233).

Agregando luego el referido autor, que “para que el delito exista es necesario que se disponga de fondos que tengan un destino determinado, específico o genérico, aplicándolos a un caso o género diferente” (p. 233).

3.2.2 *Los elementos de la tipicidad dolosa en general*

Primeramente debemos recordar que cuando analizamos la tipicidad de un delito doloso como los que vamos a abordar en el presente capítulo, es necesario distinguir los siguientes elementos:

En el tipo objetivo:

1. El sujeto activo.
2. La acción típica.
3. El objeto del delito.
4. El sujeto pasivo.
5. Si se trata de un delito doloso de resultado, éste puede ser de lesión o de peligro.
6. Y siendo un delito de resultado, requerirá la existencia de un nexo causal objetivamente imputable.

En el tipo subjetivo:

1. Dolo

2. U otros especiales elementos subjetivos distintos del dolo: motivaciones (por ejemplo odio racial) o intenciones internas trascendentes (con la finalidad de).

3.2.3 *Los elementos del tipo de malversación (art. 260 del CP.)*

“ARTÍCULO 260.- Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.

Entonces, el delito de malversación es un delito doloso de peligro que tiene un resultado material que presenta los siguientes elementos:

3.2.3.1 *Tipo objetivo*

a. Sujeto activo

Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos. En tal sentido, Mañalich (2012) afirma que:

“los delitos de malversación constituyen delitos especiales (propios). Esto se debe, única y exclusivamente, a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público, tal como éste se encuentra definido por el art. 260 del Código Penal” (p. 362).

En relación al mismo, D’Alessio (2009) expresa que se exige una doble condición en éste, ya que:

“debe tratarse de un funcionario público que, además, se encuentre en una especial situación funcional derivada de su carácter de administrador de los bienes a los que se refiere la figura. Es administrador quien está facultado administrativamente para aplicar los bienes a las finalidades legalmente determinadas” (p. 1293).

Es decir, tal como expresa Donna (2018) “el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos” (p. 392).

b. Acciones típicas

Donna (2018) explica que la acción consiste en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario, dentro de la esfera pública. Se trata de una desviación de las partidas asignadas, sin que medie sustracción, pues de existir ésta la acción típica se vería desplazada, encontrando su adecuación en el peculado previsto por el artículo 261 (cfr. p. 386-387).

Resulta importante traer a colación en este punto lo destacado por D'Alessio (2009) quien menciona que el hecho de que la acción típica esté caracterizada por un cambio de destino de los caudales o efectos, exige que estos bienes deban estar sujetos a una finalidad específica destinada por ley, reglamento u orden de autoridad competente. Agregando que en la medida en que este destino no haya sido establecido no puede considerarse que los bienes puedan ser objeto de malversación, pues su utilización dentro del orden administrativo ha quedado librada a la discreción del funcionario público que los administra (cfr. p. 1294).

Por ello, Donna (2018) recalca que la acción típica requiere que exista “una determinación presupuestaria legítima de destino de los fondos, porque sólo existiendo dicha determinación presupuestaria el funcionario puede aplicar los fondos a un destino diferente” (p. 394).

Además de ello, el referido autor menciona que un nuevo destino, no implica que se gaste el dinero, o los fondos o los bienes, ni tampoco que exista un perjuicio concreto para la Administración pública en el sentido económico, ni menos aún que el funcionario tenga el dolo del perjuicio. El delito se consuma con la acción del funcionario público de darle a los caudales o efectos un destino distinto al que tenían asignado. Aclarando que en eso radica la esencia del delito, esto es “el propósito de poner orden en la burocracia estatal y quitarle la posibilidad de que decida sobre los bienes del Estado” (p. 391).

c. Objeto del delito

Donna (2018) expresa en cuanto al objeto del delito, esto es caudales o efectos, que es necesario distinguir que la expresión “caudales” no sólo se reduce al dinero, sino que

comprende toda clase de bienes susceptibles de valor económico, [conforme lo establece ahora el Capítulo Cuarto del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 15 y 16]. Mientras que término “efectos” está dirigido a los valores en papel, sellos, estampillas, en fin a los documentos de crédito emanados del Estado nacional, provincial o de las municipalidades (cfr. p. 387).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define en su artículo 2 a los bienes diciendo que: “Por “bienes “se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

En cuanto al carácter de los caudales o efectos, la ley exige que éstos sean administrados por el autor, esto es aquellos bienes que éste maneja o puede disponer en su función.

d. Sujeto pasivo

Se trata de un delito que no requiere ninguna cualificación especial, la víctima es la comunidad en lo que atañe a los bienes colectivos que se predicen afectados por los delitos contra la Administración pública, entendiendo al ciudadano como beneficiario de los servicios prestados por aquella.

e. Resultado

El delito de malversación es un delito de resultado de peligro, ya que como bien señala Mañalich (2012) “no es esencial en lo absoluto que llegue a producirse un menoscabo para el desenvolvimiento del servicio público en cuya gestión debían ser aplicados los caudales o efectos desviados” (p. 370). [Ahora si se produce daño o entorpecimiento del servicio, correspondería la aplicación del agravante].

f. Nexa causal objetivamente imputable

El resultado de peligro debe haber sido producido por el autor a través de la comisión de alguna de las acciones mencionadas en el tipo. Es decir, debe haber una relación de causalidad objetivamente imputable entre la acción típica y el resultado de peligro.

3.2.3.2 Tipo subjetivo

El delito de malversación, desde la óptica de los elementos subjetivos, sigue manteniendo una estructura de comisión dolosa. Para algunos autores, (Buompadre-Donna) requiere un dolo directo, mientras que para otros (Creus- D'Alessio) admite que se actúe con dolo eventual.

Donna (2018) entiende que el tipo penal requiere dolo directo en el sentido de que el sujeto debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace de ese destino. No requiere fin de lucro, ya que de ser así se estaría en los límites del artículo 261 (cfr. p. 393).

Por su parte, Creus (1997) por entender que el aspecto volitivo requiere la voluntad de dar una aplicación distinta a los bienes, sería admisible que se actúe con dolo eventual (cfr. p. 321).

3.2.4 Consumación y tentativa

D'Alessio (2009) expresa que en el delito de malversación de caudales públicos no se exige una lesión de carácter patrimonial o similar. Se trata de un delito de peligro, porque la aplicación indebida de los bienes puede amenazar el correcto funcionamiento en el orden patrimonial de la Administración pública (cfr. p. 1295).

Donna (2018) explica que el delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto al asignado por la ley, el reglamento o la orden administrativa. La utilización consiste en darle al bien un destino distinto al que tenía. Agregando luego que el delito por tanto, admite tentativa, que sería el caso en que el autor comience a realizar actos para cambiar el destino de los bienes y no puede hacerlo por razones ajenas a su voluntad, refiriendo luego el citado autor que para Creus, se trata de un delito de peligro que tiene un resultado material, motivo por el cual también admite la tentativa (cfr. p. 395).

3.2.5 Malversación agravada

La malversación agravada, se encuentra regulada en última parte del artículo 260, cuando se establece que el daño o entorpecimiento del servicio al que estaban destinados los bienes agrava la figura.

Donna (2018) expresa que por daño debe entenderse “todo efecto perjudicial para el servicio” Este daño puede ser, tanto económico, como en la prestación misma del servicio. Por entorpecimiento se entiende cualquier inconveniente en la prestación de servicios según los programas estipulados o las posibilidades que éstos tienen (cfr. p. 395-396).

Como bien aclara Donna en la obra reseñada, la norma exige tal como está redactada, que el daño o el entorpecimiento se produzca a causa de la malversación, esto es, el desvío de los bienes. De modo que si el daño o el entorpecimiento se imputan a otra causa, no se podrá aplicar la agravante. Para continuar diciendo que se aplica la agravante aunque el lugar de la Administración pública donde se destinaron los bienes haya obtenido beneficio, si, en cambio, en el lugar original de los bienes se ocasionó un daño o entorpecimiento (cfr. p. 396).

3.2.6 Conductas delictivas o infracciones administrativas

Sin duda, éste es uno de los cuestionamientos que se analizan habitualmente a la hora de encuadrar un hecho en la figura típica del artículo 260 de nuestro Código Penal. En razón de que precisamente es un tema complejo, el poder determinar si se está frente a una falta administrativa del funcionario o si en el caso su conducta constituye delito.

Ello, se debe en parte a que el funcionario público en el ejercicio de sus funciones requiere un cierto marco de discrecionalidad para el desarrollo de la gestión administrativa encomendada, lo que sin embargo no lo autoriza a actuar arbitrariamente y en desmedro de la consecución de los fines que le fueron encomendados alcanzar.

En relación a este punto, Bacigalupo Saggese (2016) en líneas generales expresa que la función constitucional de la Administración pública consiste en servir con objetividad los intereses generales, actuando a tal efecto con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Agregando que el correlato necesario de lo anterior es el sometimiento de la entera actividad administrativa al control jurisdiccional. Sin embargo, aclara el referido autor que la función constitucional de la Administración consiste en servir eficazmente

los intereses generales, y que esta función no la puede cumplir una Administración cuya actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional con alta densidad regulatoria ya que la realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de potestades flexibles y fácilmente adaptables a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente (cfr. p. 82 y ss.).

Por su parte, Namer (2019) expresa que más allá de lo atinente al margen de discrecionalidad en el ejercicio de la Administración pública, el tipo de conductas propias del delito de malversación de fondos públicos, bien podría ser objeto de tratamiento del derecho disciplinario dentro de la propia Administración. Aclarando que en este sentido, en el ámbito de esta rama del derecho se tienen en cuenta los propios intereses de la Administración en miras al cumplimiento de sus funciones, y son sus mecanismos internos los que aseguran el vínculo entre relaciones especiales de sujeción, deberes y responsabilidad, moralidad y función pública (cfr. p. 111).

Gómez Pavajeau (2007 citado en Namer, 2019) refiere que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida a partir de la atribución de una función pública; de manera que el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública. En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida por la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneren el ordenamiento superior u legal vigente, así como por la omisión o extralimitación de sus funciones (cfr. p. 111).

Con lo reseñado anteriormente, podemos advertir que es difusa la línea entre el ámbito de actuación propio de la Administración pública y el que por las características del hecho deba ser sometido a un control jurisdiccional y a una eventual sanción penal.

Balmaceda Hoyos (2014) expresa que basándose en ese margen de discrecionalidad que debería tener el funcionario público a la hora de ejercer su función, parte de la doctrina cuestiona la justificación actual de esta figura, incluso apoyando su despenalización, basándose en las siguientes ideas matrices: (i) su único fundamento es la desobediencia a una norma o instrucción sobre cómo han de ser invertidos ciertos fondos; (ii) su escasa gravedad, y que no se relaciona con un perjuicio al patrimonio público; y (iii) el principio de mínima intervención penal (*extrema ratio*), argumentos todos que abogan por que sea reconducida a un ilícito administrativo (cfr. p. 109).

