

# CONTRIBUCION POLITICO-CRIMINAL AL ESTUDIO DE LOS DELITOS FUNCIONARIOS

(Descriminalización y Administrativización)

*Enrique Cury Urzúa*  
Profesor de Derecho Penal

## I

En los últimos años se oye hablar cada vez con más frecuencia, especialmente entre los especialistas europeos, sobre la necesidad de proceder a descriminalizar una serie de conductas actualmente sancionadas como delitos. En algunos casos, como el del adulterio, las relaciones homosexuales consentidas o los hurtos de cosas insignificantes, se aboga simplemente por la impunidad, sin perjuicio de reconocer a tales hechos efectos civiles cuando la situación lo exige; en otros, en cambio, se conviene en la necesidad de castigar la respectiva conducta, pero se aconseja la sustitución de la pena penal por una sanción administrativa (*administrativización* del castigo). Respecto por lo menos de un grupo de infracciones típicas, la primera de estas soluciones es compartida por un sector más o menos amplio de la doctrina comparada y, en mi opinión, conviene que así sea; respecto de la segunda, la situación es semejante, pero existen algunos reparos y prevenciones de los que es preciso hacerse cargo, porque en lo fundamental son atendibles.

El propósito de esta contribución es examinar un poco más de cerca estos criterios en relación con su aplicabilidad a los delitos funcionarios (delitos en contra de la administración). Como es lógico, eso nos obliga a iniciar la exposición dando una cuenta somera sobre los términos del debate, a fin de poder luego reconducirlo a la materia específica que nos interesa.

## II

La proposición de descriminalizar ciertos hechos, sea prescindiendo de castigarlos, sea sugiriendo su administrativización, se apoya en varias consideraciones que, no obstante haber sido presentadas en diferentes períodos, obedecen básicamente a un criterio unitario.

a) Posiblemente lo primero sobre lo que se ha llamado la atención es la ineficacia de la sanción penal para luchar en contra de cierto tipo de infracciones, lo cual finalmente se traduce en un deterioro generalizado del sistema punitivo, porque el grupo social lo percibe inhábil para cumplir algunas de las tareas específicas que se le encomiendan, y tiende a suponer que lo es para satisfacer cualquiera. Las razones de esta inhabilidad son variadas y aquí no es del caso revisarlas todas, pero pueden mencionarse a título de ejemplo algunas de las más evidentes. Entre ellas destacan, efectivamente, los intentos de dar protección penal a bienes jurídicos de poca consideración, tipificando delitos "de bagatela" que provocan un aumento inmoderado en las demandas dirigidas a los tribunales y a los servicios de policía preventiva, por lo cual

están condenadas a no ser atendidas; asimismo, aquellos casos en los que lo que se incrimina son conductas atentatorias contra bienes jurídicos realmente significativos, pero cuya incolumidad depende, precisamente, de que se los reconozca y acate voluntariamente, como sucede en forma paradigmática con la fidelidad conyugal y el consiguiente "monopolio sexual de los cónyuges". En este mismo ámbito se inscriben los "delitos sin víctima" —como las relaciones homosexuales privadas, respecto de las cuales no se percibe quién sea en concreto el ofendido por el hecho— o los "delitos de estado", como la "vaganza", de los arts. 305 y sigts. del C. P. chileno, mediante los cuales no se sanciona una conducta, sino un modo de vida que para el sujeto es muchas veces inevitable, de suerte que la amenaza de la pena tampoco puede inducirlo a su abandono.

b) Paralelamente y en estrecha relación con las consideraciones precedentes se encuentran aquellas que reclaman una acentuación de la función social del derecho punitivo, con la consiguiente supresión de ciertos tipos erigidos sobre valoraciones predominantemente éticas. En relación con este argumento, claro está, se pueden distinguir matices que van desde el franco utilitarismo sociológico hasta el reconocimiento de que, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, la conducta ética, *por ser tal*, es también la socialmente valiosa. La polémica en torno a la desincriminación del aborto se desenvuelve precisamente en el campo de estas diferencias, por lo menos mientras no se la traslada a planos emocionales o ideológicos en los que la argumentación jurídica pierde casi todo significado. Sea como fuere, hay un relativo consenso entre los especialistas de que las conductas contrarias a la ética, pero sin proyección social alguna (las que no son ético-socialmente reprobables), deben ser marginadas del catálogo de tipos penales; y aunque el proceso de descriminalización de tales hechos se cumplió en gran medida a partir del entronizamiento del derecho penal liberal, esto es, desde la primera mitad del siglo XIX, las legislaciones contemporáneas aún conservan figuras punibles de tal naturaleza, generalmente emboscadas tras consideraciones sociales mal entendidas y, por eso, puramente aparentes.

