

**Recomendaciones técnicas para la
elaboración de un anteproyecto de
ley "QUE TIPIFICA Y SANCIONA EL
ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA"**

Este documento fue elaborado gracias al apoyo del Programa de Democracia y Gobernabilidad de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID/Paraguay), implementado por el Centro de Estudios Ambientales y Sociales (CEAMSO).

El contenido es responsabilidad de sus autores y no representa la posición u opinión de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.



Ficha técnica

Las Recomendaciones técnicas para la elaboración de un anteproyecto de ley “QUE TIPIFICA Y SANCIONA EL ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”, fue elaborado por el Centro de Estudios Judiciales (CEJ) en el marco del Programa de Democracia y Gobernabilidad de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID/Paraguay), implementado por el Centro de Estudios Ambientales y Sociales (CEAMSO).

Centro de Estudios Judiciales, 2020
William Richardson N° 181 c/ Calle Sajonia
Asunción, C.O. 1645, Paraguay

www.cej.org.py
Contacto: cej@cej.org.py

Equipo técnico del Centro de Estudios Judiciales (CEJ):

Coordinadora del Proyecto
María Victoria Rivas

Asistente de proyecto
Luis Adlán

Recopiladora
María José Bazán

Experta en Metodología
Patricia Mendoza

Consultor experto en la materia:
Enrique Kronawetter Zarza



HONORABLE CÁMARA
DE DIPUTADOS



FRENTE PARLAMENTARIO
CONTRA LA CORRUPCIÓN
E IMPUNIDAD



CENTRO DE
ESTUDIOS
JUDICIALES

ÍNDICE

Antecedentes	5
I. Exposición de motivos	7
II. Algunos ejemplos del derecho comparado en América Latina a considerar	10
III. Propuesta de tipificación del hecho punible de “abuso de funciones”	11
Introducción	12
Borrador de Anteproyecto de ley	

Recomendaciones Técnicas para para la elaboración de un Anteproyecto de Ley “QUE TIPIFICA Y SANCIONA EL ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”.

ANTECEDENTES

En el mes de agosto de 2019, a través de una resolución aprobada por la Cámara de Diputados, se crea el “Frente Parlamentario contra la Corrupción e Impunidad”, un espacio que aglutina a Diputados y Diputadas de diversos partidos políticos con el objetivo de impulsar un pacto político para el desarrollo de una agenda anticorrupción, generando espacios de reflexión y análisis entre diputados, senadores, sociedad civil y academia.

El “Frente Parlamentario contra la Corrupción e Impunidad”, solicita de manera formal, una asistencia técnica al “Programa de Democracia y Gobernabilidad” de USAID/CEAMSO, cuyo objetivo es fortalecer la labor parlamentaria en lo que atañe al control de convencionalidad de las convenciones internacionales contra la corrupción; buscando promover la aprobación de legislaciones necesarias y enmarcadas en el ámbito de las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y; fortalecer la capacidad institucional del Parlamento para dar cumplimiento efectivo a las normativas nacionales e internacionales en materia de anticorrupción. Las recomendaciones técnicas que se presentan pretenden enriquecer el trabajo que viene realizando el Frente Parlamentario contra la Corrupción e Impunidad (FPCI) y es resultado del análisis normativo realizado por el Observatorio Legislativo contra la Corrupción, desarrollado gracias a la cooperación del “Programa de Democracia y Gobernabilidad” de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), implementado por el Centro de Estudios Ambientales y Sociales (CEAMSO).

Resaltando la participación del Centro de Estudios Judiciales del Paraguay (CEJ), organización de la sociedad civil, que tuvo a su cargo la implementación del Observatorio, el análisis normativo y la redacción del anteproyecto de ley. El Observatorio Legislativo contra la Corrupción pretende dar a conocer el estado actual del cumplimiento de las recomendaciones y medidas formuladas por los sistemas de seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ambos instrumentos internacionales ratificados por Paraguay.

Las Rondas del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), se realizan desde el año 2003. El informe de la Ronda V, la última llevada a cabo, data de 2016. Por su parte, el examen de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es del año 2014. Se presenta el marco jurídico vigente y se analiza si es que las recomendaciones y medidas formuladas en el orden legislativo, son o no cumplidas por Paraguay y en qué medida. La información se extrajo principalmente de las Convenciones, de los informes de seguimiento y evaluación, y de las respuestas dadas por Paraguay en cuanto al cumplimiento de los propósitos de las Convenciones.