Un claro ejemplo de ello, se dio en la legislación española, que despenalizó el supuesto de malversación de caudales públicos por desvío de partidas presupuestarias a otros rubros dentro de la propia Administración pública, prefiriendo de esa forma no exponer al funcionario que debe tomar decisiones diarias con respecto a las actividades a las que destina los fondos recibidos.

Abonando esta postura, Sanz Mulas (2017) expresa que, “cuando es el propio administrador público quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, puede resultar complicado, democráticamente hablando, un control externo y *ex post* acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos” (p. 12). De hecho la referida autora menciona que al existir una legislación del gasto público tan profusa y exhaustiva, la infracción de facultades de administración, resulta sencilla y hasta habitual, por lo que el tipo del art. 432 puede presentar una vocación expansiva alarmante, dado que la conducta típica no se encuentra limitada por la gravedad o flagrancia. Además de ello, posteriormente expresa que debemos recordar que a veces la Administración se limita a realizar “gastos de transferencia”, es decir pagos a los ciudadanos sin contrapartida y que luego si también tenemos en cuenta que la Administración realiza gastos en su actividad de fomento, en su actividad promocional y en el desarrollo de políticas asistenciales, cuya concreción y definición del gasto viene atribuido a la autoridad política, que a su vez es el ordenador de pagos, es peligroso que sea el juez quien, “por su propio imperio” y tras constatar infracción por leve que sea en la ejecución presupuestaria, reinterprete la función que el gasto está llamado a cumplir en esa

concreta política, declarando la concurrencia de perjuicio típico por desviación de fines conforme al concepto personal o funcional de patrimonio. Concluyendo por tanto la referida autora que: “solo cabría hablar de administración desleal del patrimonio público y por tanto de malversación, cuando la subvención se entrega desconociendo el procedimiento adecuado y además, en unas condiciones en las que resulta imposible que se alcance el fin perseguido” (p. 13).

Otra postura, que por el contrario reivindica que debe castigarse la conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente, lo hace en razón de entender que la vía sancionatoria administrativa, puede ser eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, pero es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, como cuando un Ministro es el autor del desvío.

En este punto, Mir Puig (2015), llama a la reflexión diciendo:

“sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos” (p. 190).

Luego de haber hecho mención de las posturas existentes en cuando a la criminalización o no de las conductas analizadas, es necesario traer a colación lo ya mencionado en el Capítulo 2 punto 1.4 en relación a los principios de eficiencia y eficacia. En efecto, en el presente trabajo se ha hecho hincapié en que para que el Estado pueda cumplir sus fines constitucionales, la gestión de la cosa pública debe ser llevada a cabo a partir del uso eficiente y eficaz de sus bienes, siempre en miras al destino que se definió de antemano por los poderes del Estado.

Por ello, a pesar de que habitualmente en estos casos se entienda que no existe un perjuicio patrimonial para la administración, desde una visión netamente económica, ya que la partida presupuestaria en su caso sigue destinada a un fin público, la realidad es que cuando el funcionario público le da a los causales o efectos que administra de manera arbitraria e injustificada, una aplicación diferente a aquella a la que originariamente estaban destinados, sí se puede causar un grave daño al servicio

público, ya que el fin al que se encontraba encomendado la misma, no se va a poder cumplir o bien lo será en forma deficiente.

En razón de ello, considero que resulta necesario mantener la tipificación de estas conductas, siempre en los casos en los que se cause un grave daño a la prestación de servicio, y no en principio, cuando haya solamente un cambio de destino que no afecte la prestación del servicio.

En tal sentido Namer (2019) expresa:

“no caben dudas acerca de que la tipificación de la conducta ya no puede ser el simple cambio de destino, que sí coartaría la actuación del funcionario limitando sus posibilidades de una gestión eficaz y efectiva. El cambio típico debería ser aquel que venga acompañado de un perjuicio a fines sociales superiores en desmedro de otros superfluos que, lejos de resguardar el interés general, lo pongan en peligro” (p. 125).

Entonces, será tarea del juzgador en cada caso en concreto el analizar la afectación, grave o no, de la prestación del servicio público.

3.3 El delito de Peculado. Antecedentes históricos

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 261 de nuestro Código Penal, en el cual se describe la conducta del funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Teniendo la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración pública.

El peculado, como ya hemos mencionado en el capítulo segundo al hablar del patrimonio, tiene su origen también en el Derecho Romano, en el “*peculato*” (hurto al patrimonio del pueblo romano) pasando luego a considerarse como hurto de cualquier cosa mueble perteneciente al Estado, constituyendo un genuino delito contra la propiedad pública, llegando a ser castigado con la muerte.

Este tipo penal, al igual que la malversación, también aparece por primera vez regulado en la Ley Federal 49, promulgada el 14 de septiembre de 1863, en efecto en su artículo 80 expresa:

“El administrador, recaudador o receptor, depositario de caudales y todo el que tuviere obligación de dar cuentas al Gobierno Nacional, que distrajere, sustrajere o hurtare los caudales públicos o privados, los efectos de crédito representativos de esos valores, o cualesquiera documentos, títulos, actas, o efectos mobiliarios puestos en su poder en razón de su cargo. Si el que hurtare los caudales o valores no fuere empleado encargado de su custodia, sufrirá la misma pena.”.

En el Proyecto Tejedor, de 1867, ya no se refiere al empleado que distrajere, sustrajere o hurtare los caudales, sino que su artículo 413 describía la conducta del empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra, diferenciando la pena para los casos en que el empleado reintegra después de haber causado daño al servicio o bien si el reintegro se verificó antes de haber resultado el daño o entorpecimiento o bien en el caso de que no medie reintegro espontáneo. En este proyecto se elimina a los bienes privados como objeto de protección.

En el Proyecto de Código Penal de 1881,¹⁵ sus autores Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, mantuvieron la redacción de la Ley Federal N° 49, ya que en el artículo 161 establecieron: “El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia será castigado”.

Por su parte en el Proyecto de 1898 de Piñero, Rivarola y Matienzo en el art. 308 se establece: “El funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría de tres a diez años e inhabilitación absoluta perpetua.”

Finalmente, la Ley 16648 (1964) sanciona el actual texto, con el agregado del peculado de trabajos o servicios, que tiene como antecedente directo el Proyecto de Reforma de Código de Penal de Sebastián Soler de 1960.

3.3.1 Peculado de caudales o efectos: Art. 261 primer párrafo del C.P.

¹⁵ En la página web: bibliotecadigital.gob.ar del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se puede consultar cada uno de los Proyectos de Código Penal para la República Argentina, en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/891> [consulta: 22 de marzo de 2022].

Como ya se ha hecho mención en el presente trabajo únicamente se analizará lo prescripto por el primer párrafo del artículo 261 de nuestro Código Penal, esto es el peculado de caudales o efectos.

3.3.2 Bien jurídico protegido

En relación a este punto vale destacar que son de aplicación los conceptos vertidos a la hora de señalar el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos.

Si bien en este tipo delictivo se advierte una mayor afectación patrimonial, en razón de que los caudales han sido sustraídos, distraídos o hurtados por el funcionario, y no han sido aplicados a otro fin público, como lo es en el delito de malversación, no debe perderse de vista que lo esencial sigue siendo el cumplimiento del deber del funcionario con la ley que ordena el destino de los fondos. Resultando decisivo el quebranto de la confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales.

3.3.3 Los elementos del tipo del delito de Peculado de caudales o efectos: (Art. 261 primer párrafo del C.P)

“ARTÍCULO 261: Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo (...)”.

Entonces, trayendo a colación lo mencionado en el punto 1.2.2 del presente capítulo sobre cuáles son los elementos de la tipicidad dolosa en general, el delito de peculado es un delito doloso de peligro que presenta los siguientes elementos:

3.3.3.1 Tipo objetivo

a. Sujeto activo

Se trata al igual que en el delito de malversación de un delito especial propio, por lo que en este punto me remitiré a lo reseñado en apartado 1.2.1.1.a. del presente capítulo.

Ahora bien, en cuanto a la especial relación que tiene el sujeto activo con los bienes que le han sido confiados, el tipo delictivo requiere que este los tenga bajo su administración, percepción o custodia.

En líneas generales se entiende que la *administración* puede considerarse como un término más amplio con respecto a la custodia o a la percepción. El término administración representa algo más que tener la custodia o la percepción de los bienes.

Sin embargo, tener la administración de un bien, no necesariamente implica tenerlo en su poder, por ello la necesidad de diferenciar tales términos en la conducta típica.

Carrera (2005) entiende que el funcionario que administra es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, tiene la facultad de disposición. Es decir que está autorizado legalmente para afectar bienes públicos a un destino determinado, siendo el mismo por tanto quien va a realizar su imputación (cfr. p. 153).

Creus (1992) por su parte afirma que el carácter de administrador, se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente. No es administrador quien solo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos, ni los simples custodios de los bienes (cfr. p. 286-287).

Por su parte, el término *percepción* es definido por Carrera (2005) como “la facultad de la Administración pública para recibir bienes, en concepto de tributos o derechos por servicios a su cargo, desarrollada por funcionarios competentes” (p. 110). Aclarando seguidamente el referido autor que el perceptor entonces generalmente recibe, y entrega inmediatamente al administrador o al custodio (cfr. p. 110).

Donna (2018) expresa que por *custodia* se entiende “guardar con cuidado y vigilancia, en este caso los caudales o efectos públicos” (p. 409-410). Por ello, aclara el referido autor que la custodia implicará la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, bastando con que al menos en algún momento, los bienes le fueron confiados en custodia en razón de su cargo (cfr. p. 410).

En relación a este punto Carrera (2005) expresa que estará establecida entonces la relación de custodia, cuando los bienes estén a cargo del funcionario para que los vigile y los cuide para su conservación. Entendiendo que la custodia implica, por tanto, que el funcionario ejerza la tenencia de los bienes. Luego de ello, Carrera define a la custodia diciendo que es “la facultad de la Administración pública de guarda y conservación de sus bienes, desarrollada por los funcionarios competentes” (p. 142). Agregando también que la ley no exige una relación permanente, sino que es suficiente que en un momento determinado los bienes le sean confiados en custodia por razón de su cargo (cfr. p. 142).

b. Acciones típicas

Como se ha mencionado anteriormente, la acción típica del peculado consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones.

Etimológicamente la palabra sustraer o substraer, según el diccionario de la Real Academia Española¹⁶, viene del latín “*subtrahere*” que significa apartar, separar, extraer, restar.