c) Más allá de estos puntos de vista se encuentra latente una convicción de carácter político que sólo se ha explicitado en el último tiempo, aunque es la base sobre la cual descansan las anteriores. Con arreglo a ella, en un Estado democrático de derecho, al ordenamiento punitivo le concierne ciertamente la función de tutelar los valores fundamentales sobre los que descansa la convivencia pacífica, pero en su ejercicio debe autolimitarse rigurosamente, con el objeto de asegurar al que no comparte los juicios axiológicos de la mayoría un espacio de tolerancia lo más amplio posible. Lógicamente esto debe conducir a la desincriminación de todas aquellas conductas que no ponen en peligro la supervivencia de la sociedad organizada, aunque resulten condenables o desagradables para los grupos dominantes. El derecho penal, así concebido, aparece como un "guardián" de la convivencia democrática pluralista y no de los intereses o puntos de vista de un sector de los que participan en ella.

d) Finalmente, algunas publicaciones recientes<sup>1</sup> discuten el fracaso de las normas punitivas en la defensa de bienes jurídicos cuya importancia nadie puede negar, pero que son vulnerados por conductas de tanta complejidad

<sup>1</sup> DE BRESSON, JEAN-JACQUES, *Inflation des lois pénales et législation à réglementation "techniques"*, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N° 2º, 1985, págs. 241 y sigts.

técnica, que su apreciación escapa a las posibilidades de la judicatura ordinaria. En tales situaciones pareciera que lo indicado es la administrativización de la sanción, confiando la facultad de imponerla a autoridades capaces de ponderar la significación exacta del hecho.

\* \* \*

Las proposiciones precedentes pueden ciertamente ser objeto de un debate abstracto que nos llevaría hasta la consideración pormenorizada de las funciones del derecho penal y, consiguientemente, de la naturaleza y los fines de la pena. En esta oportunidad, sin embargo, no nos está permitido hacerlo por razones obvias de materia y tiempo. Pero, además, es posible que el asunto en general pueda ser cogido con más firmeza y provecho si concretamos el examen del conjunto de estos criterios al ponerlos en relación con el grupo de los delitos en contra de la Administración o delitos funcionarios, porque eso nos permitirá confrontarlos con algo más —y distinto— que los casos ejemplares más o menos indiscutibles de que se suele echar mano para afirmarlos. Las reflexiones siguientes se orientan en tal sentido, examinando el tema, hasta donde me es posible, a la luz de las legislaciones de Colombia y Chile.

### III

Los hechos examinados en estas jornadas bajo el rótulo de “Delitos contra la Administración Pública” —adoptando la designación que les acuerda el Título III del Libro II del C. P. colombiano— son tales en cuanto constituyen atentados del empleado público en contra de la pureza y corrección de sus funciones y, en consecuencia, de la integridad de la Administración a la cual representa y sirve. En atención a la importancia de los cometidos que se acuerdan a esta última, difícilmente podría ponerse en duda la significación social del bien jurídico protegido por los tipos correspondientes. Por eso, en principio parece incontestable que la desincriminación de dichas conductas está fuera de discusión. Pero, en realidad, esto de ninguna manera es tan evidente como eso.

Lo que pasa es que el acierto de penalizar un hecho no depende sólo de la importancia del bien jurídico al cual vulnera, sino —y yo creo que sobre todo— de la forma que adopta el atentado. Dicho de otra manera, que se ha vuelto “moneda corriente” entre los especialistas, la incriminación no debe hacerse atendiendo únicamente al *desvalor de resultado*, sino, además, al *desvalor de acción*, al cual en el momento legislativo le concierne una función tan decisiva como en el del enjuiciamiento de los delitos concretos. Por otra parte, es preciso insistir en que ambos factores tienen que ser tomados en cuenta. Pues, efectivamente, en algunas ocasiones puede ocurrir también que el legislador, deslumbrado por un disvalor de acción aparentemente considerable, tipifique conductas cuya capacidad para lesionar al bien jurídico es insignificante, incurriendo en un insatisfactorio moralismo punitivo. Yo creo que entre los delitos de que nos estamos ocupando hay algunos a los que se pueden dirigir estos reproches, y que ello ocurre en las dos legislaciones examinadas.