Por último, se elaboró un resumen por temas y calificación del nivel de cumplimiento de las recomendaciones sugeridas para el combate a la corrupción. Es importante destacar que ambas Convenciones representan para el país un compromiso serio de luchar contra la corrupción en todos sus niveles, a través del mejoramiento de la gestión institucional y de un desarrollo normativo adecuado. En cuanto a aquellas recomendaciones de orden legislativo, que constituyen el objeto de este trabajo, Paraguay ha presentado un importante avance. Paraguay cuenta con un marco jurídico pertinente para la lucha contra la corrupción, y en consonancia con ambas Convenciones internacionales. Por tanto, se podría decir, que en general, Paraguay no adolece de falta de leyes en el tema. Paraguay cumple con casi toda la legislación anticorrupción propuesta por las Convenciones. Ahora bien, en particular, el desarrollo normativo vigente podría ser pasible de algunos ajustes, y podría complementarse con la sanción de algunas leyes que ameritan su estudio y posterior promulgación. Existen normas jurídicas sobre un mismo tema que se encuentran dispersas en varias leyes, sin formar un solo cuerpo normativo.

Se recomienda que se utilicen los recursos de “Leyes Modelo y Guías Legislativas”, que propone el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención. El Frente Parlamentario contra la Corrupción e Impunidad ha priorizado la elaboración de una propuesta legislativa “Que tipifica y sanciona el abuso de la función pública” respondiendo así a la deuda que tiene el Estado Paraguayo con relación al cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

SE PRESENTA COMO RECOMENDACIÓN LA SIGUIENTE INFORMACIÓN PARA SER UTILIZADA COMO EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO LEGISLATIVO:

La realidad jurídica respecto a la sanción penal de conductas de corrupción.

Del informe de las cinco rondas (desde el año 2003 al 2016, inclusive) en los cuales los expertos informaron y evaluaron la adecuación del derecho positivo de cada Estado Parte de lo que prescribe la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)**, conocida como “**Convención de Mérida**”, que rige desde el año 2005 e incorporada al derecho positivo nacional –léase el Estudio y revisión de las recomendaciones de las Convenciones contra la Corrupción– se tiene que nuestro país no incorporó al código penal el hecho punible de “**abuso de funciones**”, figura –conforme al enfoque propuesto por la UNCAC– que no puede considerarse “implícitamente” integrado a las figuras penales actualmente vigentes.

El mensaje de las recomendaciones en torno al mandato convencional es sumamente claro: no se sanciona el ejercicio abusivo de funciones, pese a los severos perjuicios que produce no sólo en términos económicos, sino en el mismo funcionamiento del estado social de derecho que se funda en principios promotores de las buenas prácticas y la erradicación de prácticas fraudulentas por parte de personas que se abusen del ejercicio de un cargo público.

La UNCAC delinea los presupuestos para configurar la conducta del abuso de funciones, al señalar que esta se da “**cuando, intencionalmente, un funcionario abusando de sus funciones o del cargo, realice un acto en violación de ley, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad**”. De la recomendación que acabamos de extractar, se integra a otros delitos de “resultado”, es decir, que por acción –en el sentido lato que define el CP en el artículo 14– del ejercicio abusivo de la función el autor haya obtenido un beneficio indebido para sí mismo o para un tercero o entidad. De esta manera, el beneficio indebido precisaría de una definición concreta y vinculada con un “ámbito”, –si es de naturaleza económica o de otra índole– ya que, de no delimitarse el alcance de dicha expresión, podría motivar –con alguna inferencia propia de la dogmática penal– que los operadores de justicia arguyan supuestas coincidencias con otros hechos punibles como el cohecho, el soborno, el tráfico de influencias y el prevaricato, por citar algunas figuras tradicionales del espectro que abarca los hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas.

Si es que optamos por mantener la expresión “**obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad**”, pero si la queremos mantener con un resultado general, el intérprete tendrá que “adecuar” el tipo al “ámbito jurídico que le permite ejercer facultades o actos” y que ese apartamiento del “ámbito natural” produzca un beneficio indebido de cualquier índole (por ejemplo: permitir mi intervención en un evento, participar de un concurso, licitación, que me gradúe o se gradúe otro, que obtenga un título, que logre un mérito, en fin, que estos ejemplos pueda beneficiar indebidamente a terceros o a la misma institución). La otra opción es excluir la consecuencia y se convertiría en una conducta de pura actividad, con prescindencia de un resultado, pero, esta última no es la señalada por la recomendación convencional.