Entonces el peculado se materializa en la idea de separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración pública.

En relación al verbo típico, es decir en cuanto a cómo debe interpretarse éste, en la actualidad son dos los criterios que predominan en nuestra doctrina. Carrera (2005) expresa que por un lado, están quienes consideran que el término “sustracción” debe interpretarse en estos casos como equivalente a “apropiación”, entre ellos Núñez, quien entiende que sustrae el funcionario que ilegítimamente se apropia de los bienes que administra, percibe o custodia, exigiéndose un *animus domine* del funcionario. Otros, entienden que la sustracción del peculado equivale a todo acto que importe separar, apartar, quitar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración pública, criterio que predomina en la doctrina y en la jurisprudencia (cfr. p. 158 y ss.). [A la cual el referido autor adhiere].

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española véase en: <https://dle.rae.es/sustraer> [consulta: 23 de marzo de 2022].

En esta última corriente, se enrola también D'Alessio (2009) para quien en estos casos, el funcionario quebranta la buena marcha patrimonial de la Administración pública mediante la violación de su deber de probidad, apartando o separando el bien, cuando no lo debía hacer y aún con la intención de volverlo a llevar a la Administración pública. Por ello se dice que lo relevante es que se aparte, separe o extrae, sin perjuicio de la existencia o no de una finalidad en particular- de apoderamiento, apropiación e incluso de restitución- que exceda la mera vulneración del vínculo administrativo en cuestión, y sin resultar necesario para la configuración típica que el sujeto activo se haya enriquecido personalmente a través de dicha sustracción (cfr. p. 1298).

c. Objeto del delito

Al igual que en el tipo penal contemplado en el artículo 260, el delito de peculado tiene como objeto los “caudales o efectos”, por lo cual respecto a los mismos caben las consideraciones efectuadas en el punto 1.2.3.1.c del presente capítulo.

d. Sujeto pasivo

En este delito también se considera que la víctima es la comunidad, por entender que los delitos de malversación protegen el uso eficiente y eficaz del patrimonio público, para así asegurar la vigencia de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

e. Resultado

El delito de peculado, es también un delito de resultado de peligro, como lo es el delito de malversación de caudales. Buompadre (2011) considera que no es necesario que se produzca un perjuicio económico en la actividad patrimonial de la administración [distinguiéndolo de tal manera entonces de los delitos de lesión, postura a la cual adhiero]. Mientras que para otra parte de la doctrina, entre los que se encuentran Núñez y Fontán Balestra, el delito de peculado es un delito de resultado, que exige la lesión patrimonial de la administración (cfr. p. 661).

3.3.3.2 *El tipo subjetivo*

Donna (2018) expresa que el delito de peculado es un delito doloso que sólo requiere que el sujeto conozca el carácter del bien y realice la acción típica. De modo que no es

necesario buscar ánimo especial alguno, ya que no sólo no lo exige el sentido de la ley, sino que menos aún está regulado por la ley (cfr. p. 416-417).

Por su parte D'Alessio (2009) expresa que si se sostiene que la acción de sustraer no envuelve connotaciones subjetivas particulares, no cabe lugar a considerar la existencia de elementos distintos al dolo. Aclarando que este consiste en el conocimiento del carácter de los bienes y la situación funcional que los vincula con el sujeto, y la voluntad de separar el objeto del ámbito administrativo. Para luego aclarar que quienes definen el verbo sustraer como una apropiación se ven precisados a incluir un ánimo especial en el tipo subjetivo *-animus domini-* (cfr. p. 1299).

3.3.4 *Consumación y tentativa*

Buompadre (2011) considera al peculado como un delito de mera actividad que se consuma cuando se produce el quebrantamiento de la esfera de disponibilidad en la que se encontraban los bienes, independientemente de la producción de un perjuicio económico en la actividad patrimonial de la administración o de que deba concurrir por parte del funcionario la obligación previa de rendir cuentas de su gestión (cfr. p. 661).

Por su parte Namer (2019) expresa que si se parte de la base de que los delitos de malversación protegen el uso eficiente y eficaz del patrimonio público para asegurar así la vigencia de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el delito queda consumado entonces cuando el caudal o efecto de que se trate, debiendo estar disponible para el cumplimiento de los objetivos de la gestión estatal, no lo está. Agregando que los caudales y efectos que el funcionario tiene a su disposición para el desarrollo de sus funciones y para llevar adelante una gestión efectiva que cumpla con los compromisos de área a su cargo- y que, a su vez, se insertan en el cumplimiento de los servicios de toda la Administración en miras al interés general- deben estar disponibles para la Administración pública en virtud de la planificación general de objetivos y distribución de recursos que de manera permanente efectúa el Estado a través de sus órganos específicos (cfr. p. 137).

En cuanto a la tentativa, se considera que es admisible ya que es posible distinguir pasos de acción previos a la consumación que tengan carácter de actos ejecutivos.

3.4 *Autoría y participación en los delitos de malversación de caudales públicos*

Como ya ha sido abordado anteriormente en oportunidad de analizar el sujeto activo de estos delitos, el autor solamente puede ser un funcionario público que en razón de su cargo, tenga la administración, percepción o custodia de los bienes.

Si bien, a la malversación se la suele incluir dentro de los delitos especiales impropios, en razón de que tiene puntos de contacto con delitos comunes contra la propiedad, tales como el hurto, la apropiación indebida y la administración fraudulenta, en la actualidad la doctrina concibe a los delitos de malversación de caudales públicos como delitos especiales propios. Siguiendo dicha corriente Mañalich (2012) expresa, que los delitos de malversación constituyen delitos especiales *proprios* y esto se debe, única y exclusivamente, a que la posición del destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es delictivo sólo puede ser ocupada por una persona que exhibe el estatus de funcionario público (cfr. p. 362).

De hecho, como hemos advertido anteriormente en los delitos de malversación y de peculado mal puede hablarse del patrimonio como único bien jurídico protegido. Entonces, las razones que justifican una tipicidad especial y autónoma para éstos casos, la diferencian sustancialmente de los delitos comunes con los que pueda relacionarse y justifican su encuadre como delitos especiales propios.

Otro punto a destacar es que estos delitos no se tratan de delitos de propia mano, que exigen una ejecución personal o directa del tipo penal, porque la acción puede ser realizada a través de un tercero que obre bajo coacción, error u otra circunstancia que excluya su responsabilidad en el hecho.

Sin embargo, lo planteado anteriormente no significa abrir una ventana de impunidad para aquellos sujetos, terceros, que sin revestir la calidad de funcionario, tengan algún tipo de intervención en la comisión del delito. En este punto la doctrina se halla dividida de hecho existen múltiples teorías que han tratado de explicar cómo responde jurídicopenalmente un *extraneus* cuando concurre un *intraneus* en la configuración de estos injustos.

Ahora bien, en relación a ello no podemos dejar de mencionar que tradicionalmente para distinguir autores de partícipes, la doctrina dominante se sirve de la teoría del dominio del hecho, distinguiendo por tanto que será "autor" aquel que ejecute los

hechos típicos con dominio del hecho y será "partícipe", aquel que colabore con éste en la ejecución de tales hechos sin poseer tal dominio del hecho.

Sin embargo, en los delitos especiales donde el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal, se discute cual es el rol que debe atribuirse a otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, y que no posean dicha cualidad, aunque hayan tenido efectivamente un dominio del hecho.

Abanto Vázquez (2004) plantea que en estos casos debemos dilucidar cómo deben aplicarse las reglas de "autoría y participación" cuando intervienen en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal *intranei* como otros que no la poseen *extranei*. Aclarando que es esta *participación del extraneus en los delitos especiales* la que ha generado desde antiguo mucha polémica en la doctrina penal alemana, y algo más tarde en la hispanoamericana, llevando a soluciones de lo más dispares que van desde la impunidad total del *extraneus* (y en muchos casos también la del *intraneus*) hasta su punibilidad como partícipe del hecho punible del *intraneus*, o incluso como autor del delito común subyacente (en los delitos especiales impropios) (cfr. p. 4-5).

Ante esta problemática planteada el referido autor entiende que existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: emplear como se hace en los delitos comunes la teoría de "el dominio del hecho", o recurrir a la teoría de la "infracción del deber".

Aclarando luego que la mayoría de los autores, aplican de distinta manera, los principios de la teoría del *dominio del hecho* también en los delitos especiales, refiriendo que se han planteado sobre todo dos posibilidades:

1) Quienes sostienen la tesis de la *ruptura del título de imputación*, se apoyan en la incomunicabilidad de las circunstancias personales. Para tal corriente, ante la concurrencia de un *intraneus* y un *extraneus*, el *intraneus* responderá en relación al deber institucional que le compete. En el caso del *extraneus*, se deberá romper el título de imputación, respondiendo cada sujeto según su actividad delictual, cuantitativa y cualitativamente. Por ejemplo, ante el delito de peculado, el funcionario público que se

encuentre como protector o garante de los recursos públicos objeto del delito, responderá por su calidad de funcionario público como autor del delito de peculado. Mientras que si para la comisión de este ilícito, un *extraneus* colabora dolosamente con el funcionario público, este responderá como cómplice, pero de un delito común análogo o adyacente al delito especial por el cual ha respondido el *intraneus*, para este caso, el delito de hurto.

2) Por otro lado, quienes sostienen la tesis de la *unidad del título de imputación*, fundamentan esta teoría en la preservación del hecho punible como un solo acto. De ese modo consideran que la calificación jurídica de los intervinientes en el hecho punible será la misma, con diferentes grados de participación, es decir no cabrían distinciones en relación a las condiciones personales para la imputación de un delito especial propio, sino que esta imposición de deber de uno de los sujetos, sustentaría el tipo de participación en el delito. Según esta concepción el *extraneus*, no podría ser autor del delito especial, pero sí podría ser partícipe del mismo, pues no hay impedimento si tenemos en cuenta que aquel que tiene el dominio será penalmente responsable como autor y aquel que colabore con la realización del delito será partícipe (cfr. p. 5-6).

Seguidamente Abanto Vázquez (2004) expresa que desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, aún dentro de la corriente que defiende la unidad del título de imputación, hay casos en los que dicha teoría presenta vacíos, dando como ejemplo un caso que ha sido muy discutido en la doctrina, y que se da cuando se intenta fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus* que actúa voluntaria y conscientemente en la ejecución del delito, que es el caso conocido en la doctrina como del “instrumento doloso no cualificado”. Para continuar diciendo que aplicando aquí estrictamente la teoría del "dominio del hecho" tendría que, en los delitos especiales impropios, aplicarse al *extraneus* la pena por autoría del delito común y, al *intraneus*, solamente una sanción penal como partícipe de este delito común y en los delitos especiales propios sería inevitable la impunidad de ambos, por lo que la conducta del *extraneus* sería atípica y, por accesoriad limitada, la del *intraneus* también lo sería (cfr. p. 6-7).