### IV

Ocupémonos primero de algunos hechos que, aunque efectivamente lesionan la probidad funcionaria, lo hacen de una manera que difícilmente justifica su inclusión en el catálogo de tipos penales.

a) En el C. P. chileno, desde luego, el párrafo 1 del Título V ("De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos") consagra tres figuras delictuales que no tienen correlato en el estatuto punitivo colombiano y que me parecen evidentemente superfluas como tales. En efecto, conforme al art. 216, "el que hubiere entrado a desempeñar un empleo o cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento o fianza, o llenado las demás formalidades exigidas por la ley, quedará suspenso del empleo o cargo hasta que cumpla con aquellos requisitos, incurriendo, además, en una multa de seis a diez sueldos vitales". A su vez, el art. 217 dispone que "el empleado público que continuare desempeñando su empleo, cargo o comisión después de que debiera cesar conforme a las leyes, reglamentos o disposiciones especiales de su ramo respectivo, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales". Por último, con arreglo al art. 219, "el empleado público que legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo antes que se decida la contienda, será castigado con multa de seis a diez sueldos vitales". Ahora bien, nadie pondrá en duda que las conductas descritas en estas disposiciones perturban la estructura administrativa y pueden entorpecer su funcionamiento. Pero, al propio tiempo, creo que todos convendrán en que la forma del ataque y la magnitud del propio desvalor de resultado es demasiado trivial como para reprimíroslos echando mano de la pena. Por lo demás, ese hecho ni siquiera escapó a la consideración del propio legislador, según lo demuestra claramente la benevolencia de las sanciones con que las amenaza, en lo cual no hizo más que adherir al criterio consagrado en los textos legales españoles de los cuales las recogió. Algo que, además, ya percibieron los penalistas peninsulares del siglo pasado, hasta el extremo de que PACHECO, comentando la "anticipación indebida de funciones públicas" (art. 216 del C. P. chileno; art. 311 del C. P. español de 1848-1850) declara: "Bien puede decirse que este artículo *no corresponde a la ley penal*; por lo menos, su principal disposición no tiene tal carácter. Decir que el que no haya cumplido con ciertas formalidades, antes de entrar en posesión de un destino, deberá quedar suspenso de él hasta que las cumpla, es sin duda *establecer una buena regla, un orden oportuno, pero no castigar, no imponer penas de ninguna suerte*. Lo único que hay aquí de penal es lo accesorio, la multa; que puede bajar, como hemos visto, hasta cinco duros y no ha de elevarse nunca de cincuenta"<sup>2</sup>. Y un poco antes, refiriéndose a la "prolongación indebida de funciones públicas" (art. 217 del C. P. chileno y 310 del español de 1848-1850), comenta: "Verdaderamente, *en tal castigo se tocan los límites inferiores de la esfera penal*"<sup>3</sup>.

Las consecuencias de incluir estos "delitos de bagatela" en el texto punitivo ha sido, lógicamente, su inoperancia. Yo no estoy en situación de citar ni un solo caso en que se haya echado mano de ellos para sancionar su infracción. Y otro tanto le ha sucedido aparentemente a ETCHEBERRY, quien tampoco menciona jurisprudencia alguna al respecto<sup>4</sup>. Lo cual no quiere decir, por cierto,

<sup>2</sup> PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, cuarta edición, Madrid, 1870, tomo II, págs. 488 y 489. Los subrayados son míos. Las peculiaridades ortográficas corresponden a las reglas vigentes en la época.

<sup>3</sup> PACHECO, op. cit., pág. 487. El subrayado es mío.

<sup>4</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, Concepción, sin fecha, tomo IV, 447 y sigts., págs. 179 sigts.

que nunca se los haya vulnerado sino, tan sólo, que a causa de su banalidad permanecen inactivos ante quienes los quebrantan, deteriorando consecucionalmente al ordenamiento punitivo en su conjunto.

b) Miremos ahora un tipo que, con algunas variantes, se encuentra tanto en el C. P. chileno como en el colombiano: el "peculado por aplicación oficial diferente" (art. 136 del texto punitivo de Colombia) o, como lo ha rotulado la doctrina chilena, la "malversación por aplicación pública diferente" (art. 236 del C. P. de Chile).

