Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 7, pp. 133-153

RESPONSABILIDAD PENAL POR DECISIONES POLÍTICAS EN SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS. ALGUNAS REFLEXIONES COMPARATIVAS ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS FONDOS PÚBLICOS

Dr. Frank ZIMMERMANN*

Fecha de recepción: 30 de julio de 2018
Fecha de aprobación: 14 de octubre de 2018

Resumen

En los últimos años y en distintos países, el derecho penal económico se estaría convirtiendo en una herramienta que permite un mayor escrutinio respecto de las decisiones políticas. Para las sociedades democráticas que se basan en la división de poderes, esta tendencia no está libre de problemas porque conlleva el riesgo de que el poder judicial interfiera con la toma de decisiones que se lleva a cabo en la esfera política. En particular, con la toma de decisiones políticas que tienen generalmente un impacto en el presupuesto público. Así, las prescripciones de derecho penal que protegen estos presupuestos pueden ser aplicables a estas decisiones. Esta contribución analiza esta desarrollo desde una perspectiva comparativa: a partir de un estudio que abarca nueve jurisdicciones se identifican y analizan dos enfoques relativos a la protección penal de los presupuestos públicos.

Palabras clave: Decisiones políticas – Democracia – Fondos públicos – Responsabilidad penal –Delitos contra la propiedad – Funcionario público

Title: Criminal Liability for Political Decisions in Democratic Societies. Some Comparative Reflections on the Protection of Public Budgets

Abstract

Over the last few years and in various countries, economic criminal law seems to have become a tool that allows for a more detailed judicial scrutiny of political decisions. For democratic societies based on the separation of powers, this trend is not free of problems because it entails the risk that

* Doctor en Derecho (Ludwig-Maximilians-Universität München). Traducción del inglés de la Mag. Marina Daniela Basso (Universidad Católica Argentina). Contacto: frank.zimmermann@jura.uni-muenchen.de.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

the judiciary interfears with decision-making in the political sphere. In particular, political decisions often have an impact on public budgets. Thus, criminal law provisions protecting these budgets can be applicable to such decisions. The present contribution analyzes this development from a comparative perspective: based on a study comprising nine jurisdictions it identifies and assesses two major approaches to the criminal law protection of public budgets.

Keywords: Political Decisions – Democracy – Public Budgets – Criminal Liability – Crimes against Property – Public Servant

Sumario

I. Introducción: los responsables de la toma de decisiones políticas y el derecho penal; II. Análisis comparativo de un caso práctico; III. Dos enfoques: la protección de la propiedad vs. el cumplimiento de deberes; 1. Primer grupo: foco exclusivo en delitos contra la propiedad; a) Alemania como el ejemplo más destacado; b) Ordenamientos similares; 2. Segundo grupo: ambos tipos de delitos, con foco en las figuras contra la propiedad; 3. Tercer grupo: foco exclusivo en delitos basados en el incumplimiento de deberes; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción: los responsables de la toma de decisiones políticas y el derecho penal

El tema de esta contribución puede resultar inusual como objeto de un estudio académico. En efecto, los responsables de la toma de decisiones políticas, normalmente, no son vistos como una clase especial de sujetos activos en el ámbito del derecho penal.

Una excepción está dada por el campo del derecho penal internacional, que tiene por objetivo terminar con la impunidad de los crímenes más serios. De hecho, los tribunales internacionales y nacionales ya han condenado a jefes de estado y funcionarios políticos de alto rango.[1] Sin embargo, esos procesos involucran generalmente delitos especialmente graves y situaciones excepcionales. Y, a pesar de que el objeto del derecho penal internacional se encuentra sin dudas vinculado al ejercicio

[1] Particularmente, muchas sentencias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda han tenido por objeto el rol del gobierno de Ruanda en el genocidio de la población tutsi en 1994. Otros ejemplos son los juicios contra Charles Taylor ante el Tribunal Especial para Sierra Leona y contra Radovan Karadžić ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, los procesos contra Slobodan Milošević ante este último tribunal y contra el presidente de Kenia Uhuru Kenyatta ante la Corte Penal Internacional.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del poder, ese poder no necesariamente es de naturaleza política sino, generalmente, de tipo militar.[2] Esto va acompañado de la circunstancia de que los casos tratados por el derecho penal internacional normalmente no tienen por objeto democracias que funcionen correctamente.

Más allá de la esfera internacional, por supuesto que en cada jurisdicción se presentan casos contra personas que abusaron de sus cargos políticos para beneficio propio —p. ej., mediante el uso de fondos públicos para sí mismos o mediante la aceptación de sobornos—. Pero los delitos correspondientes a esas conductas normalmente son aplicables a los funcionarios públicos en general y no están siquiera vinculados con el contenido específico de una determinada decisión política: el delito de cohecho, p. ej., penaliza la solicitud o la aceptación de una ventaja indebida, y no la decisión resultante de esta en sí.[3] Esto se debe a que, en las sociedades democráticas, la responsabilidad de los políticos que ejercen un mandato público y, en el ejercicio de esa función, toman decisiones que generan consecuencias negativas es, normalmente, de orden político: son los votantes quienes aprueban esa conducta o la "penalizan" en las elecciones siguientes. Como máximo, las decisiones "malas" son una cuestión de derecho constitucional, administrativo o civil, p. ej., cuando un ciudadano reclama la reparación de un daño. Pero, al menos bajo determinadas circunstancias, ¿podrían comportar responsabilidad penal?

El presente trabajo pretende arrojar luz a estos interrogantes desde una perspectiva comparativa, sobre la base de un estudio concluido en 2017.[4] En función de lo expuesto anteriormente, su foco se centra en los políticos que actúan en el ejercicio de funciones que les fueron conferidas a través de elecciones democráticas. Más específicamente, trata acerca de la protección penal de los fondos públicos contra decisiones políticas "malas".