Dando cuenta el referido autor que ante la posibilidad de impunidad en estos casos, entre otras cosas, Roxin desarrolló la teoría de los delitos de infracción de deber, como

una herramienta teórica para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales. Aclarando que Roxin afirma básicamente lo siguiente:

a) Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre "delitos de dominio" y "delitos de infracción del deber". En los primeros, el legislador presupondría el "dominio" de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal iría dirigido a la "infracción" de un "deber específico" del sujeto activo sin importar cómo la realicen. En este segundo grupo se ubicarían, básicamente, los "delitos especiales", los delitos de "omisión" y los delitos "de propia mano"; sin embargo, el propio Roxin aclara que para tener una mayor precisión sobre el carácter de "delito de infracción del deber" dentro de estos tres grupos todavía se necesitaría un análisis más profundo.

b) Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente distintos principios según el grupo de delitos de que se trate. En el caso de los "delitos de dominio" resulta aplicable la teoría del "dominio del hecho". Pero en el grupo de los "delitos de infracción del deber", la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del *intraeus*. Y cualquier *extraneus* que haya colaborado -de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)- con el *intraeus*, será partícipe de este tipo de delitos (p. 8-9).

Concluyendo entonces Abanto Vázquez (2004) que según la teoría de Roxin, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el *intraeus* sería autor del delito pues habría infringido dolosamente su deber y los que hayan colaborado con él pero no tengan la cualidad específica exigida por el tipo serían siempre partícipes del mismo delito, todo ello sin importar quién haya tenido, durante la ejecución del delito, el *dominio del hecho*. Por lo que entonces, en los casos de instrumento doloso no cualificado, se podría imputar la autoría (mediata) al *intraeus*, mientras que el *extraneus* solamente sería partícipe de aquél (cfr. p. 9).

Namer (2019) por su parte expresa que se define a los delitos de infracción de deber, como aquellos en los que la delimitación de la autoría y la participación adquieren una especial configuración en comparación con los delitos de dominio del hecho. Aclarando que para Roxin (1998 citado en Namer, 2019), el elemento que decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesario para la realización del tipo. Se

trata siempre de deberes que estén antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los deberes jurídico- públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones, o Estados y los mandatos jurídico- civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido del injusto del hecho y porque el legislador lo considera como figura central del suceso de la acción, precisamente debido a esta obligación (cfr. p. 173).

Vale destacar que las conclusiones a las que hemos arribado en relación a la autoría y participación del *intraneus* y *extraneus* en los delitos especiales, suponen connivencia entre ambos para la comisión de delito. Ahora bien, resulta entonces necesario plantear la situación de aquellos casos en los que no se da esa connivencia, por ejemplo cuando el *intraneus* actúa sin dolo, por ejemplo bajo la concurrencia de un error de tipo.

Roxin (2016), para darle solución a éste problema propone distinguir entre la cuestión de carácter doloso requerido por el hecho principal en los delitos de dominio y la diferente situación en los delitos de infracción de deber. Sostiene que si se admite que la autoría supone el dominio del hecho y la participación una cooperación sin dominio, resultará difícil imaginar la inducción a un hecho no doloso. Sin embargo, la accesoriadad se puede considerar de forma cualitativa o cuantitativa. La cualitativa se refiere a la calidad del hecho principal desde el punto de vista de la subjetividad del autor (dolo o imprudencia). La cuantitativa se refiere al grado de realización del hecho que debe haber alcanzado el hecho principal (al menos, comienzo de ejecución) (cfr. p. 354 y ss.).

Entonces, a partir de dicha distinción Roxin aborda la problemática desde la accesoriadad cualitativa y concluye que, si bien es cierto que debe haber dolo para aceptar participación en los delitos de dominio, es otra la situación en los delitos de infracción de deber, porque en ellos la participación no se define como falta de dominio del hecho, sino como falta de infracción de deber, no modificándose la estructura de estos delitos por el hecho de que el obligado que infringe el deber obre sin dolo.

Concluyendo Roxin que caracterizando al partícipe ya no mediante la cooperación sin dominio del hecho, sino mediante la intervención sin infracción de deber especial, su

estructura no se modifica porque el obligado obre sin dolo. De un modo u otro se da una producción de resultado fuera de la obligación y la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, es este contexto se revela como absolutamente irrelevante.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

4.1. Introducción

En el presente capítulo se procederá al análisis de los casos más resonantes de corrupción, existentes en la jurisprudencia argentina, tanto a nivel nacional como provincial, relativo a los tipos delictivos investigados.

A partir de dicho análisis, se podrá vislumbrar las dificultades o no en la aplicación de los tipos delictivos a los casos concretos, advirtiendo además si es que respecto de las referidas normas existen problemas de interpretación o en su caso de lagunas de punibilidad que requieran una eventual reforma legislativa.

Además de ello, se podrá advertir a partir de dicho análisis la voluntad y capacidad institucional existente, para que las infracciones sean detectadas y castigadas en tiempo razonable.

También se hará especial hincapié en el tiempo que demanda el trámite de las causas de corrupción, y en consecuencia las implicancias de tales tiempos, que incluso han dado fundamento a decisiones de tribunales orales de no juzgamiento de los imputados, por cumplimiento del plazo razonable, lo que confirma y le da contenido a la sensación de impunidad que se tiene a la hora de analizar los resultados que se obtienen en la persecución de estos delitos.

4.2 Casos de jurisprudencia a nivel nacional

a. Tribunal Oral en lo Criminal N° 4, “Granillo Ocampo, Menem, Cavallo, Alsogaray y otros P/ Peculado”, causa N° 5926/2004, conocida como la causa de los sobresueldos o fondos reservados, la cual tuvo sentencia en fecha 2 de Marzo de 2016, por la cual se condenó a Carlos Saúl Menem, a Domingo Felipe Cavallo y a Raúl Enrique Granillo Ocampo por el delito de peculado, al primero en calidad de autor y a

los demás en calidad de partícipes necesarios. Dicha causa, fue iniciada a partir de la denuncia que realizara Ricardo Monner Sans el día 23 de abril del 2004. En dicha causa, intervino la Oficina Anticorrupción en calidad de querellante.¹⁷

El hecho denunciado consistió en que entre mediados de 1990 y junio de 1994, tuvo lugar una maniobra continua, desarrollada con periodicidad mensual, que consistió en la utilización de partidas presupuestarias de fondos reservados, asignadas a organismos con funciones relacionadas con la seguridad del Estado, (entre los que se encontraron la ex Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE), el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior y el de Relaciones Exteriores), para alimentar un sistema de pagos a las autoridades superiores y otros funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, en forma paralela a las remuneraciones del cargo, operatoria que perduró hasta 1999.

En la referida causa se ventiló que el régimen de administración de fondos reservados previsto por el Decreto Ley 5315/56 y la Ley Secreta 18.302 (1969) resultó plenamente funcional, por cuanto en la práctica permitió un uso discrecional del dinero, tanto por las particularidades en la ejecución del gasto, como por la ausencia total de rendición de cuentas.

En la causa fue de vital importancia la investigación que realizara la Oficina Anticorrupción, investigación plasmada en la Resolución OA N° 849/04, en la que se reveló la existencia de un sistema clandestino de pago a funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, de una determinada jerarquía, instrumentado desde la más alta esfera de dicho poder, que tuvo lugar durante los dos períodos en los que Carlos Menem ejerció la primera magistratura.

De dicha investigación surgió que los fondos con los que se afrontaron tales desembolsos (sobresueldos) habrían provenido de partidas presupuestarias asignadas originalmente a gastos reservados, que son aquellos vinculados con cuestiones de defensa nacional y seguridad, y cuyo régimen especial dificulta, en gran medida, el control estatal (Ley Secreta n° 18.302 y Decreto n° 5315/56). Advirtiéndose que sólo los fondos reservados podían disponerse en efectivo, a diferencia de lo que ocurre en las dependencias de la Administración pública, donde no se maneja dinero, sino que se

¹⁷ Para mayor información se puede consultar la sentencia en: <https://www.cij.gov.ar/nota-20175-Difunden-los-fundamentos-de-la-sentencia-que-conden--a-Menem-y-Cavallo-por-el-pago-de-sobresueldos.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

administran partidas presupuestarias, y no se exigía una rendición de cuentas debidamente respaldada por la documentación correspondiente.

En el referido informe se explicó que el sistema de administración financiera del Estado desde la sanción de la Ley 24.156 (1992) denominada Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, impone a todos los organismos del Estado manejar las erogaciones, pagos y transferencias de los recursos, a través del sistema de “órdenes de pago” y por el sistema de cuenta única del Estado, por lo que no administran dinero en efectivo, ni tienen cuentas de las cuales sus titulares puedan disponer del dinero. Además de ello se precisó que los gastos reservados, a diferencia de los de otro tipo, son depositados directamente en la cuenta de los organismos, por lo que éstos tienen acceso directo al efectivo, destacándose que el carácter “reservado” tiene como efecto que, tanto para la Contaduría General de la Nación como para la Tesorería General de la Nación, no haya ninguna constancia acerca del uso efectivo de esos fondos, ni de su destino, ni siquiera se registran en una contabilidad especial.

Además de ello, en tal informe se consignó que durante el período investigado se incrementaron los fondos reservados correspondientes a varios organismos estatales, y se aumentó el número de dependencias autorizadas para recibirlos. También se reveló que existieron ilegítimas transferencias de dinero, desde Ministerios que no disponían de fondos reservados en favor de organismos que sí se encontraban habilitados, transformando, de ese modo, el régimen de los fondos en cuestión. La operatoria indicada en último lugar fue explicada en forma circunstanciada por la Oficina Anticorrupción en la resolución antes aludida, donde se consignó que se constataron varios actos administrativos “que dispusieron el traspaso de fondos del Ministerio de Justicia a otras jurisdicciones de la Administración pública Nacional.

Conforme a ello, durante la instrucción de la causa se intimó a Carlos Saúl Menem por:

“haber intervenido, durante los dos períodos en los cuales ejerció la Presidencia de la Nación (años 1989/1999), en la ideación e instauración en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional de un sistema mediante el cual se utilizaron fondos provenientes de partidas asignadas por Ley de Presupuesto a gastos reservados (cuya naturaleza sólo estaba referida a la seguridad del Estado),

para entregar sumas de dinero a funcionarios del PEN, en forma adicional y paralela al salario que éstos recibían mensualmente”.