La disposición colombiana castiga con prisión de seis meses a tres años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derecho y funciones públicas de uno a tres años al "empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinadas o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste". De manera muy parecida, pero introduciendo en la descripción un elemento de la antijuridicidad que flexibiliza su apreciación, y haciendo una distinción de punibilidad en consideración a las consecuencias lesivas del hecho, el precepto chileno establece que "el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ellos resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debía emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento".

Una vez más conviene principiar conviniendo en que las conductas comentadas son portadoras de un efectivo disvalor de resultado que en el sistema chileno se encuentra subrayado por el destaque punitivo de su forma más severa. Pero también hay que preguntarse nuevamente si la magnitud de ese disvalor y la forma en que se lo produce justifican una intervención represiva que, en el caso de la ley colombiana, puede traducirse incluso en una privación de libertad significativa acompañada por otras irrupciones importantes en la esfera de derechos del autor. ¿No dispone el ordenamiento jurídico de recursos menos lesivos y quizás más eficaces para reaccionar en contra de infracciones de este género? ¿No sería socialmente más rendidor y hasta económicamente más ventajoso implementar mejores sistemas preventivos para evitarlas? O, por lo menos, ¿no sería preferible reservar la pena penal sólo para los casos en que se ha producido perjuicio, y esto, por supuesto, dolosamente, a fin de evitar una indeseable calificación por el resultado?

Yo creo que estas preguntas deben ser contestadas afirmativamente, y posiblemente la mejor prueba de ello es también que los casos en que hechos de esta índole son realmente conocidos por los tribunales parecen extremadamente infrecuentes. En muchas ocasiones incluso se los emplea como recurso residual para castigar situaciones en las que originalmente se creyó apreciar una malversación (peculado) propia y luego se tuvo dudas sobre la efectiva posibilidad de subsumir la conducta en este tipo o se vaciló respecto a la idoneidad de la prueba producida en el proceso. En más de una oportunidad ha tenido que absolverse, enmascarando tras consideraciones no del todo convincentes, un reconocimiento implícito de la *adecuación social del hecho*, motivado por circunstancias extraordinarias que aconsejaban su ejecución. Otras, porque, aun sin llegar tan lejos, se percibía que el autor había obrado sin conciencia de la ilicitud del acto y con la convicción de que al alterar la desti-

nación de los fondos contribuía correctamente a su mejor aprovechamiento por la comunidad. Todo lo cual, como es fácil de suponer, ha cooperado poco a preservar la pureza y corrección de la función administrativa y, en cambio, sugiere la idea de que el ordenamiento penal es pesado, ineficiente y arbitrario y sobrecargado de normas inoperantes, cuyos verdaderos fundamentos e importancia el ciudadano común no está en condiciones de ponderar <sup>4a</sup>.

c) Aunque los casos destacados en los dos párrafos precedentes han sido escogidos al azar, por vía puramente ejemplar, y distan seguramente de ser los únicos a los que podría extenderse esta reflexión, creo que bastan para demostrar lo que me interesa: esto es, que también entre los delitos contra la Administración Pública o delitos funcionarios, los hay cuyo disvalor de acción y resultado es demasiado pobre como para justificar su incriminación; asimismo, que en tales casos la subsistencia del tipo atenta contra la idoneidad preventiva general del ordenamiento punitivo, no está destinada a la protección de valores socialmente perceptibles y penalmente defendibles y, finalmente, que por tales motivos aparecen como un despliegue inútil de control social destinado únicamente a contraer el espacio de libertad otorgado a los ciudadanos, conстриéndolos a observar conductas rígidamente formalizadas.

## V

Veamos por fin un tipo que, a mi juicio, descansa sobre el puro disvalor de acción. Me refiero al delito de "negociaciones incompatibles" o "interés ilícito en la celebración de contratos" que el C.P. chileno consagra en su art. 240 y el colombiano, de manera más restringida, en el 145.

Con arreglo a la primera de las disposiciones citadas, "el empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio, y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio". Hace luego una extensión de la norma a ciertas personas que no son funcionarios y, finalmente, agrega: "La misma pena se impondrá a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a algunos de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos". El texto colombiano, bastante más sobrio, castiga con prisión de seis meses a tres años, multa de un mil a quinientos mil pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años al "empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones".