Las razones que motivaron esta delimitación del tema son variadas: primero, este tipo de decisiones son de enorme importancia para nuestras sociedades porque pueden comportar pérdidas de dinero que podría necesitarse urgentemente para otros fines (al final de este epígrafe, se darán algunos ejemplos). Esto puede resultar inclusive más insatisfactorio cuando únicamente los subordinados —esto es, funcionarios públicos que ejecutan decisiones de los políticos— sean

[2] Solo en algunos contextos se realiza una distinción entre líderes políticos y militares, cfr. art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad por mando.
[3] Cfr. art. 15 (b) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
[4] ZIMMERMANN (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017. El presente artículo se basa en los aportes del *autor* a dicho volumen (*Introducción*, pp. 3 ss.; *El caso a analizar*, pp. 7 ss.; y *Un análisis comparativo de las leyes penales que protegen fondos públicos: ¿las decisiones políticas "malas" pueden penalizarse?*, pp. 255 ss.), los que se complementan con observaciones adicionales y comentarios acerca de los sucesos más recientes.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

llamados como responsables en los procesos penales. En segundo lugar, puede decirse que prácticamente cada decisión política tiene efectos sobre los fondos públicos. En consecuencia, los tipos penales que tienen por finalidad prevenir el dispendio del dinero de los contribuyentes podrían permitir una muy amplia injerencia judicial en el ámbito político. En tercer lugar, durante los últimos años, el derecho penal económico parece haberse transformado en una herramienta que permite que la justicia penal realice un escrutinio más profundo de las decisiones políticas.

A ese respecto, no hace falta recurrir a ejemplos altamente problemáticos como el de la ex primera ministra ucraniana Timoshenko, a quien se atribuyó un exceso en sus facultades al firmar un contrato con Rusia sobre importación de gas:[5]

- en Islandia, el ex primer ministro Geir Haarde fue condenado por la forma en la que manejó la crisis financiera en curso en 2008;[6]

- otros ejemplos pueden ser encontrados en Alemania, donde el ex primer ministro de Baden-Württemberg, Stefan Mappus, fue imputado por haber comprado acciones de una empresa proveedora de energía a un precio exorbitante.[7] Asimismo, el ex ministro de finanzas de Rheinland-Pfalz, Ingolf Deubel, fue cuestionado por las autoridades judiciales y hasta condenado en primera instancia por un acuerdo de alto riesgo que tenía por objeto la transformación de la pista de Fórmula 1 "Nürburgring" en un parque de diversiones.[8]

- en Francia, Christine Lagarde fue condenada porque, durante su mandato como ministra de finanzas, no recurrió una sentencia de arbitraje sospechosa que obligó al Estado a pagar alrededor de cuatrocientos millones de euros.[9]

- actualmente, el ex presidente regional Carles Puigdemont y algunos de sus compañeros políticos enfrentan imputaciones por haber organizado un referéndum acerca de la independencia de España

[5] Para un registro del caso, ver la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del 30 de abril 2013, demanda n.º 49872/11.
[6] Ver la decisión del TEDH del 23 de noviembre de 2017, demanda n.º 66847/12; para más detalles, ver BRAGADÓTTIR, "Criminal Law and the Financial Crisis: The Proceedings Against Iceland's Former Prime Minister Geir H. Haarde", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 357 ss.
[7] Para más detalles, ver ZIMMERMANN, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Germany", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, p. 103.
[8] ZIMMERMANN, *supra* nota 4, p. 99.
[9] Cour de Justice de la République, caso n.º 2016/001, 19 de diciembre de 2016.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y, presuntamente, lo habrían financiado con fondos públicos.[10] En rigor, esta es solo una de las imputaciones que se le realizan y no la más grave, especialmente si se la compara con la del delito de "rebelión". Sin embargo, el tribunal alemán competente para la extradición de Puigdemont la consintió únicamente en virtud de la acusación por "malversación". Esto demuestra que los delitos del derecho penal económico, que fácilmente pueden ser relevantes en materia de decisiones políticas en razón del efecto de estas sobre los fondos públicos (ver más arriba), pueden generar posibilidades para una persecución transnacional que no existe con relación a otros delitos. En el caso de Puigdemont, p. ej., el tribunal alemán resolvió que el conocido requisito de la doble incriminación para las extradiciones no se cumplía con relación a la imputación por "rebelión", en tanto los hechos planteados por las autoridades españolas no eran suficientes para una imputación penal en Alemania.

Por estas razones, las siguientes reflexiones van a limitarse a la responsabilidad penal de los políticos por el dispendio de fondos públicos. Obviamente, esto no significa que no puedan concebirse imputaciones penales en función de aspectos diferentes. Al respecto, podría bastar señalar las últimas novedades de Italia: de acuerdo con informes de la prensa, Matteo Salvini (ministro del interior y líder del partido de extrema derecha) enfrenta una investigación por privación de la libertad y abuso de autoridad en razón de haber expulsado barcos que habían rescatado a refugiados africanos en el ingreso a puertos italianos. En este sentido, la protección penal de los fondos públicos es únicamente una *pars pro toto* con relación a una temática más amplia.

II. Análisis comparativo de un caso práctico

El estudio comparativo anteriormente mencionado se conformó con informes acerca de la relevancia penal de las decisiones políticas en nueve países europeos: Alemania, Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia, España, Grecia, Finlandia y Noruega (más un aporte adicional que trata el proceso penal contra Geir Haarde en Islandia). Como punto de partida común para cada uno de los reportes, se requirió a los participantes que plantearan la solución que se daría en cada una de sus jurisdicciones a un caso hipotético. Se optó por un caso que involucra un proyecto de infraestructura de gran envergadura, es decir un ejemplo particularmente frecuente y elocuente de decisiones políticas con grandes efectos en el presupuesto público:

[10] Puigdemont dejó España antes de ser arrestado. Un registro del caso puede encontrarse en dos resoluciones alemanas acerca del pedido de extradición de España: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), decisiones del 5 de abril de 2018 y del 12 de julio de 2018.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la ciudad C, existe un debate público acerca de la construcción de un puente que conectaría dos partes de C que están separadas por un río. Sus sostenedores argumentan que el puente es necesario a causa de los problemas de tránsito. Otros critican sus altos costos, piensan que el puente sería de dimensiones excesivas o, inclusive, niegan que podría ser de utilidad alguna. Sin embargo, el puente es también un prestigioso proyecto para M, que es el responsable político de tomar la decisión de construirlo en su calidad de ministro responsable / intendente de C / miembro del concejo deliberante de C / (…). En consecuencia, M decide / participa en la decisión del concejo / usa su influencia para promover la decisión de construir el puente. Al hacerlo, M es completamente consciente de que el proyecto es cuestionable —en virtud de la situación financiera de C y de su resultado incierto—. En efecto, la decisión tomada por M resulta ser equivocada porque el puente es muy caro / de tamaño excesivo / completamente inútil.