Por su parte a Domingo Felipe Cavallo se le intimó:

“el haber intervenido desde su rol de máxima autoridad del Ministerio de Economía... en la toma de decisiones y la distribución del dinero del sistema ideado e instaurado por el ex presidente Carlos Saúl Menem, mediante el cual se utilizaron fondos públicos provenientes de partidas asignadas por Ley de Presupuesto a gastos reservados... para entregar sumas de dinero a funcionarios del PEN, en forma adicional y paralela al salario que éstos recibían mensualmente” (...).

Por otro lado, en lo que hace a la distribución del dinero derivado del sistema investigado, se le atribuye “haber ordenado a Luis Murina, hoy fallecido, que le entregase mensualmente a Enrique Miguel N’Haux una suma de dinero”.

Además de ello, a Raúl Granillo Ocampo se le endilgó:

“el haber dictado en su carácter de Ministro de Justicia de la Nación ... distintos actos, ya sea decretos o decisiones administrativas, que implicaron transferencias de fondos de esa cartera con afectación específica (fuente 13) hacia la SIDE, la mayoría de las veces a través de la Jefatura de Gabinete (...) De este modo, los fondos de afectación específica del Ministerio de Justicia eran extraídos del mecanismo de control previsto por la Ley de Administración Financiera del Estado, remitidos a la SIDE y desde ésta retirados en efectivo para su utilización en el sistema de pago de sumas a funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, en forma paralela a las remuneraciones establecidas por ley”.

Durante la instrucción de la causa se pudo probar que las maniobras desarrolladas por los imputados constituyeron un verdadero sistema de compensación salarial a funcionarios del Poder Ejecutivo de la Nación. Asimismo, dicho sistema está cargado de irregularidades y utilizado con la más absoluta discrecionalidad, desconociéndose el presupuesto aprobado por el Poder Legislativo, para abonar el salario a funcionarios públicos.

Se trató de un mecanismo de pago ciertamente informal, cuya efectivización no se asentaba en registro alguno ni se labraba ninguna documentación que dé cuenta de ella,

y que se encontraba completamente exento del debido control, por parte de los organismos correspondientes.¹⁸

En la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°4 se dio por probado que entre los años 1989 y 1999 el imputado Carlos Menem, en ejercicio de la Presidencia sustrajo de manera sistemática y continua caudales públicos cuya administración le había sido confiada en razón de su cargo. La acción fue llevada a cabo mediante la asignación mensual, en forma paralela a las remuneraciones del cargo, de sumas de dinero a los funcionarios de la más alta jerarquía de su gobierno, en concepto de gastos protocolares y/o compensaciones y/o sobresueldos, que provenían de partidas presupuestarias asignadas a fondos de carácter reservado, cuya utilización, de acuerdo a las normas legales que las regulaban, se encontraban exclusivamente asignadas a actividades relacionadas a la defensa y seguridad del Estado. En tal resolutive sostuvo el Tribunal que la elección de éste tipo de fondos para la maniobra que desarrollaron los imputados, deriva fundamentalmente de las características particulares de la ejecución de dichos gastos que no requieren rendición de cuentas, otorgando a quien los administra un uso discrecional.

Además de ello, consta en el resolutive que se acreditó, tal como surgió del informe presentado por la Oficina Anticorrupción, que los recursos fueron asignados en primer lugar a la Secretaría de Presidencia de la Nación y luego de la reforma constitucional de 1994, a la Jefatura de Gabinete, con la relevante y necesaria intervención de la Secretaría de Inteligencia del Estado. Luego, desde esas reparticiones se procedió mensualmente al reparto de fondos reservados y/o secretos, para uso personal de los titulares de los respectivos ministerios, secretarías de Estado y funcionarios dependientes, lo que en definitiva significó que los fondos se encontraran fuera de la esfera de custodia de la Administración.

Por lo cual, la maniobra llevada a cabo por los imputados tuvo como fin la sustracción de los fondos que administraba en su rol de Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, separando de la esfera de la Administración pública, aquellos fondos que, por imperativo legal, exclusivamente podían ser utilizados para gastos relacionados a

¹⁸ Para mayor información, puede consultarse el auto de elevación a juicio en: <https://www.cij.gov.ar/nota-6837-Elevan-a-juicio-oral-causa-contra-Carlos-Menem-y-Domingo-Cavallo-por-el-pago-de-sobresueldos.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

cuestiones inherentes a la defensa y seguridad del Estado. La separación de los fondos pertenecientes al erario público se produjo cuando los funcionarios nacionales aludidos se hicieron de los fondos bajo la denominación de gastos protocolares y/o sobresueldos y/o compensaciones, quedando allí consumada la conducta ilícita. A partir de tal momento los fondos quedaron fuera del ámbito de custodia y disposición del Estado Nacional.

Dicha condena fue recurrida por ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual el día 12 de octubre de 2018, resolvió por mayoría rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Saúl Menem y Domingo Felipe Cavallo, y hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Raúl Granillo Ocampo, ordenando absolver al mismo en relación al delito de peculado por el que fuera acusado.¹⁹

En tal resolutivo, la doctora Ángela E. Ledesma que lideró el acuerdo, votó por el rechazo de todos los recursos, principalmente el que aludía al cumplimiento del plazo razonable que debe tener todo proceso judicial, argumentando para su rechazo de que en el caso se había dictado sentencia condenatoria y que además el hecho se había dado en un contexto de corrupción. En ese marco, ponderó las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de corrupción (Convención Interamericana contra la Corrupción -Ley 24.759- y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Ley 26.097-) y señaló la necesidad de realizar un análisis de contexto en virtud de la extensión y características de la maniobra, en tanto se reprochan hechos de corrupción que transcurrieron por más de 10 años en las más altas esferas de Poder Ejecutivo Nacional.

Al respecto la magistrada Ledesma afirmó que “En nuestro territorio, el sistema burocrático de raíces inquisitivas impide que muchas veces se develen las verdaderas dimensiones sociopolíticas de los delitos organizados que afectan al país y sus instituciones, sobre todo cuando se encuentra lesionado el erario público”. Agregando luego:

¹⁹ Para mayor información puede consultarse la sentencia en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32101-La-Sala-II-de-la-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal-confirm---por-mayor-a-las-condenas-de-Carlos-Sa-l-Menem-y-Domingo-Felipe-Cavallo-en-la-causa-de--sobresueldos-.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

“Es que, los graves y múltiples hechos denunciados en la causa que involucran la intervención de funcionarios públicos, dieron lugar a sucesivas medidas de prueba (muchas de ellas de complejidad técnica, como ser, pericias contables y prueba de informes) orientadas a determinar la real ocurrencia de los sucesos y la determinación de quiénes habían sido los autores de una maniobra que duró 10 años en el marco de las más altas esferas del Poder Ejecutivo. Siendo ello así, la multiplicidad de acciones investigadas, justifica entonces el alargado curso de la investigación, máxime cuando se trata de maniobras de alta complejidad, tal como lo destacó el Tribunal en el fallo en crisis”.

b. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Capital Federal, “Fiscal C/ Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma P/ Peculado”, causa N° 1411, sentencia del 18 de Mayo de 2015. Dicha causa tuvo origen a partir de una denuncia que realizara la Sala B de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital, en el año 2004, a quien fuera el Titular del Juzgado en lo Penal Económico N° 4, por una maniobra fraudulenta efectuada en el mes de julio del año 2002, por un monto cercano a los ocho millones y medio de pesos, que tenía bajo su custodia en una causa penal tributaria, en la cual Yoma estaba imputado.

El hecho investigado se desarrollo enteramente en el marco de una causa penal económica, fue en los autos N° 11930, caratulada “Yoma S.A. S/ Infracción Ley 24.769, tramitada por ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N°4. En dicha causa se investigaba el aprovechamiento indebido de reintegros, recuperos y devoluciones de impuestos de la firma Yoma S.A. Fue así que en fecha 8 de mayo de 2002, Carlos Alberto Liporace, el Juez de dicha causa, solicitó al presidente de la Cámara Civil, Comercial y de Minas de la Segunda Circunscripción de Chilecito, La Rioja, a cargo del trámite del concurso preventivo de la firma, que pusiera a disposición de su juzgado, el depósito a plazo fijo de \$11.473.127,21 más los intereses, embargado a la cuenta de AFIP/DGI. Una vez que estuvo a disposición del juzgado de Liporace dicho dinero, el 16 de julio de 2002, éste dispuso, a exclusiva solicitud de la empresa Yoma S.A, el traspaso a una de las cuentas bancarias de dicha firma de \$8.544.050,73, a pesar de que la cuenta de AFIP/DGI estaba sujeta a una medida cautelar de no innovar, dispuesta por el Juez Federal de la Provincia de La Rioja en el marco de la CN21014/01 del Juzgado Federal N°11 de esa ciudad, circunstancia que era conocida por el magistrado en razón de que en el expediente que tramitaba en su juzgado obraba una copia de dicha resolución. Además de ello, Liporace dispuso la transferencia inaudita parte, es decir, sin previo traslado al representante del Ministerio Público Fiscal

ni a la querrela y que incluso las notificaciones de dicha decisión recién se cursaron el día 19 de Julio, y además de ello, concedió los recursos interpuestos una vez ejecutadas las órdenes y sin carácter suspensivo, lo que permitió que dinero girado a la cuenta de la curtiembre Yoma S.A. fuera retirado de la cuenta de manera casi inmediata, lo que derivó en la imposibilidad de recuperar dichos fondos, ya que cuando la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico declaró la nulidad del resolutivo de entrega de dinero y tras haber apartado al Juez Liporace de su cargo, el magistrado interviniente intimó a Guillermo Yoma al reintegro de la suma entregada, invocando el mismo la imposibilidad material de cumplimiento en razón de que para ese momento, el dinero ya había sido empleado.

La mencionada causa obtuvo sentencia en fecha 18 de Mayo de 2015²⁰, por la cual se condenó a Carlos Alberto Liporace a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de peculado, mientras que a Guillermo Luis Yoma se lo condenó a la misma pena por considerarlo partícipe necesario del delito de peculado.

En dicha sentencia se argumentó que se encontraba debidamente probado que Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma sustrajeron ilegítimamente la suma de \$ 8.544.050,73 que se encontraba embargada a la orden de la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas de la Segunda Circunscripción con asiento en la Ciudad de Chilecito Provincia de La Rioja, en el marco del concurso preventivo de la firma Yoma S.A. y sujeto a una medida de no innovar dispuesta por el Juez Federal de La Rioja.