Comentando el art. 324 del C.P. español de 1848-50, cuyos dos primeros

<sup>4a</sup> Se pronuncia sucintamente por la descriminalización, de manera categórica, Ramón BRUNA, *La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación (Estudio del art. 357 del Código Penal)* en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXVIII, Fascículo III, Madrid, 1985, III, 1, págs. 760 y sigts. Esta se decidirá en el proyecto de Código Penal español de 1980, pero la disposición ha reaparecido en el Anteproyecto de 1983.

incisos son prácticamente idénticos al 240 del chileno, PACHECO declara que "aquí la ley teme y presume el fraude"<sup>5</sup>. ETCHEBERRY, a su vez, afirma que "el legislador desea proteger aquí la *apariencia de imparcialidad y honestidad* que debe rodear la administración pública"<sup>6</sup>. Y SOLER, refiriéndose al art. 265 del C.P. argentino, sustancialmente semejante a los que estamos examinando, expresa que "el objeto jurídicamente tutelado por este delito es *el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración* en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que *se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad*"<sup>7</sup>.

Estas explicaciones demuestran que aquí lo que se castiga es la ejecución de una acción a la que se encuentra no ya reprochable, sino, tan sólo, temible o, menos aún, *sospechosa*, porque crea una apariencia de falta de parcialidad y honestidad. Tanto es así que, según ETCHEBERRY, se trata categóricamente "de un delito formal", y "si de hecho resulta para el Estado un perjuicio, el encuadramiento se desplaza hacia la respectiva forma de fraude o malversación"<sup>8</sup>; con lo cual se acentúa que el tipo está destinado a castigar aquellos casos en los cuales lo único que se ha verificado es el disvalor relativamente vago atribuido a la acción. Y entonces cabe preguntarse una vez más: ¿es razonable comprometer al ordenamiento penal en la represión de hechos cuya censurabilidad se encuentra reducida sólo a eso? Ciertamente la Administración Pública tiene derecho a preservar su imagen hasta de las más mínimas sospechas. Esto está fuera de discusión y, por lo mismo, la prohibición al funcionario de negociar consigo mismo debe permanecer incólume. Aquí lo que se inquiera es si está justificado sancionar con una pena la infracción de tal prohibición. Yo creo definitivamente que no.

Una ojeada sobre la jurisprudencia chilena pone de manifiesto que sólo existen unas pocas sentencias condenatorias pronunciadas en relación con este delito, y una buena parte de ellas sugiere la idea perturbadora de que el asunto sólo llegó a los tribunales porque tras él se agitaban rencillas políticas. Si esta última sospecha es correcta, la función ético-social del tipo se encuentra sumamente distorsionada y éste provoca consecuencias completamente antagónicas con las que en su afán moralizador se propuso. Temo que la experiencia en los otros países cuya legislación punitiva contempla la figura conduzca a situaciones semejantes.

También aquí, por supuesto, me he limitado a presentar un ejemplo que me parece significativo. Un estudio pormenorizado de los distintos tipos de delitos funcionarios puede quizás conducirnos a la conclusión de que tales casos son más frecuentes de lo que se presume. Pero, como ya se ha explicado, por ahora no me propongo un estudio de esta naturaleza.

## VI

Hay otro aspecto de la cuestión que conviene destacar, siquiera sea sucintamente.

<sup>5</sup> PACHECO, op. cit., tomo II, pág. 518.

<sup>6</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Santiago, 1976, tomo IV, pág. 221. El subrayado es mío.

<sup>7</sup> SOLER, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, 1973, tomo V, 144, II, pág. 189. El subrayado es mío.

<sup>8</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit., tomo IV, pág. 221.