Para la compresión del caso, tres aspectos podrían ser de importancia: primero, se asumió que la persona cuya responsabilidad penal debía examinarse (M) revestía un cargo *cualquiera* que le confería atribuciones suficientes para tomar esas decisiones en su respectivo país —ya fuera como ministro, intendente, miembro del concejo deliberante, etc.—. El único requisito era que M hubiera sido elegido democráticamente o que —como en el caso de un ministro— fuera un responsable directo ante un órgano elegido democráticamente (p. ej., el parlamento). En particular, esto excluyó a aquellas personas que revistieran un cargo público pero solo actuaran como subordinados, así como también a aquellas personas que únicamente revistieran una posición jerárquica en un partido político. Asimismo, el análisis se limitó a personas pertenecientes al poder ejecutivo dado que en las jurisdicciones contempladas en el estudio los miembros del parlamento gozan de inmunidad por sus decisiones.[11] Por lo tanto, la legislación expresamente les reconoce a los parlamentarios un privilegio que no tiene equivalente en el caso de los representantes del poder ejecutivo —lo que torna más interesante la pregunta acerca de cuáles tipos penales pueden alcanzar al proceso de toma de decisiones políticas—.

En segundo lugar, habría sido más sencillo resolver el caso si al político M le hubieran ofrecido dádivas u otro tipo de beneficios personales para que tomara esa decisión: en ese caso, le sería

[11] Para una descripción general ver IOVENE, "A Comparative Analysis of National Provisions Granting Immunity to Politicians", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, p. 296, p. 300. No sorprende que difiera el léxico utilizado en las diferentes disposiciones sobre la inmunidad. Presumiblemente, muchos ordenamientos que únicamente garantizan inmunidad para "opiniones expresadas" en el parlamento incluyen los votos bajo este término. Una excepción está dada por los Países Bajos, ver GEELHOED, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in The Netherlands", ibíd., p. 186; en Finlandia, la inmunidad parlamentaria con relación a opiniones y votos puede ser removida por el parlamento, cfr. HELENIUS, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Finland", ibíd., p. 56.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aplicable el delito de cohecho. Pero, en la medida en que esto no pueda ser probado o inclusive cuando sea claro que el político actuó con las mejores intenciones, será solo la decisión como tal la que podrá disparar la persecución penal.

Por último, la decisión tomada por M se refería al "si" y al "qué" del proyecto de infraestructura: ¿la ciudad debía construir un puente o dejar la situación del tránsito tal como estaba ("si")? ¿O los problemas debían resolverse de una manera distinta, p. ej., construyendo un túnel o mediante conexión vía ferry ("qué")?

Frente a esos interrogantes, los políticos normalmente gozan de un amplio margen de discrecionalidad. Ciertamente, podría ser más sencillo establecer responsabilidades penales en una fase posterior, en particular con relación a la elección del contratista o al manejo de los fondos destinados al proyecto. En ese momento, las decisiones a tomar están vinculadas con preguntas acerca de "quién" y "cómo": ¿quién debería construir el puente y cómo debería ser administrado el proyecto? Sin embargo, en lo que respecta a esa fase de la toma de decisiones, la normativa frecuentemente limita en forma más significativa la discrecionalidad de los responsables de hacerlo y, frecuentemente, estas tareas son delegadas en funcionarios subordinados con competencias específicas. Asimismo, en esa instancia podría ser ya demasiado tarde para una protección efectiva de los caudales públicos. En nuestro caso, p. ej., sería de poca ayuda elegir la propuesta más económica si el puente fuera totalmente inútil o aun la propuesta más económica podría ser excesivamente onerosa en virtud de la ya muy precaria situación financiera de la municipalidad. Por lo tanto, en los próximos minutos nos concentraremos en las preguntas acerca de "si" y "qué".

III. Dos enfoques: la protección de la propiedad vs. el cumplimiento de deberes

Entre los ordenamientos analizados en el estudio comparativo, pueden observarse dos enfoques principales: algunos países acuden fuertemente a tipos penales orientados a la protección de la propiedad, mientras que otros criminalizan el incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos (y todos ellos incluyen en esa categoría a responsables de la toma de decisiones políticas tales como ministros, intendentes, miembros de concejos deliberantes, etc.). Algunos países han implementado ambos enfoques.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Primer grupo: foco exclusivo en delitos contra la propiedad

a) Alemania como el ejemplo más destacado

Entre los ordenamientos que se concentran en los delitos contra la propiedad, Alemania es, probablemente, el ejemplo más elocuente. El tipo penal aplicable se encuentra previsto en el § 266 del Código Penal alemán (CP-Alemania) y puede ser designado aquí como "administración desleal" o, en alemán, *Untreue*. En principio, este es un delito común y su alcance *rationae personae* no se encuentra únicamente limitado a funcionarios públicos. Sin embargo, si es cometido por un funcionario público (un ministro o un intendente, p. ej.) que abusa de su poder o de sus facultades, esto constituye una circunstancia agravante.[12] En cuanto aquí interesa, el tipo penal está compuesto de tres elementos: la violación de un deber de cuidar el patrimonio, la causación de un daño y la intención en la forma más tenue de *dolus eventualis*. Si presumimos que las personas de las cuales estamos tratando están alcanzadas por deberes de cuidar patrimonios en tanto son responsables del manejo de fondos públicos —aspecto al que se oponen algunos autores en el caso de los miembros de concejos deliberantes—,[13] el punto crucial es el requisito de causación de un daño. Como punto de partida, este debe entenderse en un sentido estrictamente económico, y eso conlleva ciertos problemas para el caso bajo análisis:

La doctrina del "test del balance negativo" y "del daño de puesta en peligro"

El requisito de daño presupone una pérdida económica, cuya verificación generalmente se constata mediante la comparación del valor económico del activo antes y después del acto llevado a cabo: si el balance es cero o positivo, el requisito de daño no se encuentra satisfecho. Si el balance es negativo, el daño se tiene por verificado.[14] En nuestro caso, entonces, es dirimente si la consecuencia de la decisión es que la autoridad competente debe pagar más de lo que obtiene a cambio. En otras palabras: si el monto pagado supera el valor económico del puente.