Asimismo, se probó que Guillermo Luis Yoma, en su carácter de presidente de la empresa Yoma S.A, solicitó en el marco del referido proceso concursal se trabara un embargo contra la AFIP-DGI por la suma de \$ 13.206.545,85, correspondiente a reintegros de IVA exportación e IVA, que a su entender no fueron pagados y se encontraban vencidos y expeditos, por lo que la Cámara Civil y Comercial y Minas de Chilecito, ordenó tal embargo, sobre cualquier cuenta de la AFIP- DGI del Banco de la Nación Argentina, embargo que finalmente recayó en la cuenta N° 2482/08 –DGI-

²⁰ Para mayor información, puede consultarse la sentencia en: <https://www.mpf.gob.ar/procelac/files/2015/12/1411-SENTENCIA-YOMA-LIPORACE.pdf> [consulta: 24 de marzo de 2022].

50/616, denominada Obras Sociales del Banco de la Nación Argentina, Sucursal Plaza de Mayo.

Además de ello, se acreditó que el Titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N°4, Carlos Liporace, en el marco de la causa N° 11930, solicitó a la Cámara Civil y Comercial y Minas de Chilecito, La Rioja, la transferencia de dicha suma de dinero a la orden de su juzgado, argumentando que dicho monto estaba siendo cuestionado por la AFIP-DGI, denunciante y parte querellante en su causa. Fue así que una vez que dicho monto fue puesto a disposición del Juzgado N° 4, y a pedido de la Defensa de Yoma, Liporace sin formar incidente, sin correr vista a las partes y sin fundar su decisión en norma legal alguna, ordenó la entrega de \$8.544.050,73 a la firma Yoma S.A., siendo luego Guillermo Yoma, quien extrajo casi inmediatamente, dicha suma de dinero de su cuenta del Banco Macro.

Vale destacar que dicha sentencia condenatoria fue recurrida por ante la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, la cual con fecha 18 de marzo de 2016, convalidó la condena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 al ex juez nacional en lo Penal Económico Carlos Alberto Liporace y a Guillermo Luis Yoma, presidente de la firma Yoma S.A.

c. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de Capital, “Merlino, José, Alsogaray, María Julia y otros S/Defraudación contra la Administración pública”, causa N° 1214, con sentencia de fecha 18 de junio de 2013. En dicha causa se investigaron hechos cometidos en contrataciones de pasantes realizadas por la ex Secretaría de Recursos Naturales, cuya titular era Alsogaray, con la Universidad de Lomas de Zamora. El mencionado Tribunal condenó el día 18 de Junio de 2013, a María Julia Alsogaray, y a sus cómplices Romeo y Merlino, a la pena de cuatro años de prisión, e inhabilitación absoluta perpetua, por el delito de peculado.²¹

Hacia finales de 1992 María Julia Alsogaray en su carácter de Secretaria de la Secretaría de Recursos Naturales y Carlos María Clerc, Rector de la Universidad de Lomas de Zamora, suscribieron un Convenio cuyo objeto era la prestación de asistencia técnica por parte de la mencionada casa de estudios, por intermedio del consejo de

²¹ Para mayor información puede consultarse la sentencia en: <https://www.cij.gov.ar/nota-11671-Condernaron-a-cuatro-a-os-de-prisi-n-a-Mar-a-Julia-Alsogaray-en-un-juicio-oral-por-el-delito-de-peculado.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

asistencia técnica a la nombrada Secretaría en aquellos temas que esta última considerase de interés, conforme lo dispuesto en la primera cláusula, cuyos fondos necesarios para el desarrollo de dicho programa serían aportados por la Secretaría, sin ninguna erogación por parte de la Universidad.

Por su parte, los hechos investigados se remontan al mes de enero de 1993 y hasta el mes de enero de 1995. Entre tales fechas, la titular de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano, María Julia Alsogaray, junto con los coordinadores del Convenio de Asistencia Técnica celebrado entre el mencionado organismo y la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Pascual Antonio Romeo, en su carácter de Director Técnico Administrativo de la Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano, y José Roberto Merlino, en su carácter de docente universitario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, sustrajeron al menos la cantidad de dos millones quinientos cuarenta y nueve mil seiscientos treinta y siete pesos (\$2.549.637) de los caudales públicos cuya administración y custodia le fue confiada a la mencionada Alsogaray, violando todos ellos los deberes confiados, produciendo un significativo perjuicio al erario público, ya que dicho dinero nunca ingresó a la Universidad, ni fue pagado a los pasantes, habiendo sido probado en el debate, la no percepción de dichos pagos por los pasantes, sin perjuicio de existir recibos a nombre de los mismos, quienes durante la audiencia de debate desconocieron su firma en ellos, probándose igualmente la inexistencia de una importante cantidad de pasantes, los cuales figuraban en las listas de pagos, con números de DNI que no les correspondían, es decir se les fraguó una identidad atribuyéndoles un documento que no tenían.

Si bien la sentencia condenatoria fue objeto de recurso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 15 de Septiembre de 2015 terminó finalmente por confirmar lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de Capital.²²

4.3 Casos de Jurisprudencia a Nivel Provincial

En relación a los delitos investigados contamos con un solo pronunciamiento, y es el que fuera emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 del Departamento de San

²² Para mayor información puede consultarse la sentencia en: <http://www.saij.gob.ar/corte-confirma-una-condena-maria-julia-alsogaray-orden-al-delito-peculado-nv12760-2015-09-15/123456789-0abc-067-21ti-lpsedadaveon> [consulta: 24 de marzo de 2022].

Martín, Mendoza, "*Fiscal C/ Salgado, Sergio Hernán, y Ots.*", causa P-4.237/16, N° P-79.691/15, N° P-104.366/14 y N° P-26.565/16, sentencia de fecha 18 de junio de 2018. Sin duda esta es una causa emblemática de la lucha contra la corrupción en la Provincia de Mendoza.

Dichas causas tuvieron sentencia condenatoria en fecha 18 de Junio de 2018. En efecto, en dicho pronunciamiento se condenó al ex jefe comunal del Departamento de Santa Rosa a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer funciones en la Administración pública, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de concusión, desobediencia, malversación de caudales públicos y fraude a la Administración pública, en la modalidad de administración infiel en grado de tentativa.

En una de las causas por la que fue condenado, en la P-104.366/14 se le endilgó el delito de malversación de caudales públicos, atribución en la que centraremos el presente análisis.

El hecho que se atribuyó en la referida causa se remonta al mes de noviembre de 2011, época en la Sergio Hernán Salgado, en su calidad de Intendente de la Municipalidad de Santa Rosa y Leandro Montane, en su calidad de presidente del Instituto de Calidad y Sanidad Agropecuaria de Mendoza (ISCAMEN), suscribieron un convenio en virtud del cual el Instituto acordaba transferirle al Municipio la suma de pesos un millón quinientos mil (\$1.500.000) para ser aplicados a la construcción de una plataforma de servicios ganaderos y el equipamiento de dicha plataforma durante el ciclo 2011/2012.

En cumplimiento del mencionado convenio, el día 30/12/2011, el ISCAMEN depositó en la cuenta n° 63100103/52, que el Municipio poseía en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Santa Rosa, la suma de pesos un millón quinientos mil (\$1.500.000). Sin embargo, el mismo día que se recibieron los fondos, el Intendente del Municipio emitió el Decreto n° 1271/2011, por medio del cual autorizo a la Dirección de Hacienda a hacer uso en forma transitoria de los fondos provenientes del ISCAMEN para hacer frente al pago de haberes del mes de diciembre y de la segunda cuota del sueldo anual complementario de ese año, no habiendo sido luego reintegrados los fondos al ISCAMEN, ni tampoco fueron aplicados a las obras pactadas.

En la sentencia condenatoria se expresó que Sergio Salgado procedió a desviar fondos públicos, recibidos mediante el convenio celebrado entre el Municipio de Santa Rosa y el Iscamen, a un fin distinto al que estaban destinados originalmente, haciendo caso omiso a las instrucciones recibidas por la entidad a las que debía someterse, incurriendo su conducta en el tipo previsto por el artículo 260 de la ley penal sustantiva. Además de ello, se precisó que Sergio Salgado con conocimiento y voluntad utilizó dichos fondos para el pago de haberes y sueldo anual complementario del mes de diciembre de 2011, no procediendo a su restitución sino hasta el 01 de agosto de 2014 mediante decreto N° 620/2014 por el cual ordena la restitución de dicha suma, fuera ya de los límites legales para el cambio de destino transitorio de los fondos.

4.4 *Análisis de casos*

Como se advirtió en la introducción del presente capítulo, cada uno de los casos mencionados en el punto anterior tuvieron gran trascendencia pública, no sólo por la magnitud del perjuicio que causaron los mismos al erario público, sino porque los casos, al menos de nivel nacional, fueron cometidos por los más altos funcionarios, por ese entonces, del Estado argentino.

En cuanto a la figura típica en cuestión, esto es la figura de peculado, aplicada en los casos de corrupción a nivel nacional, se advierte que su utilización no revistió mayores inconvenientes, ni tampoco fue objeto de discusión la aplicación de tal tipo delictivo. De hecho, en cada uno de ellos, los hechos descritos como maniobras delictivas llevadas a cabo por los imputados, consistieron en auténticos casos de sustracción de caudales públicos, sin generar ningún tipo de duda la aplicación de la figura. Tampoco revistió dificultad la aplicación de la figura de malversación en la causa del ex Intendente Sergio Salgado, ya que el haber dispuesto por decreto la utilización de los fondos destinados para la construcción de una plataforma de servicios ganaderos, al pago de los salarios de sus empleados, implicó una auténtica desviación de partida presupuestaria.

En relación a lo antes mencionado, por ejemplo en la causa de sobresueldos los planteos recursivos que tuvo que dirimir la Excma. Cámara Federal de Casación Penal, principalmente se basaron en la extinción de la acción penal por prescripción, en la insubsistencia de la acción penal por violación al principio de ser juzgado en un plazo razonable, por violación a la garantía *non bis in idem*, y por violación a la garantía de

juez natural, a la intervención de la Oficina Anticorrupción como querellante, entre otros.

Únicamente las defensas de Cavallo y Granillo Ocampo cuestionaron la adecuación típica, aludiendo a que sus pupilos nunca tuvieron la administración de los bienes que exige la figura de peculado, sosteniendo en cambio que el hecho encuadraría en la figura de malversación de caudales, prevista en el art. 260 del código de rito.

En razón de dicho planteo, la Excelentísima Cámara Federal de Casación Penal entendió que el mismo debía ser rechazado, por cuanto los jueces no asignaron a Cavallo y a Granillo Ocampo la administración de los bienes, sino el aporte como partícipes necesarios en la sustracción de los bienes cuya administración y disposición estaba a cargo de la máxima autoridad del país.²³

Si bien, en la causa de sobresueldos se pudo probar que antes de que los fondos fueran percibidos por cada uno de los funcionarios, momento a partir del cual se consideraron sustraídos, es decir apartados o separados de la esfera de custodia de la Administración pública, existió el desvío previo de la partida presupuestaria (la cual estaba por disposición legal destinada exclusivamente a gastos reservados y que debían ser utilizados únicamente para afrontar gastos relativos a la seguridad y defensa de la Nación), esta circunstancia sin embargo, no fue objeto de análisis a la hora de analizar la calificación legal en las sentencias estudiadas.