Necesidad de precisar el ámbito “no contemplado” por otros hechos punibles.

El Código Penal vigente establece en el **TÍTULO VIII** los “**Hechos Punibles contra las Funciones del Estado**”, dividido en **tres capítulos**, a saber:

Hechos Punibles contra la Administración de Justicia;
Hechos Punibles contra la Administración Pública; y,
Hechos Punibles contra el Ejercicio de Funciones Públicas.

Leyendo el **Capítulo I** encontramos como destaque lo que dispone el **artículo 293** que tipifica la conducta de **frustración de la persecución y ejecución penal** que involucra al funcionario encargado de la persecución y ejecución penal. El acto de corrupción podría darse en el ámbito policial, fiscal y judicial con la facilitación para evadir el sometimiento al proceso penal y la ejecución de la sanción. Es un ejercicio abusivo de una función, pero con un resultado concreto que es frustrar un deber al funcionario público. Nótese que se exige un resultado, si bien con una oración abstracta, pero sin esa consecuencia no hay encuadre penal.

Remitiéndonos al Capítulo II notaremos que la calidad de funcionario es irrelevante, ya que cualquier persona es sujeto activo de la realización del hecho descrito y conforme a esa generalidad, no se podría hablar de un ejercicio abusivo de funciones en el sentido pregonado por la UNCAC.

El Capítulo III es el que involucra con especificidad la recomendación de UNCAC y en dicho ámbito se pueden visualizar hechos punibles conocidos “tradicionalmente” bajo la expresión “corrupción”. Es por ello que analizaremos cada una de estas figuras para verificar si no existe superposición con la previsión de la Convención, principalmente con el objetivo de no incurrir en la “doble incriminación” que frustre la regulación del abuso de funciones públicas.

El artículo 300 tipifica el cohecho pasivo establece como núcleo de la conducta “el solicitar, dejarse prometer o aceptara un beneficio a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta inherente al servicio que realizó o realizará en el futuro”. Es lo que ordinariamente se conoce como el pedido de coima –aunque no excluye otro beneficio que, oblicuamente, se traduciría en un beneficio patrimonial, a cambio de realizar un servicio propio a su labor.

Se agrava la conducta con aumento de la pena privativa de libertad si se trata de un juez o árbitro a cambio de una resolución o actividad judicial. ¿Exige resultado? Obviamente que sí, incluyéndose la punibilidad de la tentativa. Aparte de esto, se exige una acción tan específica: solicitar, aceptar o dejarse prometer un beneficio, aunque al final no se consume, la tentativa también es punible, pero el “núcleo” siempre consiste en actuar deslealmente con el deber de moralidad del funcionario público de velar por la correcta aplicación de la ley, sin esperar beneficio o situación prevalente superior alguna.

El artículo 301 tipifica el cohecho pasivo agravado presenta la especificación de que el acto de servicio realizado a cambio de solicitar, dejarse prometer o aceptar un beneficio a cambio de un acto de servicio que lesione sus deberes. No se sanciona el ámbito de intervención genérico –por ejemplo, el funcionario de una institución que dice que tiene llegada a su jefe para que firme una resolución exoneración impositiva y lo consigue a cambio de alguna de las modalidades del artículo 300– sino la violación del deber en el sentido que, precisamente, al funcionario le competía entender o resolver por su competencia y por las conductas también ya regladas en el artículo 300, viola ese deber. Es más grave, porque el dominio de su conducta dependía exclusivamente del funcionario y no de la tergiversación de terceros que influyan en su decisión y a la cual, hasta podría trazar una defensa de que fue sorprendido en su buena fe.

Los artículos 302 y 303 del CP tipifican los hechos punibles de “soborno” y “soborno agravado”, centralizando la conducta relevante en el tercero que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario. El núcleo sigue circunscrito a la “obtención de un beneficio económico o análogo”, es decir, se insiste en el resultado, o, al menos, en la tentativa de realizar la conducta. Se insiste, estamos frente a una producción de consecuencias, por lo que el mero incumplimiento de su deber o su función no es punible en este contexto.