Pero en el momento en el que la pregunta acerca del "si" y el "qué" es contestada, la autoridad

[12] Ver § 266(2), en combinación con § 263(3) n.º 4.
[13] DIERLAMM, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 5, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck 2014, § 266/109, con otras referencias.
[14] SCHÜNEMANN, en VON LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 9/1, 12. ª ed., De Gruyter, 2012, § 266/168; este test fue refutado por WOLF, *Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel*, Fráncfort, Klostermann 1998, pp. 53 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

competente —normalmente— no debe pagar aún siquiera un peso. Asimismo, es usualmente muy complejo determinar el valor económico de una medida de infraestructura. Sin embargo, ello no excluye *per se* la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por "administración fraudulenta": a fin de establecer que un daño fue causado, debería bastar —en principio— que un activo del fiduciante haya sido puesto en peligro.[15] La razón subyacente es que tal circunstancia podría de por sí reducir su valor económico. De todos modos, esto presupone que el peligro de una pérdida real sea muy concreto y no una mera posibilidad; este debe ser susceptible de "ocurrir prácticamente con certeza".[16] Pero, aun cuando en nuestro caso fuera claro que el puente nunca tendría un valor que compensara el precio pagado por él, la decisión política en favor del proyecto integraría normalmente una parte de un proceso puramente interno. Entonces, no podría decirse que la decisión en sí resultó en un acuerdo vinculante con un tercero, que causó un riesgo suficientemente concreto de producción de una pérdida económica para el municipio. Sin perjuicio de ello, no es imposible imaginar situaciones en las que la solución sería diferente. Un ejemplo podría ser el caso en el que un acuerdo con un contratista hubiera sido concluido, pero sujeto como condición necesaria a que el concejo deliberante otorgara su consentimiento final a la medida. Aun así, puede concluirse que, debido a su requisito de daño, el § 266(1) CP-Alemania tiene normalmente poca relevancia con relación a la decisión política acerca del "si" y el "qué".

La doctrina del "daño individual"

Sin embargo, el político podría haber puesto en serias dificultades al respectivo ente. En esos casos, una interpretación más amplia del requisito de daño del § 266(1) CP-Alemania podría presentar una solución: ha sido fundamentalmente aceptado en el derecho penal alemán que la causación de un daño también puede ser determinada tomando en consideración el valor individual que un activo tiene para el fiduciante. Esto puede ser ilustrado mediante un simple ejemplo: asumamos que S es el firmante autorizado de una compañía y se encuentra en un viaje de negocios. En vez de elegir una habitación de hotel estándar (lo que le es exigido por las normas internas de la empresa), se hospeda en la suite presidencial de un hotel cinco estrellas a una tarifa de cuatro mil euros por noche. En este caso, el balance de la transacción es cero: la compañía (representada por S) obtiene el uso de la suite presidencial y, por lo tanto, una adecuada compensación por el alquiler pagado. No obstante, un alojamiento particularmente lujoso de S no tiene valor alguno para la

[15] BGHSt t. 52, p. 182 ss; PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 29.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014, § 266/45.
[16] WEIGEND, en HELLER/DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2010, p. 279.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

empresa. Por lo tanto, el costo extra podría ser considerado un daño en los términos del § 266(1) CP-Alemania.[17]

Sin embargo, la utilidad (o inutilidad) individual de un activo no es estrictamente una categoría económica. Entonces, este concepto se aparta en cierta forma del alcance tradicional del § 266(1) CP-Alemania. Por lo menos, una vasta ampliación de la doctrina del "daño individual" podría implicar castigar cualquier uso de los activos que no se corresponda con las *expectativas del fiduciante*. Pero, ¿puede, p. ej., nuestro firmante autorizado S cometer este delito al comprar maquinaria a un proveedor que se encuentra vedado por las normas internas de la empresa X, digamos, por razones estratégicas? En la medida en que X realmente necesite esa maquinaria y el precio negociado por S sea razonable, el mero hecho de que X no quisiera comprarlo a un determinado productor podría difícilmente satisfacer el requisito de daño. Esto demuestra que el concepto de "daño individual" tiende a confundir el requisito de daño con el primer elemento del § 266(1) CP-Alemania, esto es, la violación de un deber de cuidar el patrimonio ajeno. Directamente, la violación de un deber de cuidar el patrimonio ajeno se transformaría en el único requisito de la responsabilidad penal. Ese resultado sería inconsistente con el hecho de que el § 266(1) CP-Alemania exige que haya ocurrido un daño económico.[18]

Por lo tanto, un fallo del Tribunal Superior Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 1961 estableció requisitos adicionales: en tales circunstancias, un daño relevante ocurre (solo) si la conducta puso al fiduciante en dificultades financieras, lo obligó a tomar préstamos de alto interés o disminuyó su potencial económico en forma relevante.[19] En 1997, el Tribunal Superior Federal alemán consideró esta doctrina del "daño individual" aplicable a inversiones públicas siempre y cuando "la toma de préstamos económicamente elevados se haga necesaria, la posibilidad del legislador de disponer de su presupuesto se vea seriamente afectada y […] las posibilidades del legislador de actuar desde la perspectiva política se vean seriamente restringidas".

[17] Cf. SALIGER, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2016, § 266/63.
[18] Ver, en un contexto diferente, BVerfGE t. 126, pp. 170 ss.
[19] BGHSt t. 16, pp. 321 ss. Este fue un caso de defraudación, pero el requisito de daño del fraude se considera idéntico al del § 266(1) CP.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Limitaciones exigidas por el Tribunal Constitucional Federal

A pesar de estas limitaciones, la doctrina del "daño individual" y el concepto de "daño por riesgo" abrieron el camino hacia una muy amplia interpretación del requisito de daño. Estas tendencias provocaron una intensa discusión en la doctrina. Muchos comentaristas esgrimieron que, especialmente, el enfoque del "daño por riesgo" comportó una aplicación analógica del § 266(1) a casos que ya no se encontraban cubiertos por la letra de la ley y, por lo tanto, violaba el principio de legalidad.[20] En 2010, el Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) adoptó parcialmente esta postura y exigió restricciones para mantener la constitucionalidad del § 266(1) CP-Alemania.[21] Particularmente, señaló que esa noción no debería reducir los límites a la responsabilidad penal establecidos en la ley: el hecho de que el inculpado haya puesto en riesgo la propiedad del fiduciante solamente podría ser considerado causación de daño en los términos del § 266(1) CP si ese riesgo pudiera ser de hecho mensurado en términos económicos.