Sucede en efecto que —aun prescindiendo de todo lo expuesto en los párrafos precedentes— cuando se justifica la tendencia al empleo excesivo del recurso penal contra las conductas comentadas, aduciendo que adquieren un significado particularmente grave por el solo hecho de que quien las ejecuta es un funcionario público (oficial) en el cual la comunidad ha depositado especial confianza al encomendarle la conducción de las actividades administrativas, no se repara suficientemente en las inconsistencias que las leyes en vigor presentan al respecto. Porque no deja de ser curioso que esta calidad funcionaria del autor lo grave sensiblemente cuando se trata de hechos que lesionan o ponen en peligro (incluso abstracto) a intereses patrimoniales y, en cambio, lo privilegie si atenta contra bienes jurídicos a los cuales se reconoce generalmente más importancia ético-social. Esto último ocurre, por ejemplo, cuando el C.P. chileno sanciona al particular que encierra o detiene a otro con una pena más severa en conjunto que la acordada por el art. 148 al empleado público que ilegal y arbitrariamente destierra, arresta o detiene a una persona; cosa que también resulta patente si se comparan los arts. 268 a 270 del C.P. colombiano con el 272 del mismo texto legal<sup>9</sup>. Se convendrá, supongo, en que la cosa dista de ser clara, pues nadie dudará que cuando el empleado público (oficial) ataca la libertad personal, incurre en un abuso de la confianza depositada en él por la comunidad mucho más grave y perturbador que cuando sólo se sirve de ella para obtener ventajas patrimoniales. Por eso, uno puede preguntarse lícitamente si no habrá en todo el asunto una confusión valorativa lamentable, a causa de que los legisladores han permanecido fieles a tradiciones irracionales, sin someterlas a la crítica exigida por el acontecer histórico y las mudanzas axiológicas.

## VII

En mi opinión hay, pues, también entre los delitos contra la Administración Pública, varios que pertenecen al grupo de la “delincuencia blanda”<sup>10</sup>, a los cuales, por consiguiente, convendría separar del catálogo de los hechos típicos, con ventajas para las funciones y la eficacia del ordenamiento punitivo.

Pero el problema no puede resolverse tan sólo mediante ese sencillo expediente. Porque, efectivamente, si bien respecto de una que otra de esas conductas podría prescindirse de toda reacción jurídica, la mayor parte de ellas exigirá, de todas formas, la adopción de algunas medidas sancionadoras o, cuando menos, preventivas.

Prescindiendo de posiciones “abolicionistas” extremas<sup>11</sup> que en el estado actual de la situación resultan impracticables —y es posible que lo sean siempre— la mayor parte de la doctrina europea tiende a proponer, para este género de situaciones, la sustitución de la pena penal por una sanción administrativa

<sup>9</sup> Véase, sobre esto, las agudas observaciones de JORGE MERA, *Los delitos contra los derechos humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos*, en *Doctrina Penal*, N° 30, Buenos Aires, abril-junio 1985, 15 y ss., págs. 248 y ss. El autor discute varias otras situaciones en las que ocurre algo semejante.

<sup>10</sup> Véase, en general, sobre este concepto, SCHEERER, SEBASTIÁN, *La abolición del sistema penal: una perspectiva en la criminología contemporánea*, traducción de EMIRO SANDOVAL HUERTAS y EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, en *Derecho Penal y Criminología*, volumen VIII, N° 26, Bogotá, 1985, págs. 203 y ss.

<sup>11</sup> Sobre ello, SCHEERER, op. cit., passim.

o disciplinaria (la llamada *administrativización* de las penas). Pero esta solución no puede aceptarse en nuestro medio con la amplitud que suele hacerlo la literatura del Viejo Continente.