El artículo 305 regula el prevaricato que constituye un típico supuesto de abuso de funciones, con dos variables: a) se refiere exclusivamente al funcionario con una cualidad especial (juez o árbitro) que entienda, dirija o resuelva un asunto; y, b) esa potestad es dirigida para beneficiar o perjudicar a una de las partes, por lo que el abuso exige un “resultado”. No incluye la mera realización de la conducta descrita, aspecto que a lo mejor podríamos añadirla, pero, en esencia, lo que se sanciona penalmente es el abuso de la función, defraudando la expectativa de estricto acatamiento a la legalidad y legitimidad de sus actos en un estado social de derecho en el que gobiernan las leyes y no la voluntad de las autoridades de turno.

El resultado no es equivalente a las consecuencias de los hechos punibles antes señalados, sino que es una “afectación al bien jurídico de la lesión grave a la investidura del funcionario público”.

Las conductas punibles que van desde el artículo 306 al 318 presentan idéntica configuración en cuanto al tipo legal y que exige, siempre, un resultado concreto, descartando la mera actividad como punible o una exigencia genérica del deber hacer u omitir hacer algo que le era exigible por su función; todas las exigencias de acciones –y omisiones, como determina el artículo 14 “Definiciones” del CP- son concretas en cuanto al resultado, por lo que me permito ratificar que la previsión de la UNCAC pretende sancionar la deslealtad del funcionario con el carácter misional, ético de su labor en aras a transmitir legalidad y legitimidad de sus acciones hacia la ciudadanía, ya que a más de la idoneidad que es requisito fundamental para el acceso a la función pública, esa condición conlleva la idea de una conducta ajustada a la legalidad, con estricto acatamiento a reglas de ética y probidad pública, de modo que el funcionario que “afecte gravemente la investidura de la función ostentada” con un ejercicio más allá de lo que la ley le permite, constituye un abuso de su función que amerita una respuesta punitiva, ya que este supuesto no está regulado en la legislación penal nacional.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DEL DERECHO COMPARADO EN AMÉRICA LATINA A CONSIDERAR.

El Código Penal de la República Argentina analizó la figura penal del “abuso de autoridad y violación de los deberes del funcionario público”, con base en un proyecto del año 2003, configurando tipos legales diferenciados (artículos 248 bis a 253 bis y tri):

1. Violación de fiscalización de ganado por el funcionario;
2. El militar que maltrate o perjudique a un subordinado en tiempo de paz o de guerra;
3. El desacato de órdenes administrativas y judiciales;
4. El funcionario renunciante que antes de ser aceptada, perjudique la actividad pública;
5. El funcionario que designe a una persona a un cargo que incumpla con las cualidades exigidas por la ley;
6. El militar o el policía que abusando del cargo sometiere a la población sometiere a restricciones arbitrarias o de violencia o ejerciere actividades arbitrarias contra la gente;
7. El militar que con dolo o impericia en situaciones de emergencia causara la muerte de varias personas; etcétera.

La ventaja para el positivista a ultranza de la redacción es que regula en varios preceptos, describiendo variantes del “abuso de funciones públicas”, casi siempre, como tipos legales de resultado y excluyendo la mera realización de la conducta como punible, aparte de introducir la conducta culposa e insistiendo en la inhabilitación para ejercer funciones públicas. La desventaja es que insiste en algunos tipos ya previstos como el prevaricato con una formulación más amplia, por lo que podría darse el caso de una “repetición”, con inconvenientes operativos, por ejemplo, la situación de no ser imputable por dos modelos de conducta que son casi idénticos, ya que se verificaría una redundancia que no es un dato menor para alegar “problemas de tipicidad”, con la eventual impunidad de la conducta.

Por su parte, el Código Penal de la República de Colombia también regula el delito de abuso de función pública y que se configura “cuando un servidor público realiza un acto que, por ley, está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente”.

Entendemos que esta es la mejor redacción en el derecho comparado, al menos, si queremos evitar “superposiciones” con otras normas que sancionan la conducta ilícita de un funcionario público abusando de su poder. Sobre este tópico, reitero, la prevaricación es un punto de partida para usar la oración similar, pero excluyendo a funcionarios con una función específica, como el PREVARICATO, y, agregando el siguiente texto: “siempre que la infracción no configure otra conducta tipificada en este código o en las leyes especiales”.

No obstante, anticipamos en señalar que la mentada similitud se da más con la redacción del tipo legal del prevaricato, aunque existe una diferencia sustancial con este tipo legal regulado en el artículo 305 del CP, en el sentido que la conducta se configura cuando se resuelve un caso bajo su competencia o dirección en violación de la ley para favorecer o perjudicar a otro, mientras que el abuso de funciones, considera solamente la violación de las facultades o competencias o la realización de un atribución impropia, independientemente que cause o no perjuicio.

III. PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE DE “ABUSO DE FUNCIONES”.

A los efectos de distinguir claramente las modalidades del derecho comparado en la región, la propuesta de tipificación se sujetará a las siguientes características:

1) Es un hecho punible contra el ejercicio de las funciones públicas, porque el mandato constitucional es que el funcionario público no sólo es responsable ante la ley, sino que debe erigirse en el principal vehículo –con sus acciones- en la trascendencia del cumplimiento de la ley; recuérdese, si el encargado de cumplir la ley es el primero de incumplirla, el mensaje resulta totalmente distorsionado con lo que se espera de la sociedad en un estado de derecho democrático. El carácter eticizante y educativo del respeto a la legalidad surge del principio constitucional de la legalidad de la actuación del funcionario, y, sobre el cual, la doctrina administrativa se encargó de forjar una serie de principios ventajosas a la administración pública –al funcionario- con efectos de una interpretación consolidada en el sistema judicial y que, en teoría, se legitimaría sólo con la exigencia de que el funcionario sea un estricto cumplidor de la ley y sea proba (la presunción de legitimidad de sus actos, la prevalencia del interés general sobre el particular, la moralidad de los actos administrativos, etcétera). En consecuencia, *el desprecio por la legalidad que se demanda a todos los funcionarios como principio rector de su actuación es el “núcleo” de lo que se reprueba con esta configuración.*

2) Debe describir dos modos de conducta: **a) el funcionario que ejecuta un acto que corresponde a otro, subrogándose una facultad que no le compete; b) el funcionario se excede de su competencia para realizar actos que, conforme al ámbito de protección que le fue confiado –determinado por su estatuto o reglamento jurídico–, no los realizaría.**

3) Es un hecho punible de resultado genérico que linda con la mera actividad al que se añade la trasgresión de la estimativa social de una conducta reprochable al funcionario. Por esto es por lo que no necesariamente debe producir un resultado, pues el mensaje es bastante claro: no se tolera que un funcionario abuse de su función, aparte de la conexión del abuso con otros hechos punibles. Si optamos por ser más precisos y ceñirnos al modelo de redacción de la Convención, tendríamos que señalar que el ámbito de protección confiado o competencia es la medida del beneficio indebido, entendiendo –por simple supresión mental hipotética- que el beneficio nunca se daría si es que el funcionario no abusara de su función o cargo en el ámbito de protección o de su competencia.

4) La sanción tendría que insistir en la expulsión del sistema de la función pública al condenado, por lo que la inhabilitación y la multa son las sanciones idóneas por el bien jurídico tutelado (la legalidad y el correcto ejercicio de la función pública), y, dejar como última “consecuencia” la pena privativa de libertad consistente en el término medio de los hechos punibles del Capítulo III, es decir, de tres años (siempre que tomemos el tipo base).

Por último, la recomendación a la República del Paraguay de considerarlo como crimen para que se pueda incorporar como delito subyacente del lavado de dinero, entiendo que la misma está desfasada por la redacción –hoy derogada del artículo 196- que limitaba ostensiblemente el hecho precedente a los crímenes. Sin embargo, con la sanción de la Ley N°6452/19 que modificó el tipo legal del artículo 196 nominándolo como “lavado de activos” incorporando un amplio catálogo de hechos punibles considerados como “delitos” –cuya sanción no exceda los cinco años de pena privativa de libertad-, por lo que no es trascendental configurar el abuso de funciones como “crimen” a los efectos de introducirlo como hecho antijurídico precedente a los efectos del encuadre del lavado de activos, bastando hacer mención en un inciso de la propuesta de redacción.

BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY.

LEY N°

"QUE TIPIFICA Y SANCIONA EL ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA". EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE L E Y:

ABUSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Artículo 1º: El funcionario que:

1. Realizara actos que exceden el ámbito de las competencias que le fueran conferidas; o,
2. Realizara actos que competen expresamente a otros funcionarios,

y con ello perjudique la investidura del cargo o función desempeñada, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa e inhabilitación para ocupar cualquier cargo función pública de hasta diez años.

Artículo 2º: Si como resultado de la conducta descrita en el inciso 1º, se acredite que el autor o partícipe haya obtenido un beneficio económico o patrimonial, se aplicará el artículo 196 inciso 1º de la Ley N° 6452/19.

Artículo 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.



www.cej.org.py
Asunción - Paraguay