Pero en un pronunciamiento posterior, el Tribunal Constitucional Federal, curiosamente, no señaló mayores preocupaciones con relación al concepto de "daño individual". El caso es de gran relevancia para este estudio porque involucró el ilícito cometido por un político en funciones: un ex intendente había sido condenado a dos años de prisión (cuya ejecución había sido suspendida condicionalmente) porque, durante el ejercicio de su cargo, había tomado más préstamos para su municipio que aquellos que habían sido autorizados por el concejo deliberante local —más del doble—.[22] El Tribunal Superior Federal confirmó su condena y entendió que el daño consistió en los intereses que el municipio había debido pagar por los préstamos. No aceptó el planteo de la defensa acerca de que estos préstamos habían sido necesarios para cumplir con deberes del municipio y que, más allá de ello, habían respondido a los estándares de mercado. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, señaló que el municipio sí había obtenido algo a cambio de las tasas de interés: la posibilidad de gastar dinero del que no disponía. Por lo tanto, afirmó que la obligación de pagar una tasa de interés estándar de mercado se ve normalmente compensada por la obtención de liquidez y, en consecuencia, no es en sí suficiente para justificar una condena por "administración desleal".[23] No obstante, el Tribunal Constitucional Federal no rechazó la doctrina

[20] Ver, p. ej., DIERLAMM, *supra* nota 13, § 266/3; SCHÜNEMANN, *supra* nota 14, § 266/24 ss.
[21] BVerfGE 2 126, pp. 170 ss.
[22] BGH NStZ 2011, pp. 520 ss.
[23] BVerfG NJW 2013, pp. 365 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del "daño individual" como tal. Muy por el contrario, explicó que en el caso en cuestión la decisión de tomar préstamos (y pagar un interés a cambio) podía ser considerada económicamente inútil para el municipio afectado —y, por lo tanto, causante de un "daño individual"— debido a su situación presupuestaria.[24] Asimismo, brindó a los tribunales inferiores cierta guía para casos asimilables a aquel que pudieran darse en el futuro: se deberá probar que el préstamo fue utilizado para financiar medidas que fueron económicamente inapropiadas, p. ej., porque empeoraron la situación del municipio que ya se encontraba en dificultades financieras.[25] Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Federal esencialmente mantuvo los principios establecidos en la anterior jurisprudencia de los tribunales inferiores, incluido el Tribunal Superior Federal.

En contra de este panorama, una decisión con relación a una medida de infraestructura como la de nuestro caso puede —por lo menos como principio— ser considerada como causa de un "daño individual" al respectivo ente público si el proyecto resulta groseramente sobredimensionado o completamente inútil. Lo mismo puede afirmarse si se financia el proyecto con préstamos que —en virtud de la precaria situación financiera de la entidad— son claramente inapropiados en términos económicos. Por lo tanto, no es del todo hipotético el riesgo de interferencia de la esfera judicial en el proceso de toma de decisiones políticas.

Elemento subjetivo: dolus eventualis

No obstante, los defensores podrían encontrar una vía de escape dado que el requisito de *mens rea* del § 266 CP-Alemania será normalmente difícil de probar. Este presume que el responsable de tomar la decisión política fuera consciente del daño potencial y lo haya aceptado. Particularmente, en el caso de proyectos controvertidos en los que sus pros y contras están sujetos a debate, la defensa de los políticos consiste en que ellos estaban convencidos de los efectos positivos de la medida. De todos modos, la responsabilidad penal de un político por administración fraudulenta dependerá también de la valoración que el tribunal penal haga acerca de su decisión.

b) Ordenamientos similares

Lo que podemos concluir hasta aquí es que el delito común contra la propiedad previsto por el § 266 CP-Alemania ciertamente no ha sido concebido para casos como el que estamos analizando aquí. Obviamente, su aplicación causa entonces muchos problemas. Pero, sorprendentemente,

[24] BVerfG NJW 2013, pp. 365 ss (§§ 23 ss.).
[25] BVerfG NJW 2013, pp. 365 ss. (§ 26).

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Alemania no es la única que tiene este tipo de enfoque:

- en Bélgica, la situación es muy similar. Allí, el tipo de "abuso de confianza" (art. 491 CP-Bélgica) requiere que la propiedad haya sido malgastada. Y, al igual que en Alemania, este elemento causa problemas con relación a la decisión acerca del "si" y el "qué" de una medida de infraestructura, tomada en el nivel político.[26]

- en los Países Bajos, el delito de "malversación de caudales" (art. 321 CP-Países Bajos) es el que mejor abarca nuestro caso. Este presume un acto de apropiación indebida, consistente en la administración de dinero en contra de acuerdos previamente concluidos, así como también el hecho de tornar imposible o significativamente más difícil la devolución del dinero. Sin embargo, este requisito no se ve satisfecho en la medida en que el puente haya sido pagado con dinero previamente afectado a este proyecto en particular. Es aún más difícil aplicarlo al momento en el que los políticos deciden acerca de una medida de infraestructura.[27]

- también Francia presentaría problemas para tratar nuestro caso.[28] Como cuestión de principios, el delito de "sustracción de fondos públicos" (art. 432-15 CP-Francia) podría alcanzar el gasto excesivo (aunque pareciera haber poca jurisprudencia al respecto). Pero, primero, en el derecho penal francés no hay responsabilidad penal para los individuos por su participación en un acto de toma de decisiones ilegítimas en el contexto de un órgano público.[29] En consonancia con ello, los miembros del concejo deliberante de un municipio no pueden ser considerados responsables cuando su decisión en conjunto causa un perjuicio a los fondos del municipio. En segundo lugar, sería cuestionable la adecuación en estos casos de la responsabilidad penal con el derecho de auto-determinación de los municipios. Si, sin embargo, dejamos el caso de lado por un momento, el CP-Francia incluye otro delito interesante. El art. 432-16 CP-Francia, que fue la base legal para la condena de Christine Lagarde mencionada anteriormente, penaliza el hecho de permitir que terceros se apropien indebidamente de fondos públicos. A pesar de que Lagarde fue condenada, el tribunal no le impuso una pena porque ella había actuado bajo la presión de una crisis financiera