El problema radica en que los juristas europeos reconocen de manera casi unánime —y en mi opinión correctamente— que la pena administrativa participa básicamente de la misma naturaleza que la penal, diferenciándose de ésta únicamente por la índole de algunos de sus efectos (ausencia de estigmatización, límites impuestos al tipo de reacción, etc.) y por la poca gravedad de los ilícitos a que se impone<sup>12</sup>. A causa de eso, ellos presuponen que la imposición de tales sanciones debe estar rodeada de una serie de garantías, entre las cuales deben mencionarse, por lo menos, la de una cierta tipificación de las conductas a que pueden irrogarse, la de su limitación a puras medidas pecuniarias inconvertibles en privaciones de libertad y la de su invariable posibilidad de revisión por los tribunales ordinarios de justicia cuando el afectado juzga que se lo ha sometido injustamente a ellas, con la consiguiente suspensión de sus efectos. Así, el riesgo de arbitrariedades que dichas medidas crean se reduce a un mínimo, y su empleo aparece como una alternativa preferible a la pena criminal. En Sudamérica, en cambio, continúa prevaleciendo en la jurisprudencia y buena parte de la doctrina el punto de vista según el cual la pena penal y la administrativa y disciplinaria son cualitativamente distintas<sup>13</sup>. Como consecuencia de este criterio se defienden ideas como la de que la infracción administrativa no necesita tipificación, que la sanción correspondiente puede coexistir con la penal sin violación del *non bis in idem*, o que la imposición de penas administrativas y disciplinarias puede sustraerse al control jurisdiccional. Todo esto, unido a una tradición histórica en la cual nunca se impuso el principio de separación de poderes con tanto vigor como en los regímenes liberales centroeuropeos, conduce a un empleo peligrosamente fácil de las sanciones no penales, que en los sistemas menos respetuosos de los derechos individuales se desliza fácilmente hacia arbitrariedades tales como la conversión de las multas en privaciones de libertad prolongadas, violaciones del derecho de defensa, facultades a los administradores para restringir directamente la libertad u otros derechos fundamentales, etc. Por tales motivos ha llegado a sostenerse, no sin buenas razones, que en algunos de nuestros países “es más urgente la *desadministrativización* (privación del poder sancionador de la Administración) de lo que lo es la *despenalización* (entrega a la Administración del poder sancionador para castigar las contravenciones, los llamados asuntos baladíes)”<sup>14-15</sup>.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, BAUMANN, JÜRGEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Tübingen, 1968; CASABÓ RUIZ, en Córdoba Roda y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal español*, Barcelona-Caracas-México, 1976-1978, tomo II, págs. 82 y ss.; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1981, tomo I, págs. 45 y ss., con amplia bibliografía; JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, 6, V, b), pág. 37; WELZEL, HANS, *Derecho Penal alemán. Parte General*, traducción por JUAN BUSTOS y SERGIO YÁÑEZ de la 11ª edición alemana, Santiago, 1970, 4, I, pág. 31. En Argentina, enérgicamente, SOLER, op. cit., tomo I, 1, II, págs. 5-6.

<sup>13</sup> En este sentido, por ejemplo, NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Santiago, 1960-1966, tomo I, 21, págs. 40-41.

<sup>14</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pág. 99.

<sup>15</sup> Sobre la reciente experiencia legislativa italiana en torno a todo este asunto, PADOSANI, TULLIO, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative*

Tratándose de los delitos de los funcionarios públicos (oficiales), con todo, la administrativización no debería ser particularmente perturbadora, puesto que ya en el presente todos ellos están amenazados, al mismo tiempo que por penas penales, por sanciones disciplinarias. En consecuencia, si la ley se limitara a prescindir de aquéllas sin modificar éstas, la situación de los afectados mejoraría siempre sensiblemente. Pero uno no debe dejarse llevar muy lejos por tales ilusiones. Rara vez los legisladores se satisfacen con soluciones tan sobrias como éstas, y, si lo hacen, ceden con facilidad a la tentación de abandonarlas muy pronto. Además, como la exasperación de las penas administrativas y disciplinarias es menos escandalosa que la prodigalidad con las criminales, se puede abusar de ellas casi sin advertirlo y sin que lo advierta el grupo social.

Todo esto permite comprender que el problema de la despenalización, cuya importancia y urgencia se percibe también desde el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, no puede ser resuelto mediante expedientes fáciles. En realidad, para abordarlo con éxito se requiere que la colectividad en su conjunto asuma una actitud apropiada frente a la cuestión mucho más global relativa a las funciones del derecho penal y sus recursos de reacción, lo cual ciertamente no es una tarea trivial y posiblemente implique modificaciones estructurales y políticas ante que jurídico-penales. Pero esto no significa que los penalistas debamos desentendernos de ella. Muy por el contrario: puesto que la materia de nuestros estudios se encuentra situada en una de las regiones más sensibles del Estado de Derecho, todo lo que interesa a la organización y preservación de éste repercute inmediatamente en ella y, recíprocamente, las críticas y modificaciones de nuestros enfoques especializados son indispensables si se quiere obtener un desenvolvimiento más perfecto de aquél.

### VIII

Después de lo dicho recién, debiera ser inútil advertir que las observaciones precedentes no tienden a minimizar la importancia de la probidad en el ejercicio de la función pública ni el disvalor de los atentados en su contra. De lo que se trata, por el contrario, es de encontrar las formas más adecuadas y socialmente más rendidoras para asegurar su preservación. La idea de que esto puede obtenerse sencillamente mediante la irrogación indiscriminada de penas penales es una ilusión que debe abandonarse definitivamente, pues lejos de contribuir a la tarea conspira contra sus posibilidades de éxito.