4.5 Estado de situación en la República Argentina

En relación a los tiempos de los procesos, como hemos podido advertir, en los casos de jurisprudencia analizados, los hechos que se investigaron en cada uno de ellos, lograron obtener sentencias condenatorias pasados una importante cantidad de años. En efecto, la causa de los famosos sobresueldos obtuvo condena en el año 2016, siendo que los hechos investigados acaecieron a partir de 1990, es decir 26 años transcurrieron desde el suceso criminoso para que los responsables fueran finalmente condenados. Lo mismo ocurrió con la causa seguida contra el ex Juez Liporace que debió esperar más de

²³ Para mayor información puede consultarse la p. 86 del fallo de casación en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32101-La-Sala-II-de-la-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal-confirm---por-mayor-a-las-condenas-de-Carlos-Sa-l-Menem-y-Domingo-Felipe-Cavallo-en-la-causa-de--sobresueldos-.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

13 años, para obtener condena, y 21 años fue el tiempo de espera en la causa seguida contra María Julia Alsogaray.

Ello no hace más que demostrar las graves falencias del Estado argentino en la lucha contra la corrupción pública.

En este punto, es importante resaltar que en razón de tales circunstancias el Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitó mediante el expediente N° AAD 22/2016 al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, que auditara a los Juzgados y a la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional Federal, en aquellas causas que tramiten acciones por corrupción contra la Administración pública nacional. En razón de tal presentación el Consejo de la Magistratura por Resolución N° 342/16 ordenó que se realizara una auditoría sobre el desempeño de la justicia criminal federal en causas de corrupción que hayan sido iniciadas o tramitadas entre 1996 y 2016, y que cuenten con requerimiento de instrucción por parte del agente fiscal.

Conforme a las directivas impartidas en el mes de abril de 2018, fueron presentados los primeros resultados de la auditoría en el Informe auditoría Res. CM 342/16²⁴, que fuera realizado por el Cuerpo de Auditores designados a tales efectos, quienes debieron auditar durante más de dos años, ciento cuarenta y siete (147) sedes judiciales, haciendo un total de doscientos noventa y cuatro (294) jueces y juezas federales. Como mencionamos anteriormente el trabajo de auditoría relevó los expedientes existentes entre 1996 y 2016 y reveló que, a nivel nacional había un total de 2178 causas en trámite y 7298 culminadas, lo que arroja un total de 9476 expedientes que involucran o involucraron a actuales o ex funcionarios públicos. Asimismo, se aclaró que 923 de las causas en trámite corresponden a los tribunales federales de Comodoro Py, y que el promedio de duración de causas terminadas fue de dos años y nueve meses y el de las que están en trámite es de 3 años, 6 meses y 7 días.

Sin embargo, en razón del inicio dicha auditoría el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (C.I.P.C.E.) organización no gubernamental dedicada a contribuir a la planificación e implementación de políticas de prevención y

²⁴ Para mayor información puede consultarse el Informe de Auditoría del Consejo de la Magistratura en: <http://www.cipce.org.ar/articulo/auditoria-del-consejo-magistratura> [consulta: 24 de marzo de 2022].

persecución de la criminalidad económica, presidida por el Dr. Alberto Binder, en el año 2016 presentó al Consejo de la Magistratura y a la Comisión Bicameral Permanente de Seguimiento y Control del Ministerio Público de la Nación, un listado de 100 causas de criminalidad económica, solicitando que se analice el desempeño de los jueces y fiscales que han intervenido en las mismas, no obteniendo respuestas satisfactorias al día de la fecha.²⁵

Actualmente, el Observatorio de Corrupción del Poder Judicial,²⁶ creado en 2016, lleva una estadística actualizada de todas las causas en las que se investigan hechos de corrupción. Se trata de una plataforma web, de acceso libre, elaborada por la Corte Suprema de Justicia y la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en la cual incluyen todos los datos de los expedientes y estado de las causas, con los enlaces a las diferentes resoluciones dictadas durante el proceso, dicha base de datos cuenta con un buscador, que permite realizar diferentes consultas en función de los denunciados, denunciantes, los delitos investigados, estado de los procesos, etc.

La creación del Observatorio de Corrupción tuvo por finalidad proveer al efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública con los alcances y límites establecidos por la normativa constitucional y legal vigentes, ello en un todo conforme con la Ley 27.275 (2016) denominada Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública, sancionada en el mes de septiembre de 2016.

En la actualidad, figuran registradas en la base de datos del Observatorio de Corrupción, un total de 1672 causas de corrupción, encontrándose en trámite 475 causas, mientras que 1197 figuran como terminadas, datos actualizados al día 24 de marzo de 2022.

Sin embargo, a pesar de cada una de las medidas que ha adoptado la República Argentina para afrontar la lucha contra la corrupción, muchas de ellas, expuestas en el capítulo primero del presente trabajo, se advierte que no han sido suficientes y que por el contrario queda un largo camino por transitar. De hecho, en el ranking anual de la organización no gubernamental Transparencia Internacional, que mide cómo es

²⁵ Para mayor información puede consultarse el pedido de informe en: <http://www.cipce.org.ar/sites/default/files/2016/10/articulos2588.pdf> [consulta: 24 de marzo de 2022].

²⁶ Para mayor información puede consultarse en: <https://www.cij.gov.ar/causas-de-corrupcion.html> [consulta: 24 de marzo de 2022].

percibida la corrupción en el Estado, Argentina decayó, ya que descendió 18 lugares, al pasar del puesto 78 en el ranking de 2020 al 96 el último año, en relación a los 180 países medidos por Transparencia Internacional para la elaboración del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2021.²⁷

Como podemos advertir de la información relevada, nuestro país no es ajeno a las dificultades que conlleva el detectar, investigar y sancionar penalmente los actos de corrupción. En relación a ello, y al tratar de hallar una razón que justifique en principio la situación en la que se encuentra la República Argentina, no podemos perder de vista que el fenómeno de la corrupción administrativa descansa sobre ciertas características que lo hacen más difícil de detectar e investigar, que cualquier otro delito.

Colombo y Honisch (2012) expresan que el contexto propicio para la generación de actos de corrupción es aquel donde impera la falta de publicidad. El intercambio corrupto es por naturaleza opaco, una negación de la visibilidad y ello hace sumamente difícil el descubrimiento de los casos que no suelen dejar más rastros que la percepción de una de las partes en el hecho o la de allegados a las personas involucradas. Para luego agregar que se ha sostenido, que los denominados delitos económicos resultan ineficaces desde un punto de vista político-criminal, entre otras razones porque existen notorias dificultades de prueba en la acreditación de hechos que en muchos casos no se captan por los sentidos, y son por tal motivo, de escasa visibilidad, y que además de ello, si consideramos que la mayoría de estos casos dejan víctimas difusas e incorpóreas, no podremos contar entonces con el testimonio de las mismas, lo que dificulta aún más la acreditación de los hechos (cfr. p. 46).

Como bien reflejan Colombo y Honisch, en los delitos de corrupción nos encontramos a diferencia de cualquier otro delito, con distintas percepciones, podemos decir que existe una percepción social y percepción judicial de los episodios de corrupción. En relación a la primera, se advierte que no es tan claro que un acto de corrupción sea verdaderamente percibido como una acción muy dañina para el conjunto de la sociedad y como tal merecedora de castigo penal. La comparación con otros actos delictivos, tales como robos con armas, homicidios etc., los muestra rezagados en gravedad para la consideración popular, al punto de resultar excluidos de cualquier

²⁷ Para mayor información puede consultarse en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2021> [consulta: 24 de marzo de 2022].

reclamo por la denominada “cuestión de seguridad”, siempre recortada a delitos violentos, de víctimas directas y con capacidad de acceso positivo a las agencias de comunicación, bien atentas en mostrar episodios en donde la clase que consume su información puede verse representada en el rol de la víctima.

En cuanto a la percepción judicial de éste tipo de actos, los referidos autores expresan que la experiencia forense parece mostrar que los responsables de las agencias de administración de justicia, en ciertos casos, actúan o reaccionan de manera diferente cuando se dan juntas o separadamente, estas dos características en el victimario: a) El imputado guarda algún grado de identificación socio-cultural con fiscales y jueces. b) El imputado detenta una posición política, poder económico, prestigio social y/o acceso positivo a los medios de comunicación, que lo transforman en un acusado que compite con el poder criminalizante de un juzgado, fiscalía o tribunal de enjuiciamiento (Colombo y Honisch, cfr. p. 48-49).

Binder y Obando (2004) cuando abordan en su libro la relación entre las formas de corrupción, el amiguismo y el abuso de influencias, detectan un grave problema en la investigación de los delitos de corrupción, que es precisamente la dificultad de concebir como posibles delincuentes a sujetos socioculturalmente pares, lo cual condiciona una actuación imparcial e igualitaria cuando de imputados calificados se trata (cfr. p. 623 y ss.).

Por ello, Colombo y Honisch (2012) sostienen que para la detección, investigación y sanción de los actos corruptos es tan importante que los hechos se conozcan, como que una vez develados, se los perciba como verdaderamente perjudiciales a las relaciones vitales de una sociedad dada y merecedoras de la intervención del último recurso con el que cuenta el Estado para el control social de sus habitantes.

Tal como hemos analizado, los problemas que existen en el país para afrontar la lucha contra la corrupción pública, provienen de múltiples factores, no siendo precisamente uno de ellos las cuestiones relativas a la adecuación típica de las conductas delictivas. Si bien, los tipos delictivos analizados han sido objeto de reforma en el Proyecto de Reforma del Código Penal de la Nación Argentina, en lo sustancial los mismos no han variado.

En efecto, en el artículo 260 se propone elevar la escala penal actual del art. que es de 1 mes a 3 años de inhabilitación especial, por 1 a 4 años. Además de ello, se sigue el criterio vigente en cuanto a que no es necesario el daño como un supuesto objetivo del tipo penal básico, sino como un agravante (segundo párrafo) y se propone ampliar la denominación de “caudales o efectos” con la referencia a dinero, fondos, cosas, o cualquier clase de activo o bienes, en línea con las incorporaciones expuestas para el resto de los delitos del capítulo.