[26] Para detalles, ver DE BONDT, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Belgium", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 23 ss.
[27] Para detalles, ver GEELHOED, *supra* nota 11, pp. 170 ss.
[28] Para detalles, ver CHETARD, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in France", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 67 ss.
[29] En el caso de las personas que impulsan y promueven una decisión colectiva, se da una excepción, ver CHETARD, *supra* nota 28, pp. 65 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

global (y en función de su reputación personal).[30]

2. Segundo grupo: ambos tipos de delitos, con foco en las figuras contra la propiedad

Sentado ello, podemos pasar a un segundo grupo de ordenamientos que siguen una especie de doble enfoque: estos tienen (y, en principio, podrían aplicar) tanto tipos penales que protegen la propiedad (pública), como tipos penales que criminalizan el incumplimiento de deberes oficiales. Estos países son Grecia y España.

Si nos limitamos aquí a España, el delito de interés[31] es la prevaricación (art. 404 CP-España).[32] En función de este, es penalmente relevante la conducta de la autoridad o funcionario público que, a pesar de conocer su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Pero este tipo penal plantea un estándar muy alto para la responsabilidad penal, pues requiere que la decisión sea arbitraria a punto tal que no pueda ser justificada por ninguna posible interpretación admitida de la ley. Entonces, no es suficiente que la decisión se base en una opinión legal errónea o discutible, sino que debe contradecir la ley tan claramente que cualquiera habría podido saberlo. Por otra parte, el funcionario público también debe haber sido consciente de la arbitrariedad de la decisión. Y otro aspecto merece ser señalado: se considera que el requisito previo de una resolución en una cuestión administrativa excluye decisiones políticas del alcance del art. 404 CP-España.

En una sentencia del año 2015, un caso en el que un político había engañado a un parlamento regional no fue considerado como constitutivo de esa excepción. Lo que particularmente llevó a interrogantes de este tipo fue el llamado del parlamento catalán a un referéndum sobre la independencia respecto de España: mientras el voto parlamentario en sí fue considerado un "acto político", los desarrollos más recientes de la imputación a Carles Puigdemont hacen al menos dudoso que pueda decirse lo mismo con relación al uso de recursos para la organización del referéndum.[33] Pero, al menos en lo que concierne a las preguntas acerca de "si" y "qué" en nuestro caso, no parecería exagerado asumir que la responsabilidad penal se vería excluida aun si el requisito

[30] Ver nuevamente Cour de Justice de la République, caso n.º 2016/001, 19 de diciembre de 2016.
[31] La parte pertinente del artículo reza: "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".
[32] Al respecto ver CALATAYUD, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Spain", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 234 ss.
[33] El pedido de extradición de España no se basó en el delito de prevaricación (ver referencias en la nota 10). No está enteramente claro que siga en curso el proceso penal contra Puigdemont ante este tribunal.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de arbitrariedad se verificara.

Por estos motivos, la decisión de construir un puente sería considerada un delito contra la propiedad en España, puntualmente el de malversación de acuerdo con los arts. 432 y 252 CP-España. En efecto, tal como hemos visto, las autoridades judiciales españolas parecen concentrarse en este tipo penal también en el caso de Puigdemont.[34] En Grecia, la situación legal es bastante similar.[35] Estas figuras contra la propiedad presentan fuertes paralelismos con el tipo penal alemán de administración fraudulenta, pero su alcance parece un tanto más limitado: no obstante que algunos autores españoles exigen un enfoque que se asemeja a la doctrina alemana del "daño individual", la opinión mayoritaria hasta ahora aplica un criterio estrictamente económico cuando la causación del daño debe ser establecida.[36] Esto en última instancia implica los mismos problemas que se verifican en el ordenamiento alemán.

3. Tercer grupo: foco exclusivo en delitos basados en el incumplimiento de deberes

El tercer grupo de ordenamientos ha elegido un enfoque distinto, en tanto no examinaría nuestro caso desde la perspectiva de los delitos contra la propiedad. En cambio, su foco radicaría exclusivamente en la cuestión acerca de si el responsable de tomar la decisión política actuó en incumplimiento de sus deberes como funcionario público. Estos países son Italia,[37] Finlandia, Noruega e Islandia. Entre estos, los dos países escandinavos son más interesantes en este contexto porque han adoptado disposiciones de gran alcance. En Finlandia,[38] el cap. 40, sec. 9 CP exige nada más que "un funcionario público, al actuar en el ejercicio de sus funciones, viole intencionalmente sus deberes con base en las disposiciones o regulaciones a seguir en el ejercicio de funciones oficiales". Sin embargo, el alcance de esta disposición se ve limitado en virtud de una regla *de minimis*, según la cual la conducta será considerada penalmente relevante solo cuando no sea considerada "leve". No se requiere una determinada intención pero, cuando el sujeto activo actúe para obtener

[34] Una segunda imputación penal contra Puigdemont se basa en el delito de rebelión, porque algunos seguidores de la independencia catalana reaccionaron con violencia cuando las fuerzas de policía españolas intentaron frenar el referéndum (ver nuevamente referencias en la nota 10). Por más interesante que sea, este delito está lejos del objeto de este trabajo.
[35] Ver GIANNAKOULA, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Greece", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 121 ss.
[36] CALATAYUD, *supra* nota 32, pp. 232 ss., con ulteriores referencias.
[37] Para detalles ver IOVENE/RECCHIA, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Italy", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 145 ss.
[38] Para detalles ver HELENIUS, *supra* nota 11, pp. 42 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un beneficio o para causar un daño o pérdida, se aplicará la figura agravada prevista por el cap. 40, sec. 7 del CP-Finlandia. En Noruega,[39] la situación es bastante similar: conforme la sec. 171 CP-Noruega, la violación de un deber oficial en el ejercicio de una función pública solo es penalmente relevante cuando es grave. Nuevamente, la finalidad de obtener un beneficio (así como también una consciente violación de deberes, la causación de un daño o formas de abuso de autoridad) únicamente constituye una circunstancia agravante (sec. 173 CP-Noruega). Lo que distingue ulteriormente a Finlandia y Noruega de otros ordenamientos es que criminalizan inclusive comportamientos negligentes (cap. 40, sec. 10, CP-Finlandia y —solo en el caso de grave negligencia— sec. 172 CP-Noruega).

En Finlandia, los límites más relevantes a la responsabilidad penal derivan de la naturaleza de los deberes que el funcionario público debe haber violado. Sin establecer límites infranqueables, la jurisprudencia pone su énfasis en el principio de legalidad. En un caso, p. ej., consideró que no era suficientemente preciso el deber de evitar cualquier cosa que fuera en contra del interés del municipio. Frente a este contexto, es al menos dudoso si el caso del puente conllevaría responsabilidad penal. Asimismo, el elemento excluyente acerca de que no debe tratarse de una conducta leve permite un análisis global que también tiene en cuenta los efectos negativos de la conducta. Por último, no debe soslayarse que la sanción prevista para el comportamiento negligente es inusual, ya que únicamente consiste en una advertencia.

En comparación, la ley noruega parece poner menos énfasis en cuán taxativamente había sido regulado el deber violado, ya que toma en consideración también actos que contradicen principios más generales acerca de cómo ejercer la autoridad pública. Sin embargo, el requisito de que la violación tiene que ser grave —con relación al nivel de apartamiento respecto del curso de acción correcto y su significación— actúa como un correctivo.

A pesar de que no está directamente vinculado con el caso bajo análisis, es oportuno realizar una mención adicional al proceso contra Geir Haarde en Islandia.[40] Su base legal no fue un delito contemplado en el CP. En cambio, se lo imputó en virtud de un delito especial para miembros del gobierno que se encuentra establecido por la ley 4/1963 de responsabilidad ministerial y fija una

[39] Para detalles ver SUOMINEN, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Norway", en ZIMMERMANN, *supra* nota 4, pp. 197 ss.
[40] Para detalles ver BRAGADÓTTIR, *supra* nota 6, pp. 361 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pena máxima de dos años de prisión. Entre los restantes países analizados en el estudio comparativo, solo los Países Bajos tienen un delito especial similar, pero, aparentemente, no tiene aplicación práctica.[41] A pesar de que la imputación contra Haarde incluía varios cargos más graves, él fue finalmente condenado por su negligencia grave en el cumplimiento de su deber constitucional de mantener reuniones de gobierno acerca de cada cuestión importante: el tribunal consideró acreditado que no había discutido el agravamiento de la crisis del sector bancario islandés en las reuniones oficiales de gobierno. Sin embargo, Haarde no fue condenado a cumplir la penal debido a que, entre otras cosas, había actuado con negligencia grave. Sin dudas, esto hace de su condena un acto más bien simbólico.

IV. Conclusiones

Como conclusión tentativa, puede afirmarse que todos los ordenamientos que han sido analizados presentan numerosas dificultades frente al caso tratado. Esto puede deberse a un conflicto fundamental que surge cuando los políticos deben ser imputados por decisiones tomadas en el ejercicio de sus funciones (en nuestro caso, la de construir el puente): se pone a prueba nada menos que la democracia representativa.

Por un lado, en nuestras sociedades modernas los políticos no son más que ciudadanos normales y no deberían gozar de particulares privilegios en el ámbito del derecho penal (a excepción de aquellas necesarias para el ejercicio de sus funciones). De lo contrario, el poder político se tornaría fácilmente en una tentación.

Por otro lado, es una característica inherente a esa forma de gobierno el hecho de que la población elija representantes cuya tarea consiste en tomar decisiones por la comunidad. Particularmente, en los niveles más bajos del gobierno (fundamentalmente, los municipios), en los que estos representantes son normalmente ciudadanos y no políticos profesionales, las democracias representativas dependen del compromiso de los individuos. No hay necesidad de explicar que sería dificultoso encontrar personas que asuman esta responsabilidad si luego tuvieran que temer una sanción penal. Es más, la criminalización de decisiones políticas podría plantear escenarios de abuso. Luego de un cambio en la conducción política, podría permitir que los nuevos gobernantes imputaran a sus opositores, tal como en el caso de la ex primera ministra ucraniana Yulia Timoshenko. Desde una perspectiva constitucional, la separación de poderes sería en ese caso puesta

[41] GEELHOED, *supra* nota 11, pp. 179 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en discusión. Por su puesto que podría argumentarse que este es solo un riesgo hipotético en las sociedades democráticas. La realidad, sin embargo, muestra que las elecciones pueden ser ganadas por candidatos extremistas que, en consecuencia, podrían pretender atacar rápidamente garantías que son cruciales para el Estado de derecho y para el debido proceso. Por lo tanto, aun en el caso de democracias que aparentemente funcionan bien, los tipos penales aplicables a decisiones políticas son problemáticos.

Particulares dificultades se plantean cuando los tipos penales orientados a la protección de la propiedad son utilizados para combatir el derroche de fondos de los contribuyentes para proyectos edilicios y de infraestructura inútiles, sobredimensionados y muy costosos. Sin embargo, muchos países (Alemania, Bélgica, Francia y Países Bajos) han elegido este enfoque, aunque con algunas variaciones. De los países que generalmente criminalizan el incumplimiento de deberes públicos, Grecia, España e Italia han adoptado modelos bastante restrictivos. El fenómeno de malversación de fondos públicos es por lo tanto —nuevamente— una cuestión de delitos contra la propiedad en estos países. El tercer tipo de países (Finlandia, Noruega y, en lo que respecta a los ministros, Islandia) prevén tipos penales amplios cuyo elemento principal es la violación de un deber y que pueden ser inclusive aplicables en casos de (grave) negligencia. El hecho de que este sea realmente un modelo superior puede ser cuando menos puesto en duda, dado que su "costo" es la falta de claridad y —por lo menos dada la situación de Finlandia— no es claro que esto verdaderamente refuerce la protección penal de los caudales públicos. Generalmente, los delitos imprudentes para la protección de los fondos públicos tienden a tener una naturaleza puramente simbólica, al menos en lo que respecta a las decisiones políticas: en Finlandia, la advertencia o la multa contra el funcionario público acusado es la única sanción posible. Y, aun cuando los procesos contra Christine Lagarde en Francia y Geir Haarde en Islandia resultaron en condenas, los tribunales obviamente consideraron que la imposición de sanciones fue excesiva. Podría, entonces, dudarse si el derecho penal es realmente la respuesta apropiada al derroche imprudente del dinero público.

¿Cuáles son las alternativas? A fin de proteger los fondos públicos y al mismo tiempo evitar abusos a partir de tipos penales amplios concernientes a *cualquier* tipo de incumplimiento de deberes, una posibilidad sería introducir en el ordenamiento figuras penales que no criminalizaran incumplimientos de deberes en general, sino deberes específicos. Como ejemplo, podría valer lo establecido en el ordenamiento español que obviamente responde a un problema particular. El art. 320 CP-España, en tanto, es aplicable a "[l]a autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización". Según el caso, también podría ser de relevancia para responsables de la toma de

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

decisiones políticas. Sin embargo, es discutible que pudiera ser aconsejable transferir este modelo a la esfera de decisiones que afectan al sector público.

Una solución diferente podría darse a través de tipos penales con foco en el conflicto de intereses. En términos generales, se aplican a una situación en la que un funcionario público toma una decisión a pesar de que no le sea permitido en virtud de estar personalmente involucrado en el asunto. Tipos penales que tratan explícitamente estas situaciones existen en Francia,[42] España,[43] Grecia[44] e Italia.[45] Asimismo, el hecho de que un funcionario público actúe a pesar de tener una incompatibilidad legal para hacerlo puede abrir la puerta a la aplicación de otros tipos penales en Finlandia (violación de deberes),[46] Noruega (abuso de confianza en ámbito económico)[47] y Bélgica (interferencia en el otorgamiento de un acuerdo).[48] Lo que se vuelve obvio, sin embargo, es que estos tipos penales claramente no tienen en mente lo que aquí llamamos preguntas acerca del "si" y el "qué": más bien cubren el caso en el que un contratista gana la licitación porque quien toma la decisión espera un beneficio personal —la pregunta acerca de "quién"—. Lo mismo vale en el caso de delitos como el "favoritismo" en Francia, donde se sancionan violaciones de las reglas de contratación pública y, por lo tanto, refieren a la pregunta del "cómo".[49]

¿Qué queda para la fase precedente en la que se toman las decisiones acerca del "si" y el "qué"? ¿Los políticos tienen carta blanca para malgastar los fondos públicos? Obviamente no. Pero quizás no es tarea del derecho penal y de la justicia penal intervenir en ese aspecto. En cambio, los legisladores podrían regular el proceso de toma de decisiones en sí, p. ej., requiriendo un estudio detallado del impacto y del riesgo (inclusive) con una visión acerca de los fondos públicos. Adicionalmente, los mecanismos de control que ya existen en el derecho administrativo —tales como controles de legalidad por parte de autoridades superiores— podrían ser reforzados, por lo menos en el caso de decisiones políticas tomadas en niveles bajos del gobierno. No solo deberían crearse autoridades independientes para la auditoría y asignárseles los medios necesarios para cumplir con sus funciones, sino que también podría atribuírseles un rol de asesoramiento. Para cuestiones de un cierto impacto financiero podría ser obligatoria una decisión colectiva,

[42] CHETARD, *supra* nota 28, pp. 78 ss.
[43] CALATAYUD, *supra* nota 32, pp. 245 ss.
[44] GIANNAKOULA, *supra* nota 35, pp. 135 ss.
[45] IOVENE/RECCHIA, *supra* nota 37, pp. 154 ss.
[46] HELENIUS, *supra* nota 11, p. 54.
[47] SUOMINEN, *supra* nota 39, pp. 209 ss.
[48] DE BONDT, *supra* nota 26, pp. 29 ss.
[49] CHETARD, *supra* nota 28, pp. 70 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preferentemente tomada por un comité de expertos, a fin de evitar errores individuales. Por último, cuando las decisiones son tomadas por políticos de alto rango, especialmente miembros del gobierno nacional, el parlamento no debería dudar en hacer uso efectivo de los mecanismos constitucionales de control puestos a su disposición. Medidas no penales de este tipo podrían reflejar límites a la responsabilidad penal tales como los que encontramos en España (la excepción de los actos políticos) y Francia (falta de responsabilidad penal por decisiones tomadas por un cuerpo municipal democráticamente electo). Por último, también podría evitarse que los ciudadanos que se comprometan con la comunidad teman una criminalización demasiado amplia.

V. Bibliografía

BRAGADÓTTIR, Ragnheiður, "Criminal Law and the Financial Crisis: The Proceedings Against Iceland's Former Prime Minister Geir H. Haarde", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

CALATAYUD, Manuel Maroto, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Spain", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

CHETARD, Guillaume, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in France", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

DE BONDT, Wendy, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Belgium", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

DIERLAMM, Alfred, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. 5, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck 2014, § 266/109.

GEELHOED, Willem, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in The Netherlands", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.GIANNAKOULA, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Greece", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

HELENIUS, Dan, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Finland", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

IOVENE, Federica, "A Comparative Analysis of National Provisions Granting Immunity to Politicians", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

IOVENE, Federica/RECCHIA, Nicola, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Italy", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

PERRON, Walter, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 29.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014, § 266/45.

SALIGER, Frank, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2016, § 266/63

SCHÜNEMANN, Bernd, en VON LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 9/1, 12. ª ed., De Gruyter, 2012, § 266/168.

SUOMINEN, Annika, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Norway", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

WOLF, Gerhard, *Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel*, Fráncfort, Klostermann 1998.

WEIGEND, Thomas, en HELLER/DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2010.

ZIMMERMANN, Frank, "Criminal Liability of Political Decision-Makers in Germany", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers. A Comparative Perspective,* Cham, Springer, 2017.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/