Por su parte el artículo 261 mantiene la escala penal de la norma vigente y se agrega la pena de multa de 2 a 5 veces del monto o valor sustraído. Además de ello se amplía la acción típica, al supuesto del funcionario que sustrae, se agrega el del funcionario público que no evita la sustracción por un tercero. Asimismo, en el segundo párrafo de este artículo, se propone seguir la línea de la redacción vigente que prevé la misma escala penal para los supuestos de peculado de trabajo o servicios. Se agrega el término “público” a continuación de “funcionario”.²⁸

Con ello, se advierte que con la actual redacción de los tipos delictivos analizados, se cumple igualmente con los estándares internacionales que han sido objeto de análisis en el primer capítulo del presente trabajo.

Finalmente, podemos concluir que la regulación penal argentina en materia de delitos de malversación de caudales públicos, satisface las exigencias impuestas por la comunidad internacional en materia de lucha contra la corrupción, no así, al menos por el momento, la voluntad y capacidad institucional existente para que las infracciones sean detectadas y castigadas en tiempo razonable.

²⁸ Para mayor información, puede consultarse el Proyecto de reforma en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2572>[consulta: 24 de marzo de 2022].

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha podido dilucidar que la corrupción es un fenómeno complejo, que está compuesto por múltiples dimensiones, social, política y económica, por lo que la lucha contra la misma, también debe ser abordada desde múltiples perspectivas. La magnitud del fenómeno de corrupción estructural que padece nuestro país requiere un sinnúmero de medidas acordes a la problemática.

Por ello, se requiere el fortalecimiento y adopción de un marco institucional adecuado, que se encuentre dirigido a combatir la corrupción, debiendo investigarse, juzgarse y sancionarse de manera efectiva todos aquellos casos en los que se vea comprometido el manejo de la cosa pública.

Ese marco institucional debe garantizar los recursos técnicos y humanos necesarios para la efectiva investigación, juzgamiento y sanción de los hechos de corrupción.

Comparto la opinión de que la solidez del sistema judicial, la capacidad para detectar comportamientos ilícitos, la capacidad para hacer cumplir las normas y para imponer las sanciones que correspondan, es un factor institucional clave en la contención de los fenómenos de corrupción.

En razón de ello, como ya se advirtió en el presente trabajo, la tipificación de los delitos de malversación de caudales públicos, resulta indispensable a los fines de evitar precisamente las graves consecuencias jurídico-penales que acarrearán tales conductas, como lo es la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la correcta y eficaz gestión de la cosa pública por parte del funcionario, quien debe por el contrario gestionar la cosa pública, a partir del uso eficiente y eficaz de sus bienes, en miras al cumplimiento de los fines del Estado.

Por ello, al momento de su aplicación no puede perderse de vista cual fue en definitiva la razón de ser y el destino que tenían dichos caudales y la incidencia de la

conducta delictiva en la reducción de las posibilidades del Estado de cumplir con sus fines.

Como bien ha planteado la doctrina, va a resultar imprescindible que a la hora de evaluar la conducta de un funcionario público sospechado de corrupción, por ejemplo en el caso de una reasignación presupuestaria en principio injustificada, se encuentre un equilibrio entre el sentido de la norma de prevenir usos arbitrarios de los recursos, con la posibilidad efectiva de gestión por parte del funcionario, quien a diario deberá hacer frente a distintas necesidades y requerimientos a los fines de dar cumplimiento a sus objetivos.

Por ello, en definitiva se deberán buscar criterios que dividan el terreno de las conductas penalmente relevantes, de otras que deben ser excluidas de la revisión judicial, entendiendo siempre que el derecho penal debe ser la última *ratio*.

REFERENCIAS

Doctrina

- ABANTO VÁZQUEZ, Manuel (2004) Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber, en *Revista Penal N° 14. ISSN 1138-9168*, 3-23. Recuperado el 20 de Febrero de 2021 de (s.f.) <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
- AROCENA, Gustavo A. BALCARCE, Fabián I. (2018) *Defraudaciones*.1ª Ed. Buenos Aires: Hamurabi.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2016) Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales. En ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (Dir.) *El Control de la Actividad Estatal I- Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, 81-105. Buenos Aires: Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014) La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho Penal Chileno, en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián 20/2014*, 81-126. Recuperado el 18 de marzo de 2022 de (s.f) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5073932>
- BINDER, Alberto, OBANDO Jorge (2004) *De las Repúblicas aéreas al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*. Buenos Aires: Ad.Hoc.
- BUOMPADRE, Jorge E. (2011) En BAIGÚN, David, ZAFARONI, Raúl (Dir.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. T.10. 1ª Ed. Buenos Aires: Hamurabi.
- CARRERA, Daniel (2005) *Peculado de bienes y servicios públicos*. Segunda edición actualizada. Córdoba: Mediterránea.
- COLOMBO, Marcelo, y HONISCH, Paula, (2012) *Delitos en las contrataciones públicas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CREUS, Carlos (1992) *Derecho Penal. Parte Especial*. T. 2, 3ª Ed. Buenos Aires: Astrea.
- CREUS, Carlos (1997) *Derecho Penal. Parte Especial*. T.1. Buenos Aires: Astrea.
- D´ALESSIO, Andrés J. (2009) *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, segunda edición actualizada y ampliada*. T.2. Buenos Aires: La Ley.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (2016) La Lucha Contra la Corrupción Política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194. Recuperado el 18 de marzo de 2022 de (s.f) <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>
- DONNA, Edgardo Alberto (2018) *Delitos contra la administración pública. Tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José (2018) La responsabilidad penal de la persona jurídica. En DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, 1-8. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- GORDILLO, Agustín (2017) *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. T.1. Parte General. 1ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 21 de marzo de 2022 de (s.f) https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf.
- GRONDONA, Mariano (1993) *La corrupción*. Buenos Aires: Planeta.
- BERAZATEGUI, María Emilia (2017) Globalización y lucha contra la corrupción: Argentina y la oportunidad de reformas sustantivas vía el compromiso internacional. En KATZ, Alejandro, SECCHI, Pablo y KALPSCHTREJ, Karina (Comp.) *Poder ciudadano. Corrupción y transparencia. Informe 2016/2017*. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba.
- FRANCO, Gabriel (1962) Las Leyes de Hammurabi. Versión española, introducción y anotaciones. *Revista de Ciencias Sociales* (3), 331–356. Recuperado el 18 de marzo de 2022 de (s.f) <https://revistas.upr.edu/index.php/rcs/article/download/9466/7844>
- MAMBERTI, Carlos E. (2017) Contratación Pública y Corrupción. En LAMOGLIA, Marcelo (Dir.) y RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás (Dir.) *Administración pública & corrupción*, 257-286. Buenos Aires: Scotti.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012) La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Revista Política Criminal*, Vol.7, N°14, 2012. Recuperado el 3 de marzo de 2022, de (s.f) http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf
- MIR PUIG, Carlos (2015) Sobre la reforma de los delitos de malversación en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 68, mes 1, 2015. Recuperado el 12 de febrero de 2022, de (s.f.) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=82216>
- MIR PUIG, Carlos (2015) La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y*

- Ciencias Penales*.T.68, mes 1, 185-236. Recuperado el 12 de febrero de 2022, de (s.f) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=82216>
- NAMER, Sabrina E. (2019) *Peculado y malversación de fondos públicos*. 1ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- OECD (2008). *Corruption. Glossary of International Criminal Standards*. Recuperado 8 de diciembre de 2020, de (s.f) <http://www.oecd.org/corruption/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm>
- PASTOR, Nuria (2016) La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho* 4.2016. Recuperado 25 de febrero de 2021, de (s.f) <https://indret.com/la-construccion-del-perjuicio-en-el-delito-de-administracion-desleal/>
- Proyectos de Reforma del Código Penal de la Nación Argentina, *Biblioteca Digital*. Recuperado el 22 de marzo de 2022 de (s.f) <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/891>
- Proyecto Código Penal de la Nación Argentina 2019, *Biblioteca Digital*. Recuperado el 28 de marzo de 2022 de (s.f) <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2572>.
- RAIGORODSKY, Nicolás (2007) Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global, 2ª Ed., Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Oficina Anticorrupción.
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena (2008) *Delitos contra la función pública*, 2ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2001) *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- ROTSCH, Thomas (2018) Corrupción y Compliance. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1 N°32, 237-252. Recuperado el 10 de febrero de 2022, de (s.f) <https://rpcp.pe/index.php/RPCP/article/view/45>
- ROXIN, Claus (2016) *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. (Trad. Joaquín Cuello Contreras). Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons.
- SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M. (2020) *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. 8ª Ed. actualizada. Buenos Aires: Erreius.
- SANS MULAS, Nieves (2017) Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N°19-05. Recuperado el 11 de febrero de 2022, de (s.f) <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf>

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2011) Delitos contra la administración pública. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (Coord.) *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 3ª Ed. Barcelona: Atelier.

SOLER, Sebastián (1992). *Derecho penal argentino* (T.V). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

SOSA, Omar Julián (Coord.) (2012). *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: el rol de la Oficina Anticorrupción*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Oficina Anticorrupción-Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

ZAVALLIA, (2021) *Código Penal. República Argentina*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía S.A.

Jurisprudencia seleccionada

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL - SALA IV, “Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/recurso de casación”, causa N° CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, sentencia del 18 de marzo de 2016. Ubicación: CFP Registro N° 300/2016.4.

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL- SALA II, "Menem, Carlos Saúl y otros s/ recurso de casación", causa CFP5926/2004/TO1/CFC1, sentencia del 12 de octubre de 2018. Ubicación: CFP Registro N° 16/12/18. Lex N° 005926/2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Recurso de hecho deducido por María Julia Alsogaray en la causa Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación", causa N° 362/2015, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2015. Ubicación: CSJ 000362/2015/RH001.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 6 de la Capital Federal, “Merlino, José, Alsogaray, María Julia y otros s/ defraudación contra la administración pública”, causa N° 1214, sentencia del 18 de junio de 2013. Ubicación: CFP 4083/2000/TO1/3.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 5 de la Capital Federal, “Fiscal C/ Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma P/ Peculado”, causa N° 1411, sentencia del 18 de Mayo de 2015. Ubicación: CFP 1411/2015/TO1.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 4 de la Capital Federal, “Granillo Ocampo, Menem, Cavallo, Alsogaray y otros P/ Peculado”, causa N° 5926/2004, sentencia del 2 de marzo de 2016. Ubicación: CFP 5926/2004/TO1.

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N° 1 del Departamento de San Martín, Mendoza, "Fiscal C/ Salgado, Sergio Hernán, y Ots.", causa P-4.237/16, N° P-79.691/15; N° P-104.366/14 y N° P-26.565/16, sentencia del 18 de junio de 2018. Ubicación: PD038601 - Tribunal Colegiado (protocolo). Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza.