

ello su actitud permite el obrar doloso de un tercero que cumple con la previsión típica de la primera parte del artículo. Se trata de la imposición de un mayor deber de custodia por la calidad de los bienes resguardados que exigen un mayor grado de prudencia en su conservación, bajo la amenaza de ser sancionado penalmente por el quebrantamiento a este especial deber de cuidado<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> En tal sentido no es suficiente a los fines de acreditar el tipo culposo la mera actitud negligente del sujeto activo, sin que existan elementos que den cuenta al menos de una presunción eficiente respecto del actuar de un tercero que debió haber obrado en forma dolosa, avalado en la imprudencia o negligencia del depositario. Cfr. CFed. de San Martín, sala I, "Av. Presunta Infr. art. 255, CP", del 30-9-2003, c. 2723.

## CAPÍTULO VI

### COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

#### I. El delito de cohecho

La conducta que se denomina cohecho significa sobornar, corromper a un funcionario público<sup>1</sup>.

El cohecho, que Carrara<sup>2</sup> denomina corrupción, es fundamentalmente un delito contra la probidad en la gestión administrativa, al dejarse llevar el funcionario por móviles de lucro ilícito.

La actual denominación de este Capítulo como *Cohecho y tráfico de influencias* corresponde a la redacción que le otorgara la reforma operada por obra de la ley 25.188, que agregó a la rúbrica el llamado tráfico de influencias, y a la vez lo incorpora como nuevo hecho delictivo dentro de este grupo de figuras.

Genéricamente se identifica al cohecho con la corrupción<sup>3</sup>, aunque

<sup>1</sup> Semánticamente corrupción proviene del latín *rompere*, que significa romper, quebrar, violar, anular, y a su vez se deriva de *corrompere*, cuyo significado es la alteración, la desunión o la descomposición. Corrupción sería entonces el hecho de "romper con", o "romper la unión de" algo, lo que podría asemejarse a echar a perder o pudrir algo o una cosa. Ver REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-2, *Delitos contra la Administración Pública - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 309 y ss.

<sup>2</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1961, parágs. 2543 y ss.

<sup>3</sup> En realidad el crimen *repetundarum* comprendía tanto la conducta de lo que se llama genéricamente "corrupción", como aquellas que hoy consideramos exacciones ilegales o concusión. La figura de corrupción, entonces, contemplaba tanto la acción de exigir a un particular —por parte de un funcionario—, como el acuerdo venal entre ambos para obtener una decisión favorable a los intereses de aquél. Ver RÚA, Gon-

este último es un concepto que abarca diversas modalidades propias del irregular funcionamiento de la administración pública debido a la conducta de los funcionarios encargados de su gestión y cumplimiento de los fines propios de aquélla.

Es exigible en la comisión de estos delitos la existencia de dos personas, el corruptor y el corrupto, dando lugar así a la presencia de dos extremos en esta clase de relaciones.

Se suele distinguir entre la corrupción directa y la corrupción institucionalizada, siendo característica de la primera la clara identificación de los autores y el objeto del hecho ilícito, mientras que la institucionalizada se caracteriza por la naturaleza oculta y disimulada y este último caso la misma se instala en las propias raíces de la sociedad y hasta es aceptada a veces por los particulares que recurren a esta clase de prácticas a fin de obtener un beneficio o liberarse de una carga administrativa.

En nuestra legislación existen diversos delitos que en términos globales comprenden lo que se llama corrupción, siendo uno de ellos el delito de cohecho, tanto activo como pasivo, y también sus derivaciones, entre las cuales encontramos el tráfico de influencias, la admisión o aceptación de dádivas, las exacciones ilegales, la concusión y otras formas ilícitas de las que nos ocuparemos seguidamente, y que en nuestro sistema se han incluido dentro del bien jurídico tutelado administración pública.

## II. El bien jurídico protegido

Se trata de un grupo de delitos que se encuentran previstos dentro del Título XI del Código Penal que genéricamente protege a la administración pública.

zalo Segundo, *En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y concusión*, ps. 203 y ss., y PIÑA, Roxana, *Cohecho, exacciones ilegales y concusión*, ps. 99 y ss., ambos en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-2, *Delitos contra la Administración Pública - II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

<sup>4</sup> Ver HURTADO POZO, José, *Corrupción: el caso peruano*, en *Pena y Estado*, Año I, N° 1, Buenos Aires, 1995, p. 156, cit. por REÁTEGUI SÁNCHEZ, ob. cit., p. 312.

En tal sentido, los comportamientos ilícitos reseñados dentro de este apartado ponen en evidencia “la problemática de la venalidad de los funcionarios públicos sin tener en cuenta la licitud o ilicitud del acto en sí mismo”, protegiéndose por ende “la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública, por ello también se castiga al particular que con su ofrecimiento anime o incite a la venalidad del funcionario, o en otros términos, que intenta corromperlo”<sup>5</sup>, afectando de tal manera el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado<sup>6</sup>, generando a su vez una distorsión en el cumplimiento legal y debido de las funciones propias que hacen a una administración adecuada de los intereses públicos.

Nada perjudica tanto el prestigio de la administración pública como la conducta indigna del funcionario que realiza o deja de realizar por precio lo que le corresponde hacer por razón de su oficio<sup>7</sup>.

En la mayoría de los delitos contra la administración pública concurre el ingrediente de la corrupción. Ello es muy cierto, pero las incriminaciones del Capítulo VI, Título XI, Libro Segundo del Código Penal tienden a garantizar la integridad, el decoro y la insospechabilidad de aquellos que actúan en la gestión administrativa. El delito de cohecho (*bribery*, en el Derecho anglosajón) protege ante todo el prestigio y la eficacia de la administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos<sup>8</sup>.

Agregamos que no sólo la eficacia intenta garantizar estas disposiciones penales, sino que obran directamente en torno al castigo de aquellos funcionarios públicos que en el ámbito del servicio que deben cumplir distorsionan la relación que debe existir entre su función y el cometido de la misma a fin de satisfacer intereses colectivos o privados<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Ver PIÑA, ob. cit., p. 103, con cita de DONNA, ob. cit., ps. 211 y 212. En igual sentido: CNCCorr., sala I, “Wowe”, del 18-9-96, L. L. 1998-F-838.

<sup>6</sup> Cfr. RÚA, ob. cit., p. 223, con cita de DONNA, ob. cit., t. III, p. 15.

<sup>7</sup> GÓMEZ, ob. cit., t. V, p. 512.

<sup>8</sup> Ver J. A. 1998-II-266.

<sup>9</sup> En el marco de la doctrina extranjera, se señala que por ejemplo en Alemania se sostiene que esta clase de delitos implican una lesión a la relación de fidelidad

### III. Cohecho pasivo

Expresa el artículo 256 del Código Penal:

**Art. 256** Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

La redacción y forma actual de esta disposición proviene del Proyecto de 1906, pero la esencia de la conducta incriminada tiene su origen en el Proyecto Tejedor. De todas maneras el artículo contiene la fórmula originaria del cohecho pasivo, proveniente del Proyecto de 1891, con las modificaciones efectuadas por la ley 25.188.

#### a) Sujeto activo

Solamente puede asumir esta calidad un funcionario público en el sentido que le hemos acordado (art. 77, párr. 3° del CP), debiéndose tener en cuenta que es un delito de acción bilateral o de codelincuencia necesaria.

Si la promesa o dádiva es aceptada por persona interpuesta, esta última tendrá el carácter de partícipe en el delito de cohecho pasivo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal.

En efecto, ya Carrara<sup>10</sup> se había referido a esta modalidad de la corrupción manifestando que era indiferente si el funcionario pactaba el precio ilícito de modo directo o por medio de otra persona, o que el lucro era aprovechado directamente por él o por otras personas de

hacia el Estado o a la confianza pública en la integridad del funcionamiento del aparato estatal; que se atenta contra la regularidad del orden de la realización de la función pública y el menoscabo de los intereses estatales; la objetividad de las decisiones públicas para que la autoridad de la actuación pública no se vea alterada, o finalmente se hace hincapié en la confianza de publicidad en la transparencia en el desempeño público. Conceptos estos últimos que perfectamente pueden ser adaptados a nuestra realidad legislativa frente a la similitud de protección en el bien jurídico tutelado.

<sup>10</sup> CARRARA, ob. cit., parág. 2556.

su confianza. Y agregaba: "Pero sí se requiere que cuando la remuneración es pactada por medio de otro, éste obre con el consentimiento del oficial público, pues si falta este requisito, el delito degenerará en venta de humo o tráfico de influencia".

En definitiva, sólo un funcionario público puede ser el autor de esta comisión delictiva.

#### b) Sujeto pasivo

El cohecho es, genéricamente, un delito contra la administración pública, la cual es el verdadero sujeto pasivo. Específicamente se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo.

En el delito de cohecho el particular realiza un acuerdo venal con el funcionario, de ahí, reiteramos, que sujeto pasivo solamente lo es la administración pública.

#### c) Las acciones típicas

La conducta incriminada está prevista en forma alternativa: recibir, por sí o por persona interpuesta, dinero u otra dádiva, o bien en la aceptación de una promesa<sup>11</sup>, con el propósito específico de hacer, no hacer o retardar un acto funcional.

El cohecho pasivo importa la aceptación por parte del funcionario de un precio o promesa para realizar un acto relacionado con su cargo, que por su propia naturaleza no debe ser retribuido.

El acto que realiza el funcionario público con miras de lucro tiene que ser uno de los inherentes al cargo desempeñado. No sería culpable de cohecho el funcionario que recibiera recompensa por servicios prestados a un particular, independientemente de su cargo; por ejemplo, haberle servido de administrador en asuntos particulares, etcétera.

Requisito indispensable para la configuración del cohecho es la rela-

<sup>11</sup> LEVI, ob. cit., p. 274.

ción de causalidad entre la dádiva o promesa y el hacer o no hacer un acto funcional. Por lo tanto, en el cohecho el agente debe recibir dinero o una dádiva o aceptar una promesa para: a) hacer, omitir o retardar un acto funcional, o b) hacer un acto contrario a los deberes funcionales.

El artículo 318, segunda parte del Código Penal italiano sanciona al funcionario que recibe una ilícita retribución por un acto ya cumplido. Nuestro Código Penal guarda silencio al respecto, estimando Sebastián Soler<sup>12</sup> que el pago o la promesa han de ser recibidos para, es decir en consideración a una conducta del funcionario, y que la dación por el acto cumplido no está comprendida por esta infracción. Coincide con esta interpretación Edgardo Alberto Donna<sup>13</sup>, quien expresa que “el pago del particular por una conducta que el funcionario haya realizado, no es el delito de cohecho”.

No obstante la claridad de las dos opiniones expuestas –y que compartimos–, la doctrina no es uniforme al respecto. En efecto, Carrara<sup>14</sup> expresa que el funcionario podría concebir fácilmente la esperanza de obtener un donativo futuro, aunque el tercero no se lo prometiera de manera explícita.

Lo sostenido por Soler coincide con lo expresado por Lucio Eduardo Herrera<sup>15</sup>, Fontán Balestra<sup>16</sup>, Creus<sup>17</sup> y Binding<sup>18</sup>, quien con claridad agrega que “se soborna para una acción futura, y en el momento de la acción el funcionario ya debe haber sido sobornado”.

De todos modos en nuestro ordenamiento no existe el menor atisbo de duda de que el acuerdo debe versar sobre un acto futuro, funcional y concretamente determinado<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> SOLER, ob. cit., t. V, p. 161.

<sup>13</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 241.

<sup>14</sup> Ob. cit., parág. 2547.

<sup>15</sup> *Manual de Derecho Penal*, dir. por Ricardo Levene (h), Buenos Aires, 1976, p. 542.

<sup>16</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. VII, p. 293.

<sup>17</sup> *Delitos contra la administración pública* cit., p. 277.

<sup>18</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen strafrechts. Besonderer Teil*, II, 713, 1904/1905.

<sup>19</sup> Ver CNCCorr., sala VII, “B., J.”, del 31-8-82. Ahora bien, el acto funcional debe ser futuro para el particular, porque puede suceder que se produzca el acuerdo

Se trata de un tipo penal complejo alternativo que se satisface con cualquiera de las dos conductas previstas por el tipo penal. Una de ellas es la de “recibir” (en el caso dinero o dádiva), y la otra es “aceptar” (para este caso, una promesa directa o indirecta).

En tal sentido, recibir representa el acto de tomar materialmente, de hacerse de algo (dinero o dádiva) a través de un contacto que no necesariamente requiere de la corporalidad con la cosa. Así, puede recibir quien recepta el dinero en su cuenta bancaria. Por tanto basta que el dinero o la dádiva ingresen dentro de un ámbito de disposición propia con relación al funcionario. Éste tiene así el poder de disposición del dinero o la dádiva, aun cuando no haya tenido contacto material con dicho objeto.

En cambio, la conducta de aceptar una promesa representa en cierta forma un acto anterior a la recepción, y consiste en acceder, admitir, acordar o convenir con otro la entrega de una cosa o la realización de algo en su favor.

En ambos supuestos debe haber un tercero que entrega (para que el funcionario reciba), o que propone (para que alguien acceda), lo que presupone que en estos casos existe siempre un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario público, que constituye la esencia misma del delito de cohecho pasivo y por eso se lo cataloga como un ilícito de acción bilateral o de codelincuencia necesaria. Se requiere para su comisión la presencia de ambos extremos de la relación: por un lado un particular que expone o formula una propuesta de acuerdo o que entrega, y por el otro un funcionario que recibe o acepta la formulación o propuesta.

Ésta es una de las notas distintivas del delito de cohecho pasivo que sirve generalmente para distinguirlo de otras figuras delictivas similares como la concusión, aunque sus contornos no sean siempre tan claros.

La realidad demuestra lo intricado que son algunos supuestos para

venal y el funcionario haber dictado ya el acto comprometido pero todavía no notificado o dado a publicidad. En esos supuestos, aun cuando el acto funcional ya está cumplido, sigue siendo futuro para el particular que participa del acuerdo y por lo tanto seguiremos estando en el campo del cohecho.

establecer claramente la tipicidad ilícita cuando el suceso presenta varias aristas no totalmente definidas<sup>20</sup>.

Algo similar fue resuelto en un caso en el que una persona ofreció dinero a un empleado y a un secretario de un tribunal para obtener una demora en la tramitación de un expediente, sosteniéndose por entonces que ambos carecían de la capacidad que la figura requiere para determinar la resolución del juez<sup>21</sup>.

Especialmente en el último supuesto aquí mencionado no habría duda alguna acerca de las facultades propias e inherentes al cargo de los funcionarios involucrados en el suceso, puesto que como bien dijeron Aboso y Abraldes<sup>22</sup> al comentar el fallo, y con relación al secretario de un Juzgado de Primera Instancia, las facultades que le otorga el ordenamiento, aunadas al poder de hecho que hoy día tiene, le permitía sobradamente cumplir con el requerimiento intentado, que estaba representado por una omisión en el cumplimiento de una actividad que se encuentra en su esfera de competencia.

<sup>20</sup> Así, frente a un requerimiento dinerario por parte de un empleado judicial hacia un abogado querellante a fin de obtener un auto de procesamiento en contra del querellado, se sostuvo que dicha conducta era atípica. Se alegó que no podría darse la figura de la exacción ilegal puesto que la voluntad del sujeto pasivo debía ser determinada por el temor genérico que la autoridad suscita, y dada la calidad profesional del abogado y el conocimiento de que quien lo presionaba carecía de atribuciones para decidir una medida judicial de tal naturaleza, tal requisito no se hallaba acreditado en este caso. Tampoco el hecho podría encuadrarse en el cohecho pasivo puesto que no existía un acuerdo previo en tal sentido. Descarta también la figura de la estafa y la extorsión porque en cuanto a la primera, no había inducción a error alguno, y en cuanto a la segunda porque no se había configurado un caso de simulación de autoridad. Por último, considera que el empleado judicial no es un funcionario público en los términos del art. 77 del CP puesto que el pronunciamiento judicial a dictarse sólo podría ser llevado a cabo por el juez y no por el secretario y si bien los secretarios intervienen en la realización de actos procesales que exceden el alcance de sus obligaciones, tal función deriva de una delegación sólo impuesta de hecho por la obsolescencia e insuficiencia del aparato judicial y no por una disposición legal que la aulse (ver voto de la mayoría). CNCCorr., sala II, "Dumanjo", del 16-6-91, elDial - AI679. La minoría (juez Giudice Bravo) sostuvo que el hecho debía tipificarse como incurso en el delito previsto por el art. 266 del CP y que el empleado judicial era un funcionario público en los términos del art. 77 del CP.

<sup>21</sup> Ver TOCr. N° 28 de Cap. Fed., "Ferreira", del 17-7-95, L. L. 1996-B-650.

<sup>22</sup> Ver ABOSO, Gustavo y ABRALDES, Sandro, *Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal*, en L. L. 1996-B-650 y ss.

#### d) La promesa o dádiva

De conformidad al criterio sustentado por Soler<sup>23</sup>, la dádiva o la promesa deben consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto. A su vez, para el autor citado, queda excluido del cohecho "lo que sólo constituye una satisfacción estética, sentimental, sensual o puramente honorífica o una complacencia de la vanidad".

Por nuestra parte estimamos que la dádiva puede ser de cualquier naturaleza, siempre que signifique un beneficio para el funcionario, aunque no esté dotada de valor económico. Y ello por cuanto el bien jurídico tutelado está representado por la probidad y rectitud en el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo de funcionario público. El mismo se ve afectado cuando la realización de tal acto se encuentre contaminado, o como dice Donna<sup>24</sup>, motivado en circunstancias ajenas a la función.

En el concepto de retribución está implícita, como afirma Antolisei<sup>25</sup>, una cierta proporcionalidad entre la prestación del particular y el acto funcional. Hay prestaciones tan manifiestamente desproporcionadas que excluyen, por sí mismas, la corrupción (cigarrillos, bebidas, flores, etc.)<sup>26</sup>.

Sin embargo, las pequeñas atenciones al funcionario, que no envuelven acuerdo alguno y que no van más allá de la urbanidad o cortesía, no están comprendidas en el cohecho.

Distinta es la conducta representada por el delito de concusión, pues el funcionario al prevalerse del abuso de autoridad determina o causa un vicio en el consentimiento del particular, que es, a su vez, el motivo de la forzada entrega de dinero, contribuciones o dádivas.

<sup>23</sup> SOLER, ob. cit., t. V, p. 162.

<sup>24</sup> Ver DONNA, ob. cit., t. III, p. 238.

<sup>25</sup> Ob. cit., t. II, p. 738.

<sup>26</sup> No es éste el criterio de Carrara, quien considera error de los prácticos el distinguir entre *munus et munusculum*, pues la justicia se ofende *etiam uno numo* (aun por un solo céntimo) (ob. cit., parág. 2554).

Cuando es el propio funcionario quien solicita la dádiva, no puede excluirse el temor que genera la potestad de la cual se halla investido el funcionario público<sup>27</sup>. Debe analizarse en estos casos si el temor ha sido el determinante del acuerdo así logrado, por lo que, de acreditarse tal extremo, el hecho pasará a encuadrarse como un caso de concusión y no de cohecho.

#### e) El elemento subjetivo del tipo

Lo pactado ha de tratarse de un acto funcional (el objeto del acuerdo venal) que comprende no sólo un acto positivo (hacer), sino también el omitir y el retardo.

Además, el acto debe entrar en la competencia del funcionario, entendiéndose por esta última la competencia exclusiva y específica para ejecutar o cumplir un determinado acto.

Sin embargo esto no debe llevar a confusiones. El tipo penal no exige que el acto sea "propio" del funcionario que recibe o acepta la dádiva o la promesa, sino que sea sólo "relativo" a tales funciones<sup>28</sup>.

Por cierto que si la influencia es mentida estaríamos frente a un tipo de estafa denominado *vendita di fumo*, conducta abarcada por el artículo 172 del Código Penal<sup>29</sup>.

Desde este punto de vista se trata de un delito de pura actividad<sup>30</sup> y de peligro, ya que se genera una situación de riesgo para el bien jurídico tutelado, entendiéndose como consumado con el solo hecho

<sup>27</sup> Ver GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho Penal*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, t. III, p. 330.

<sup>28</sup> En este entendimiento se resolvió, a nuestro juicio acertadamente, que la conducta de un secretario de Juzgado quedaba incluida dentro de la tipicidad, puesto que dentro de los actos "relativos" a su función se encuentran el de proyectar la instrucción de sumario, el bosquejar la realización de un allanamiento, como así también otras actividades que se enmarcan dentro de un sistema de confianza y delegación de tareas que permite suponer que la decisión del juez, en muchos casos, obedece a los informes previos, proyectos y cursos de acción emitidos por el propio secretario del Juzgado. Ver CNCCorr., sala V, "Mahdjoubian", del 8-7-2005, c. 24.583.

<sup>29</sup> Ver CARRARA, *Vendita di fumo*, en *Opuscoli*, Firenze, 1910, t. III, p. 495.

<sup>30</sup> Ver CNCas.Pen., sala IV, "Varela Cid", del 29-8-2000, c. 1626.

de recibirse el dinero o aceptarse la promesa para el cumplimiento de un acto funcional. Lo que se pretende es el cumplimiento futuro de una acción propia del ámbito funcional del sujeto activo, lo que representa la consagración de una finalidad ultratípica como elemento subjetivo distinto del dolo, la que no requiere su correlato en el tipo objetivo<sup>31</sup>. En síntesis, el peligro concreto de realización de una conducta indebida por parte de un funcionario perteneciente a la administración pública, inspirado en un acuerdo venal, es considerado como un hecho delictivo perfecto en todas sus formas.

#### f) Tentativa y consumación

Con respecto al problema que suscita la tentativa, una primera tesis excluye la posibilidad de la misma por parte del funcionario<sup>32</sup>; en cambio, hay otras opiniones que son favorables a la configurabilidad de esta forma ampliada de adecuación<sup>33</sup>.

Para ello es necesario que todos los agentes (no solamente uno de ellos) hayan ejecutado los actos idóneos e inequívocos. En este supuesto, estaremos frente a la tentativa de cohecho, como que es un delito bilateral.

Admite la posibilidad de tentativa Javier De Luca<sup>34</sup>, según las circunstancias del caso, si existe dolo y afectación por peligro para el bien jurídico en la concreta situación generada por la conducta del autor, cuyas posibilidades de realización quedarán demostradas una vez que se conozca exactamente el fin perseguido por el sujeto activo con la conducta desplegada en tal sentido.

Algo similar piensa Gonzalo Rúa<sup>35</sup> cuando señala que "la tentativa

<sup>31</sup> Cfr. RÚA, ob. cit., con cita de DONNA, ob. cit., t. III, p. 354.

<sup>32</sup> BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 201; SOLER, ob. cit., t. V, p. 163; DONNA, ob. cit., t. III, p. 225.

<sup>33</sup> ANTOLISEI, ob. cit., t. II, p. 742; RICCIO, *Corruzione*, en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1959, t. IV, p. 890; ídem, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1956.

<sup>34</sup> Conf. DE LUCA, Javier, *Cohecho y concusión*, en L. L. 1999-E-331 y ss.

<sup>35</sup> Ver ob. cit., p. 242, con remisión a ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, *Derecho Penal. Parte general*, p. 793.

comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión de un bien jurídico, según el plan concreto del autor", y que "con la mera solicitud –de dinero– el autor no se coloca en grado de proximidad sobre la situación de peligro tipificada en la norma", ya que en este caso "el funcionario público aún no tiene el dominio del hecho".

Así, coincidimos en admitir que cuando un funcionario público "solicita" en forma solapada o indirecta una dádiva o da a entender que recibiría dinero por el cumplimiento de un acto funcional no puede hablarse de tentativa de cohecho pasivo ya que no se han dado los presupuestos típicos de esta forma jurídica, ni tampoco podrá decirse que haya existido una forma de exacción ilegal puesto que falta el elemento distintivo de esta figura consistente en la intimidación o coacción que debe ejercerse sobre el particular para que actúe de tal modo. Será en todo caso una conducta impune, que deberá observarse dentro de aquellas posibles reformas penales que deben necesariamente consagrarse dentro del texto penal a fin de evitar la impunidad de estos hechos que ponen en riesgo el bien jurídico tutelado, del mismo modo que las acciones ya contempladas en los tipos penales analizados.

De ahí, no será inculpinable a título de tentativa el agente que ejecute tales actos sin que contemporáneamente se hayan verificado actos idóneos por la "necesaria" conducta de los otros sujetos exigidos por el tipo penal.

El delito se consuma por la recepción de la dádiva o por la simple aceptación de la promesa, con absoluta independencia del efectivo cumplimiento de ésta<sup>36</sup> y aunque ese cumplimiento sea anterior o posterior al acto de autoridad o al cese de la función.

Si, por el contrario, la dádiva es entregada para retribuir una conducta funcional ya adoptada por el funcionario, el hecho no cae dentro de los límites del cohecho<sup>37</sup>, sino en la forma punitiva establecida por el artículo 259 del Código Penal.

<sup>36</sup> Ver CFed. de Salta, "Farfan", del 7-1-2009, L. L. Noroeste, Año 13, N° 3, abril de 2009, p. 237. El tribunal no admite la tentativa para esta forma punitiva.

<sup>37</sup> Cfr. Jurado de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal, "L., R.", del 26-6-97, elDial – WE66C.

La forma del cohecho consistente en la aceptación de la promesa se perfecciona por el acuerdo de voluntades<sup>38</sup>.

La jurisprudencia argentina, de modo mayoritario, no admite la tentativa en esta clase de cohecho pasivo<sup>39</sup> al considerarlo un delito de pura actividad, que no requiere la producción del acto en función del cual se recibió o aceptó la dádiva o la promesa.

#### g) El tipo subjetivo

En este caso, desde la óptica de análisis del tipo subjetivo, el mismo es exclusivamente a título de dolo directo, consistiendo en la voluntad por parte del funcionario público de recibir dinero, dádiva o promesa para hacer, retardar o dejar de hacer un acto propio de sus funciones.

La presencia del elemento volitivo existente en el tipo penal nos conduce directamente a esa lógica conclusión, sin que sea necesaria la realización de la conducta u omisión funcional por parte del funcionario involucrado para que el mismo quede perfeccionado.

#### IV. El tráfico de influencias

La ley 25.188 (art. 32) introdujo en el Código Penal como artículo 256 bis el llamado tráfico de influencia, cuyo antecedente más directo es el Código Penal español (1995). Produce también esta ley la modificación del Capítulo respectivo, pasando a denominarse en la actualidad *Cohecho y tráfico de influencias*.

Se habían hecho notar algunas voces en contra de la inclusión de un delito de esta naturaleza dentro del tipo penal del cohecho, puesto que –en palabras de Soler<sup>40</sup>– se castigaba como tal no sólo cuando el funcionario recibe dinero para hacer, sino también cuando se recibe para "hacer hacer". Por ello entendía, al igual que Núñez, que era

<sup>38</sup> SOLER, ob. cit., t. V, p. 163; CNCas.Pen., sala IV, "Varela Cid", del 9-4-2001, c. 1626.

<sup>39</sup> Ver CNCas.Pen., sala IV, "Varela Cid", del 9-4-2001, c. 1626; TOCr. N° 12 de Cap. Fed., "Wowe", del 9-6-99, L. L. 1999-E-333; CFed. de Córdoba, sala A, "Blanco de Barber", del 3-9-84; CNCCorr., sala VII, "B., J.", del 31-8-82.

<sup>40</sup> Cfr. SOLER, ob. cit., t. V, p. 210.

preferible el anterior sistema que sancionaba a esta clase de conductas como una forma de enriquecimiento ilícito<sup>41</sup>.

Veremos a continuación el primer supuesto que la doctrina en general denomina tráfico de influencias pasivo.

El texto del artículo del Código Penal es el siguiente:

**Art. 256 bis** Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

#### a) Características

De acuerdo a la sistemática seguida por nuestro legislador, se puede asegurar que en este artículo se ha sancionado lo que se llama el "tráfico de influencias pasivo", mientras que su parte activa, es decir el "tráfico de influencias activo", se encuentra comprendido por el artículo 258 del Código Penal junto al cohecho de igual naturaleza, y las agravantes respecto del cohecho de jueces y miembros del Ministerio Público<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública* cit., p. 206.

<sup>42</sup> De todos modos quizás aquellas denominaciones no sean del todo acertadas, puesto que si lo que nos lleva a considerar "pasivo" al tráfico de influencias es la actitud que asume el autor de esta conducta al recibir dinero o dádivas o aceptar una promesa directa o indirecta, ello no concordaría con la incorporación del verbo típico "solicitar" el dinero o la dádiva, dado que aquí el autor asume una conducta totalmente activa, tomando la iniciativa para llegar a un acuerdo venal con la finalidad típica allí expresada.

Por otro lado es necesario destacar que autor no sólo es el funcionario público —como en el supuesto del artículo 256 del Código Penal— sino que puede serlo cualquier persona, aunque de acuerdo con la redacción de la ley el autor debe gozar de un poder para llegar a influenciar a un funcionario público<sup>43</sup>, o sea, tener la influencia que se ofrece<sup>44</sup>.

Un tercero ajeno por completo a la administración pública, es decir un particular, puede perfectamente cometer este delito, ya que su acción se dirige a hacer valer su influencia ante un funcionario público para obtener de él una decisión propia de su competencia funcional.

#### b) Bien jurídico

Se protege aquí el valor de la incorruptibilidad del funcionario público, que resulta lesionado por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias y además tiende a garantizar la integridad, el decoro y la insospechabilidad de aquellos que actúan en la gestión administrativa y judicial.

Sin embargo creemos que no se agota en estas pautas la protección penal, y estimamos que en realidad se está intentando tutelar la imagen y la transparencia de la administración pública a fin de que no sufra menoscabo alguno en su consideración pública ni tampoco en la integridad moral, la probidad y honorabilidad de los funcionarios que la componen.

#### c) La conducta incriminada

Se ha pretendido sancionar el obrar indebido de una persona que interfiere ilegítimamente en el proceso de formación de la voluntad administrativa del Estado, cualquiera sea su esfera de actuación, pretendiendo percibir un beneficio por ello.

Se castiga así al que solicita o recibe dinero o dádivas, o acepta una promesa directa o indirecta para hacer valer su influencia sobre un funcionario público a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer un acto propio de su función, sea legítimo o ilegítimo.

<sup>43</sup> Ver CNFed.CCorr., sala I, "Ferreira", del 29-6-2005, c. 37.450.

<sup>44</sup> Ver CNCCorr., sala V, "Caprio", del 29-3-2005, J. A. 2005-II-79, fasc. N° 6.

Destaca Buompadre<sup>45</sup> que en el tipo descrito por el artículo 256 bis aparece como novedad la acción de “solicitar”, que equivale a –según el autor citado– puede ser expresa, verbal, escrita o implícita, o cualquier otra dádiva para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público.

Comete este delito –por ejemplo– quien, a cambio de agilizar los trámites de expedición de pasaportes y cédulas de identidad ante la superintendencia de la Policía Federal, requiera dinero a los interesados<sup>46</sup>.

Se ha configurado un tipo penal complejo alternativo compuesto por tres acciones típicas: una es la de solicitar la entrega de dinero o dádivas en el sentido que le hemos acordado.

La segunda acción típica está compuesta por el verbo “recibir”, es decir tomar o acoger algo o alguna cosa que se entrega.

Y la tercera conducta típica se estructura sobre la aceptación de una promesa directa o indirecta respecto de la concesión de un beneficio para el autor.

Los autores en general sostienen que debe tratarse de un beneficio económico<sup>47</sup>, mas ello es una disquisición que no pertenece al tipo objetivo. El texto legal sólo se refiere a la aceptación de una promesa, directa o indirecta, y nada dice acerca de que la misma tenga contenido económico.

Sin embargo pensamos que, por una parte, nada dice el texto punitivo sobre la exigencia de un beneficio económico para el autor del hecho, y que por otro lado, siendo que este delito tiende a proteger la rectitud y probidad de la administración pública y no la propiedad de terceros, el sujeto activo de la ilicitud puede perfectamente ser así considerado cuando ha solicitado o recibido un beneficio de cualquier índole aunque no tenga contenido económico<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Ob. cit., t. III, p. 219.

<sup>46</sup> Ver CNCCorr., sala V, “Caprio”, del 29-3-2005, J. A. 2005-II-79, fasc. N° 6.

<sup>47</sup> Cfr. BUOMPADRE, ob. cit., p. 205.

<sup>48</sup> Lo ilícito no está en el dinero recibido sino en lo indebido de la injerencia, obedezca ésta a un interés económico o meramente intelectual, espiritual o personal por parte del autor.

Las acciones –desde el punto de vista objetivo– giran sobre el verbo influir, pues si se coacciona o exige la conducta estaría en el ámbito de la extorsión, la coacción o las exacciones ilegales, según el caso.

Lo sancionado es el percibir un beneficio para ejercer indebidamente una influencia que se posee sobre un funcionario público. La influencia debe ser real y no meramente supuesta o simulada porque de lo contrario la figura aplicable sería la consagrada por el artículo 173, inciso 10 del Código Penal en la forma de estafa especial.

Se trata de una interferencia en el normal desarrollo de la actividad pública administrativa por medio de la cual se atacan los mecanismos internos propios de la administración y la libertad del funcionario público, que corresponde sean celosamente respetados al momento de la toma de decisiones, puesto que los funcionarios públicos deben ser impermeables a fin de garantizar la rectitud y la imparcialidad de la actuación funcional que le es propia en los ámbitos de su competencia<sup>49</sup>.

Esa interferencia representa una injerencia –como bien dice Buompadre<sup>50</sup>– en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo.

La influencia es indebida o ilegítima cuando legalmente no se cuenta con las facultades para lograr la obtención de una decisión administrativa, su omisión o retardo<sup>51</sup>.

Lo más probable es que estas situaciones abarquen otra clase de injerencia sobre la actuación del funcionario público, fundamentalmente aquellas que proceden de relaciones de amistad, conocimiento, la lealtad partidaria política<sup>52</sup>, el ambiente vecinal y cualquier otra deri-

<sup>49</sup> Ver BUOMPADRE, *Delitos contra la Administración Pública* cit., ps. 205-207.

<sup>50</sup> BUOMPADRE, ob. cit., p. 205.

<sup>51</sup> Tratándose de un elemento normativo del tipo, y por tanto integrando el tipo objetivo, el mismo debe evaluarse en el contexto de lo que establezcan en cada caso particular las leyes y reglamentos pertinentes que regulan los procedimientos y la adopción de aquellas decisiones administrativas sobre las que se pretende influir. Por eso, en cada caso, será el juzgador el encargado de establecer lo indebido de la injerencia o influencia, y si ésta ha alcanzado un grado de desarrollo tal que merezca ser catalogada como verdadera influencia indebida y supere el estándar de la simple recomendación o consejo. Cfr. BUOMPADRE, ob. cit., p. 216.

<sup>52</sup> Cfr. en igual sentido, ABOSO, Gustavo Eduardo, *Los delitos de tráfico pasivo*

vada de situaciones socioculturales propias de una comunidad de intereses<sup>53</sup>. Quedan excluidos de la conducta típica aquellos consejos, meras sugerencias o recomendaciones<sup>54</sup> que carecen del contenido psíquico propio de la influencia que reclama el tipo penal.

En los supuestos típicos de recibir dinero o dádivas o aceptar promesas, se trata también de un delito de codeinfluencia necesaria o bilateral porque supone la insoslayable intervención de dos personas: el que solicita la intervención del funcionario entregando o prometiendo, y el que la recibe o acepta para ejercer la influencia.

Hay aquí un acuerdo venal similar al del cohecho, por el cual las partes convienen en celebrar un negocio espurio que contiene una finalidad específica, representada en el caso por el ejercicio indebido de una influencia ante un funcionario público a fin de que haga, omita o retarde un acto propio de su función.

No sucede lo mismo cuando la conducta típica estriba en la acción de “solicitar” la entrega de dinero o dádiva, puesto que en este caso hay una simple actuación unilateral que perfecciona el delito antes de que se pueda llegar a producir un acuerdo venal en el sentido pretendido.

En este último caso constituye un delito de los llamados de simple actividad, y se presenta como una forma punitiva autónoma respecto de los delitos de cohecho pasivo y concusión<sup>55</sup>.

#### d) *El tipo subjetivo*

Configura una ilicitud que solamente admite el dolo directo, o sea,

y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-1, *Delitos contra la Administración Pública – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 38 y 39.

<sup>53</sup> No se requiere ninguna relación en particular –por ejemplo jerarquía o parentesco– sino únicamente la posibilidad de influenciar al funcionario de modo indebido, cualidad que posee quien por trabajar en un Juzgado tiene posibilidad cierta de incidir en el proceso de toma de decisiones de un juez. Cfr. CNFed.CC.Corr., sala I, “León”, del 11-7-2007, c. 39.561.

<sup>54</sup> Cfr. ABOSO, *Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración...* cit., ps. 31 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. ABOSO, *Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración...* cit., ps. 31 y ss.

el autor debe haber querido hacer valer su influencia indebidamente ante un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Vale decir que la conducta está íntimamente ligada a un propósito subjetivo, consistente en hacer valer en un futuro la influencia que se tiene o posee sobre un funcionario público para que este último haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

En esta configuración típica el delito presenta un elemento subjetivo de carácter volitivo compuesto por el propósito de hacer valer indebidamente la influencia que tiene el autor sobre el funcionario público a efectos del cumplimiento, retardo u omisión de un acto funcional propio de su competencia. Siendo así, sólo el dolo directo es compatible con esta figura penal.

Por otra parte, puede catalogarse entonces como un delito de cortado resultado que no requiere para su consumación el logro de la actuación del funcionario público en el sentido pretendido, y ni siquiera que la influencia que se ostenta se haya llegado a practicar en forma efectiva.

#### e) *Consecuencias posibles*

Dado que el delito se perfecciona con la solicitud o la recepción del dinero o dádiva o con la aceptación de la promesa, decíamos que no es imprescindible –a tales efectos– que siquiera haya habido por parte del autor un acercamiento, conversación o intento de ejercicio de la influencia que posee sobre el funcionario público del cual se requería el acto u omisión funcional.

Pueden distinguirse varias hipótesis en torno al acto funcional pretendido.

Si el acto funcional que se pretende del funcionario público es de “hacer” o de “no hacer” y es de aquellos que pueden establecerse como debido o legal y propio de la función, el funcionario público no comete delito alguno, y si ha dictado una decisión administrativa sustentada en la influencia de un tercero, a lo sumo será reprobable moralmente pero su conducta será atípica desde la perspectiva penal.

Si, por el contrario, es de hacer o de no hacer, y el mismo es a todas luces indebido o ilegal, y el funcionario público ha actuado por la influencia ejercida por el autor de esta ilicitud, su conducta deberá juzgarse a la luz de lo establecido por los artículos 248 y 249 del Código Penal (como abuso o incumplimiento de funciones según el caso), mientras que si ha participado económicamente del beneficio patrimonial que obtuvo el autor del tráfico de influencia, el tipo penal quedará desplazado por el cohecho pasivo (art. 256, CP).

Finalmente, en los casos en que la influencia se dirija a conseguir que el funcionario público retarde un acto propio de sus funciones, y siempre que se haya logrado tal propósito, el acto del funcionario será en todo caso constitutivo de la figura prevista por el artículo 249 del Código Penal bajo la forma típica del incumplimiento de deberes funcionales. Si se tratase de un acto a cumplir, omitir o retardar por parte de un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, y éste se haya obtenido, tales sujetos deberán responder por la ilicitud contenida en los artículos 269 y 272 del Código Penal (prevaricato) en la medida en que se presenten las restantes circunstancias típicas que informan a dicho injusto penal.

#### f) *Tráfico de influencias agravado*

El segundo párrafo del artículo 256 bis del Código Penal agrava la pena cuando la conducta del agente estuviere dirigida a hacer valer una influencia indebida ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público con el fin de obtener la “emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia”.

Magistrados del Poder Judicial son los miembros que integran la Corte Suprema de la Nación, Cámaras de Casación, Tribunales Orales Federales, Cámaras de Apelación, jueces civiles o comerciales, tanto nacionales como provinciales. A su vez los miembros del Ministerio Público son el procurador general de la Nación, fiscales, defensores oficiales, etcétera.

El tráfico de influencia en este supuesto es más severamente sancionado (prisión o reclusión hasta doce años) pues hay dos razones

que así lo justifican: en primer lugar la calidad de los funcionarios ante quienes está destinada a hacer valer indebidamente la influencia, y en segundo lugar el hecho de que la conducta está destinada a obtener que se emita, dicte, demore, un dictamen, resolución o fallo, lo cual como es obvio el Poder Judicial tiene como función constitucional resolver los conflictos y cuidar las garantías de los ciudadanos frente al poder<sup>56</sup>.

El tipo penal cuando se refiere a “aquella conducta” está señalando que se trata de alguna de las tres acciones típicas mencionadas en el párrafo anterior.

Esto es, que lo que se castiga penalmente es el hecho de solicitar o recibir dádivas o dinero, o aceptar una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia.

Las acciones típicas son idénticas que el supuesto anterior, y se presenta así como un tipo penal complejo alternativo con las mismas características que el delito básico.

Desde el punto de vista subjetivo el autor debe obrar con la finalidad de obtener también una decisión de un funcionario público, en este caso calificado, y siempre dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Por ello es que la ley penal aclara que el sujeto activo debe procurar con su conducta el hacer valer su influencia real y efectiva sobre tales sujetos, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos propios de estos funcionarios.

Se procura que tales magistrados pronuncien un fallo a través de su emisión con la sentencia, definitiva o interlocutoria, en el caso del Poder Judicial, o de su dictamen en el supuesto del Ministerio Público.

También quedan alcanzadas aquellas otras decisiones de contenido jurisdiccional, como ser las providencias simples y también otras decisiones que no son estrictamente jurisdiccionales pero que son pro-

<sup>56</sup> DONNA, ob. cit., t. III, p. 262.

nunciadas por tales magistrados, como ser las atinentes a cuestiones de superintendencia o de índole disciplinaria<sup>57</sup>.

Por su parte, el Ministerio Público es bicéfalo y se compone del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, con lo cual los defensores generales, defensores de Cámaras y Juzgados de Primera Instancia quedarían comprendidos en esta disposición, aunque técnicamente —en estos últimos casos— los defensores oficiales no emitan dictámenes, resoluciones o fallos, sino más bien presentaciones, escritos y peticiones relacionados con su actuación.

Siendo ello así, será muy difícil la hipótesis delictiva que los pueda llevar a vincular con esta clase de sucesos punitivos.

## V. Cohecho pasivo agravado

La norma penal vinculada con el llamado cohecho pasivo agravado se encuentra prevista por el artículo 257 del Código Penal.

Expresa el mencionado artículo lo siguiente:

**Art. 257** Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

Aquí la conducta de cohecho se califica por la calidad personal del funcionario, tratándose de un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. No constituye un tipo penal autónomo, sino específico con relación al cohecho pasivo en su figura básica<sup>58</sup>, en razón a la condición del autor y por la naturaleza del hecho que es objeto del trato corrupto.

Señalaremos algunas particularidades de esta figura.

<sup>57</sup> En fin, todo aquello que haga al actuar jurisdiccional aunque no se trata de un expediente judicial propiamente dicho se verá alcanzado por la prohibición aquí contenida.

<sup>58</sup> Ver CREUS y BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, p. 293.

### a) Sujeto activo

Autor del cohecho agravado puede ser únicamente un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, cualquiera sea su competencia<sup>59</sup>. La disposición no alcanza a los árbitros y arbitradores amigables componedores, aun cuando esta interpretación no es pacífica<sup>60</sup>. En cambio los conjuces están comprendidos en la agravante del artículo 257 del Código Penal.

### b) La conducta

En el tipo objetivo los comportamientos típicos resultan semejantes a los del artículo 256 de la ley penal, sea que por sí o por persona interpuesta, el sujeto activo (magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público) recibiere dinero o cualquiera otra dádiva.

Es presupuesto —como expresa Aguirre Obarrio<sup>61</sup>— que el sujeto activo tenga un “asunto sometido a su competencia”, entendiéndose que debe tratarse de cuestiones jurisdiccionales, es decir, de una actuación judicial. Están comprendidas las decisiones de superintendencia, permisos y sanciones a empleados, pero no hechos de actuación funcional inocua, como atender o no recibir a las partes, como estar presente o no en diligencias dispuestas, etcétera, que se resuelven por la vía disciplinaria.

Tratándose de un asunto sometido a la competencia del magistrado, el mismo puede abarcar distintos aspectos, incluso el acuerdo espurio celebrado con el fin de “garantizar el veloz procedimiento del proceso, como también sus resultados”<sup>62</sup>.

Aun cuando el tipo penal no lo expresa en forma taxativa, enten-

<sup>59</sup> J. A. 1990-IV, Sínt.

<sup>60</sup> Los árbitros actúan, en realidad, como verdaderos jueces de Derecho, y desde este punto de vista Soler estima que están comprendidos, pero no los arbitradores y amigables componedores, pues no parece correcto extender la figura agravada a personas distintas de los jueces propiamente dichos. Cuando la ley ha querido ampliar los sujetos por equiparación, lo ha dicho claramente, incluso con los árbitros, como en el tercer párrafo del artículo 269 del catálogo penal. Ver ob. cit., t. V, p. 164.

<sup>61</sup> *Los delitos* cit., t. III, p. 356.

<sup>62</sup> Cfr. CNCCorr., sala IV, “Embón”, del 7-7-2003, c. 21.237.

demostramos que también puede cometerse este delito mediando una "persona interpuesta", tal como se refiere el artículo anterior al modo o forma de realización de la conducta típica<sup>63</sup>.

En cuanto a las demás características del tipo objetivo y subjetivo, remitimos a lo dicho oportunamente al tratar el delito de cohecho pasivo, ya que, reiteramos, ésta es una forma especial caracterizada por la calidad del autor y la naturaleza del hecho que se propone obtener a cambio del beneficio pretendido.

## VI. Cohecho activo

El llamado cohecho activo es contemplado por la ley penal en el artículo 258 de su catálogo, aunque comprende en realidad dos figuras penales diferentes.

Expresa dicho artículo, refiriéndose a estas conductas ilícitas:

**Art. 258** Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

Veamos sus particularidades.

### a) Diferencias con el cohecho pasivo

La conducta del sujeto activo en el artículo 258 reseñado es distinta de la que cumple el funcionario en el cohecho pasivo. En la incriminación señalada en primer término se "da u ofrece la dádiva". En los artículos 256 y 257 del Código Penal se la recibe o acepta.

<sup>63</sup> No significa esto ampliar el tipo penal, sino que simplemente se reduce a una cuestión de participación—si el tercero obra con dolo—o a una mera forma de realización del hecho previsto por la ley.

Por otra parte, en el cohecho activo (art. 258) únicamente se hace referencia a dádivas. En cambio los artículos 256 y 257 del texto punitivo aluden al dinero, además de la dádiva.

A diferencia del pasivo, el cohecho activo es un delito unilateral, el cual no depende del encuentro con otras conductas punibles.

### b) Bien jurídico tutelado

El artículo 258 del Código Penal protege el recto funcionamiento y prestigio contra el peligro que sus agentes (funcionarios, jueces, fiscales, defensores, etc.) puedan ceder a la venalidad.

No existe duda alguna entonces de que en los casos de cohecho y de tráfico de influencias lo que se intenta tutelar es el recto funcionamiento de la administración pública, y dentro de ésta, el adecuado funcionamiento de la administración de justicia y el correcto y legal desempeño de sus autoridades, como también la imagen de transparencia que debe mantenerse en este marco de actividades de interés público.

### c) Sujeto activo

La legitimación activa puede tenerla cualquiera, siendo indiferente que sea un particular o un funcionario público. En este último caso la última parte del artículo contiene un agravante constituido por la pena de inhabilitación.

Ello demuestra que el autor de esta conducta puede ser tanto un particular como un funcionario que pertenece a la administración pública en cualquiera de sus áreas. En este último caso la pena es más gravosa en razón de la calidad que ostenta el agente comisivo.

### d) Las conductas típicas

Existen distintas modalidades delictivas comprendidas en esta norma penal.

Conforme la tipología que se expresa en el artículo en comento, podemos a nuestro criterio distinguir dos modalidades ilícitas diferentes.

En efecto, ellas son las siguientes.

### 1) *Cohecho activo y tráfico de influencias activo*

Se subsumen en la primera parte de esta regulación legal dos formas punitivas equiparadas en su penalidad. Una de ellas estaría constituida por el denominado "cohecho activo", y la segunda por lo que tradicionalmente podría ser considerado como "tráfico de influencias activo", según que la intención del sujeto activo de este delito sea la de conseguir que el destinatario actúe haciendo, omitiendo o retardando un acto de su función (cohecho pasivo), o que el mismo haga valer indebidamente su influencia ante un funcionario público común, para que este último haga, deje de hacer o retarde también un acto funcional (tráfico de influencias pasivo).

Las conductas típicas en estos supuestos consisten en "dar" u "ofrecer" dádivas para el logro de aquel propósito.

En este sentido puede señalarse que realiza la acción típica de dar aquel que entrega o pone a disposición algo dotado de valor económico para el receptor. Por otro lado, ofrece la dádiva quien se compromete a dar o a hacer algo.

En ambos casos, la dádiva debe darse u ofrecerse al funcionario público con una finalidad específica, sea para que éste haga, retarde o deje de hacer algo que está dentro del ámbito de su competencia y sea propio de su función (art. 256, CP), o al particular o funcionario público, para que haga valer indebidamente su influencia ante otro funcionario para que éste actúe de igual modo que en el caso anterior (art. 256 bis, primera parte).

Lo delictivo en estos casos está referido exclusivamente a las dádivas, y no se contemplan expresamente ni el ofrecimiento de dinero –aunque pueda ser incluido en el tipo dentro del concepto de "dádiva"– ni tampoco la formulación de la promesa directa o indirecta a los que aluden los tipos penales involucrados en esta figura<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Ello merece ser debidamente interpretado, puesto que una primera aproximación al tema podría llevar al absurdo de considerar que si un particular propone a un funcionario público un acuerdo basado en la concreción futura de una promesa directa o indirecta de contenido económico, o de beneficio para tal sujeto, el hecho quedaría fuera del tipo que venimos comentando. Incluso, tomando el concepto de dádiva que surge de la integración con la normativa internacional, y específicamente lo contenido

De todos modos, en nuestra opinión hubiese sido mejor aprovechar la reforma penal operada en torno a estas figuras y consagrar expresamente la modalidad delictiva del cohecho pasivo o del llamado tráfico de influencias pasivo, e incluir la formulación de una promesa directa o indirecta que tuviere dicho contenido. De este modo se respetaría el anverso de aquellas modalidades ilícitas y se correspondería con una mejor técnica legislativa.

### 2) *Tráfico de influencias activo y cohecho activo agravados*

Estas formas ilícitas aparecen contempladas por la segunda parte de este artículo 258 del Código Penal, y consisten también en dar u ofrecer una dádiva, pero en este caso para que un sujeto haga valer indebidamente su influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia (tráfico de influencias agravado, art. 256 bis, 2º párr. del CP), o para que un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público emita, dicte, retarde u omita dictar una resolución, fallo o dictamen en los mismos asuntos.

#### e) *Tentativa y consumación*

La consumación opera en el momento en que la dádiva se entrega u ofrece. El simple ofrecimiento de dádivas ha de considerarse como una conducta de peligro, prevista como delito *per se*. En este caso particular la ley penal ha considerado como conducta punible una acción que ni siquiera alcanza el grado de tentativa, ya que se trata de un simple acto preparatorio.

Se ha dicho que el delito se consuma "al formular la propuesta

por el art. 6º de la ley 24.759 que ratifica en nuestro país la Convención Interamericana contra la Corrupción de funcionarios públicos, es dable señalar que en el punto 1º, apartado a) de dicho artículo, se entiende como objeto de delito todo aquello que posea valor pecuniario, favores, promesas o ventajas para sí o para un tercero, con lo cual la formulación de una promesa en tal sentido quedaría abarcada dentro de la categorización que aquí se establece.

(ofrecer), al llegar a conocimiento del funcionario la proposición<sup>65</sup>, como así también que “basta para su consumación el solo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance, aunque no en la mano del funcionario, el regalo de algún bien o dinero, o crédito, etcétera, no siendo necesaria la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo”<sup>66</sup>.

Siendo ello así podría plantearse la hipótesis de un ofrecimiento que se dirige por carta o correo al funcionario público y no llega a destino por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Si entendemos que el delito se concreta al llegar la promesa o dádiva a conocimiento del funcionario público<sup>67</sup>, podríamos llegar a considerar a aquel su- puesto como un caso de tentativa.

La consumación se dará, pues, cuando se produce concretamente el ofrecimiento, o en su caso la entrega por parte del sujeto activo, siendo indiferente la actitud que asuma el funcionario público, porque el delito se consuma tanto si acepta como si rechaza el ofrecimiento<sup>68</sup>. En tal sentido, la actitud del destinatario no pertenece al tipo objetivo de este delito, “al punto que el rechazo del dinero en nada afecta la integridad del injusto ya cometido del autor, con la simple propuesta venal”<sup>69</sup>.

El objeto de este delito está constituido por el intento de disuadir a los funcionarios públicos de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública<sup>70</sup>, y por ello, a diferencia del cohecho pasivo, este delito no configura un tipo de codelinquencia necesaria, ya que el delito se consuma sin necesidad de la concreción del acuerdo<sup>71</sup> que era necesario en la figura del artículo 256 del Código Penal como habíamos visto anteriormente.

<sup>65</sup> Ver CNFed.CCcorr., sala I, “Conforti”, del 13-11-97, elDial – AJ759.

<sup>66</sup> Ver CNCas.Pen., sala III, “Montalto”, del 11-8-99, elDial – AD900. En igual sentido, recientemente, CFed. de Salta, “Farfan”, del 7-1-2009, L. L. Noroeste, Año 13, N° 3, abril de 2009, p. 237.

<sup>67</sup> Ver CNCas.Pen., sala II, “Torres”, del 23-9-2002, c. 3891, del voto del Dr. Madueño.

<sup>68</sup> Ver CNCas.Pen., sala III, “Montalto”, ya citado.

<sup>69</sup> Cfr. CNFed.CCcorr., sala II, “Navarro”, Bol. Jurisp., 1992, p. 178.

<sup>70</sup> Ver CNCas.Pen., sala III, “Montalto”, ya citado.

<sup>71</sup> Ver CNCas.Pen., sala II, “Torres”, voto del Dr. Madueño, ya citado.

## VII. Soborno transnacional

La norma punitiva se encuentra contemplada en la actualidad por el artículo 258 bis del Código Penal.

Expresa el mencionado artículo:

**Art. 258 bis** Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta (*Artículo sustituido por ley 27.401, B. O. del 1-12-2017*).

### a) Antecedentes

Este tipo penal se agregó al Código observando las recomendaciones de la Convención Interamericana de la OEA contra la Corrupción, ratificada por nuestro país conforme a la ley 24.759.

Se trata de un tipo penal totalmente novedoso incorporado en el Código Penal argentino, ya que el soborno transnacional –como hecho delictivo– responde a una consecuencia no deseada de la globalización, que no puede ser ignorada por ningún Estado. Si bien se hallaba comprendida dentro de las disposiciones penales anteriores, fue necesario

incluirla en razón de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en el marco de la esfera intercontinental<sup>72</sup>.  
La redacción actual proviene de la ley 27.401 del año 2017.

### b) *La conducta*

Las acciones típicas consisten en ofrecer, prometer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, ya sea directa o indirectamente.

El ofrecimiento implica la propuesta –directa o indirecta– al funcionario público de un tercer Estado, de que acepte un bien dotado de valor económico o cualquier otro beneficio.

Con respecto al verbo típico “otorgar” que emplea nuestra ley, advertimos que constituye una acción que no reconoce tradición legislativa en nuestro Derecho interno, y que viene dada directamente por los términos que utilizara la Convención Interamericana que le sirviera de fuente.

De todos modos creemos que por otorgar debe entenderse la entrega o traspaso material del bien u objeto en cuestión, incluso el hecho de poner a disposición tales bienes<sup>73</sup>.

La reforma legal agregó como conducta típica la acción de “pro-

<sup>72</sup> La redacción proviene de la ley 25.825 del año 2003. Ver antecedentes y fundamento de esta previsión legal en DONNA, ob. cit., t. III, ps. 274 y ss.

<sup>73</sup> Específicamente observamos que los verbos típicos aquí utilizados difieren de los que emplea el legislador argentino para definir el cohecho. En este entendimiento, no existe diferencia entre el cohecho de un funcionario público argentino y un funcionario público extranjero, por lo que simplemente debió utilizarse –en uno u otro caso– la misma definición de la conducta típica, y no recurrir a otros verbos no contemplados por las disposiciones penales anteriores. Lo mismo sucede con el objeto del cohecho, ya que cuando se trata del funcionario nacional basta que sea dinero o dádivas, mientras que para el funcionario extranjero se requiere de otras compensaciones, terminología no usada habitualmente por nuestro sistema punitivo. Nada obsta, pues, a la adecuación de la forma jurídica del soborno transnacional a las costumbres, idioma y tipología propia de nuestro país, adaptando sus contenidos a la sistemática que ya tenía raigambre penal en nuestra legislación punitiva. Al haber procedido de otra forma tal vez más cómoda, copiando textualmente los términos de la Convención Interamericana, sólo se genera confusión, cuando las cosas podrían haberse simplificado sin desmerecer el contenido.

meter” la entrega de alguno de los objetos mencionados en la norma, con la finalidad ilícita allí detallada. Por prometer debe entenderse el compromiso que asume el autor de entregar la suma de dinero, el objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, en el sentido de asegurar el cumplimiento de su acción a cambio del pedido que se le formula a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional.

Se indica en la actualidad que las conductas típicas de ofrecer, prometer u otorgar sean hechas en forma indebida, es decir, que no correspondan legal o reglamentariamente. Se trata de un elemento normativo del tipo que califica a las acciones delictivas, excluyendo de tal modo la comisión de este delito a título de dolo eventual. De todas maneras entendemos que es un agregado superfluo, ya que la posibilidad de ofrecimientos, promesas u otorgamientos de sumas de dinero, objetos de valor pecuniario u otras compensaciones como dádivas, favores o ventajas nos parece que siempre serán “indebidos” cuando son hechos para el cumplimiento de un acto funcional, con lo cual la única alternativa es concluir que se ha establecido de tal modo a efectos de despejar cualquier duda o error que pudiese existir en el ánimo del sujeto activo pudiendo creer que obra debidamente.

Los objetos del delito pueden ser –como dijimos– cualquier objeto de valor pecuniario, valores, títulos de la deuda, etcétera, y “otras compensaciones” como dádivas, favores, promesas o ventajas de cualquier índole<sup>74</sup>.

Desde el punto de vista subjetivo requiere se realice con el fin de que el funcionario de otro Estado realice u omita un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga derivar la influencia derivada de su cargo vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se compone pues el tipo penal de un elemento subjetivo de carácter volitivo que no requiere para su consumación y perfeccionamiento de que el acto funcional se haya cumplido o se haya intentado, bastando para ello la sola realización de alguna de las conductas típicas siempre que se haya cometido con alguno de los propósitos indicados por la norma.

<sup>74</sup> CREUS y BUOMPADRE, ob. cit., t. II, p. 306.

Autor puede ser cualquiera, inclusive un funcionario público, aun que ello no agrave la penalidad<sup>75</sup>.

En tanto el sujeto pasivo es calificado, como dicen Creus y Buompadre<sup>76</sup>, ya que sólo pueden serlo un "funcionario público de otro Estado", o una "organización pública internacional"<sup>77</sup>. El artículo contiene en su último párrafo una aclaración respecto del entendimiento que debe otorgarse a la expresión "funcionario público de otro Estado" o de "cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina". En tal sentido debe interpretarse que dicha referencia se hace a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

Como puede advertirse, se comprenden dentro de este concepto a los funcionarios políticos de otro Estado en cualquiera de sus niveles o jerarquías, como ser Presidentes, Ministros, Gobernadores, Secretarios de Estado, Jefes de Gobierno o Alcaldes o cualquiera fuese su denominación, en la medida en que se trate de quienes cumplen una función pública en otro Estado; como también a quienes se encuentren desempeñando una función jerárquica en organismos, agencias o empresas de carácter público, siempre que dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta sobre las mismas. La expresión puede prestarse a confusiones en este último aspecto. Creemos que esa influencia directa o indirecta debe surgir necesariamente de la composición del organismo o agencia en la cual exista una participación estatal mayoritaria, o cuando por sus estatutos o reglamentaciones internas, el Estado extranjero se encuentre facultado normativamente para tomar decisiones que se encuentren vinculadas a la tarea propia de dicha institución.

<sup>75</sup> A diferencia del artículo 8° de la mencionada Convención que limita la autoría a los nacionales, con residencia habitual y empresas domiciliadas en él.

<sup>76</sup> Ob. cit., t. II, p. 306.

<sup>77</sup> En realidad la norma penal argentina trata de respetar no sólo la idea directriz de la Convención Interamericana sino también su texto en forma integral, lo que creemos no debió ser así, y por el contrario, debió adaptarse a la sistemática impuesta por los otros delitos previstos en este Capítulo, ya que sino podrían existir algunas contradicciones indebidas entre una y otra forma punitiva.

Como reflexión final, tratándose de la aclaración de una expresión o concepto contenido en la Parte especial del Código Penal, pensamos que sistemáticamente hubiese sido lo correcto incluirlo dentro del artículo 77 del Código Penal, en la Parte general, que se ocupa precisamente de la significación de conceptos empelados en el Código.

El delito se consuma con el mero ofrecimiento de un objeto de valor pecuniario, favores, promesas o ventajas, con las finalidades previstas en el tipo legal; si se otorga, se requiere que el objeto o la dádiva sean dados al funcionario público de otro Estado.

Se trata de un delito de dolo directo, y el autor debe conocer que ofrece un soborno a un funcionario extranjero, y además que se trata de un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

#### VIII. Admisión y ofrecimiento de dádivas

La simple admisión y ofrecimiento de dádivas también constituyen conductas punibles en nuestra legislación.

El artículo 259 del Código Penal expresa:

**Art. 259** Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.

El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Este tipo de dádivas ("regalos" decía la fuente original) representan objetos de valor material, pero que en orden a su baja entidad permiten descartar todo acuerdo venal. Así, un retrato dedicado, un ramo de flores u otros obsequios semejantes carecen de significación para considerarlos como supuestos de cohecho. Sin embargo, es necesario que las circunstancias hagan desear todo pensamiento de lucro por parte del funcionario.

De todas maneras, hay un interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual se vería afectada por

el solo hecho de la aceptación de presentes ofrecidos a los funcionarios en consideración a la calidad investida<sup>78</sup>.

Para que sea típica la conducta es menester que las dádivas admitidas sean de cierto valor intrínseco, ya que aquellas sin valor y en general las de tipo honorífico no integrarán el delito previsto en el artículo 259, primera parte<sup>79</sup>.

El delito contenido en el artículo 259 del Código Penal puede ser dividido en dos partes diferentes. Veamos.

#### A. ADMISIÓN DE DÁDIVAS

Una de ellas es la que se corresponde con el denominado ilícito de admisión de dádivas que contempla la conducta del funcionario público que admite, es decir acepta, aquellos objetos o bienes considerados "dádivas", que le fueran entregados en razón de su oficio y mientras siga permaneciendo en el ejercicio de dicho cargo.

##### a) Tipo objetivo

Ha de señalarse en primer lugar el carácter propio de este delito. No se trata ya de que el funcionario haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. La punición obedece al desprestigio que importa para la administración pública la conducta inmoral de quien, sabiendo que se le hace una dádiva en consideración al oficio que desempeña, la acepta, aunque ella sea espontánea y desinteresada en apariencia.

En lo que respecta al término "dádiva" utilizado por la disposición penal, no difiere del entendimiento que le hemos otorgado al ocuparnos del mismo en los delitos precedentes.

El autor sólo podrá ser un funcionario público en los términos del artículo 77 del Código Penal, mientras que el sujeto pasivo está representado por la propia administración pública, en razón de que se lesiona la irreprochabilidad y decoro del funcionario, quien al aceptar una dádiva en consideración al oficio pone en duda la imparcialidad de los actos administrativos que realiza o ejecuta.

<sup>78</sup> SOLER, ob. cit., t. V, p. 167.

<sup>79</sup> SOLER, ob. cit., t. V, p. 167; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, t. II, p. 375.

No quedarían comprendidos en esta figura aquellos regalos u obsequios que son entregados a un funcionario público en ejercicio de la propia liberalidad indiscriminada, los presentes de costumbre o los inspirados en un vínculo determinado o en diversas razones de carácter personal<sup>80</sup>. Se ha afirmado por la jurisprudencia que "la invitación formal por parte de una entidad pública no estatal sin fines de lucro, cursada y aceptada por un senador para concurrir a un congreso internacional en el exterior, no constituye el ofrecimiento de un viaje de placer"<sup>81</sup>, y su aceptación -lógicamente- tampoco perfecciona el ilícito en estudio.

La dádiva debe haber sido aceptada libremente sin que haya existido previamente una conducta ni aun una sugerencia por parte del funcionario público, puesto que de ser así estaríamos en presencia de otro hecho delictivo y no del presente<sup>82</sup>.

El delito previsto en el artículo 259 del Código Penal es doloso, de pura actividad, consumándose en el momento de la aceptación de la dádiva. Tal característica impide admitir la tentativa.

##### b) Tipo subjetivo

El elemento subjetivo exigido expresamente por el tipo legal está configurado por la conciencia y voluntad de que la dádiva aceptada es "en consideración a su oficio", conociéndose por supuesto la calidad de funcionario público del receptor que -lógicamente- debe permanecer en funciones<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. CNCCorr., sala VII, "Vitabile", del 27-5-81, c. 696, Bol. Jurisp., 1981, p. 117.

<sup>81</sup> Ver CNFed.CCcorr., sala I, "Moner Sanz", del 5-6-2001, elDial - AJB93.

<sup>82</sup> Si los funcionarios actúan con intimidación al particular, y obtienen así una suma de dinero para no cumplir con su actuación funcional, la figura aplicable no sería la de admisión de dádivas, sino la de cohecho o concusión. Se equivoca a nuestro juicio la sala IV de la Cámara Nacional de Capital Federal, en "Botazzi", del 30-6-87, c. 32.822, al encuadrar en el art. 259 la conducta de inspectores municipales que mediante intimidación obtienen dinero para no confeccionar un informe desfavorable que propiciara la clausura del instituto geriátrico explotado por la denunciante.

<sup>83</sup> Si la dádiva se entrega en consideración al oficio por su actuación funcional, pero a alguien que ya ha cesado definitivamente en su función, el delito no se verá perpetrado.

Si el funcionario, al admitir la dádiva, se representa como posible que la misma se vincula a su propia actuación funcional futura, la conducta sería constitutiva del cohecho pasivo<sup>84</sup>.  
El dolo consiste aquí en la conciencia y voluntad del oferente de entregar la dádiva, sin necesidad de acuerdo o consenso previo<sup>85</sup>, y que la misma sea entregada en consideración al oficio del receptor. Admite tanto el dolo directo como el dolo eventual.

## B. PRESENTACIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS

Esta forma punitiva representa la contrapartida del ilícito contenido en la primera parte del artículo.

Se trata de sancionar, no sólo al funcionario que ha admitido la dádiva, sino también a quien se la presenta o se la ofrece, pues con ello contribuye al desprestigio de la imagen de imparcialidad de la función pública administrativa.

### a) Tipo objetivo

Las conductas típicas consisten en presentar u ofrecer una dádiva. Se trata de un tipo penal complejo alternativo que se satisface con la realización de cualquiera de las acciones ilícitas mencionadas.

Entendemos que cuando la ley se refiere a "presentar" la dádiva está haciendo alusión al hecho de mostrar o hacerse presente con la cosa o dádiva al funcionario público, o indicar que la misma se encuentra a su disposición. Por su parte, el ofrecimiento consiste en la propuesta de entrega del mismo objeto. Se ha pretendido así captar los posibles momentos de cualquier acción que impliquen tentar al funcionario público para que acepte lo que se propone entregar, o directamente aquel que se vincula con la entrega directa de la cosa prohibida.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, e inclusive otro funcionario público.

<sup>84</sup> En este sentido, la dádiva no tiene que aparecer vinculada al cumplimiento, por parte del funcionario, de un acto o actos futuros, ya que como dice Soler, los agradecimientos anticipados serán siempre sospechosos de cohecho. Ver BUOMPA-DRE, ob. cit., p. 224.

<sup>85</sup> Ver CNCas.Pen., sala II, "Correa", del 26-11-97, c. 1404.

El delito se consuma con la sola presentación u ofrecimiento de la dádiva sin esperar a que el funcionario la acepte, siendo por ende un delito de mera actividad que no requiere la producción de resultado alguno.

En razón de que el mismo se perfecciona cuando la presentación u ofrecimiento llega a conocimiento del funcionario público, la posibilidad de la tentativa parece muy difícil aunque tengamos algunas dudas cuando el ofrecimiento se hace por un medio que no llega a destino por causas ajenas a la voluntad del autor.

### b) Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. El dolo exige por parte del autor el conocimiento de la calidad de funcionario público y la voluntad de ofrecer o presentar la dádiva al mismo en razón o consideración al oficio que desempeña<sup>86</sup>. Siendo ello así, tanto el dolo directo como el dolo eventual son compatibles con esta ilicitud.

## IX. Imposición de multa para los delitos de este Capítulo

**Art. 259 bis** Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (*Artículo incorporado por ley 27.401, B. O. del 1-12-2017*).

Esta disposición tiene como único objetivo establecer una pena complementaria de multa para la comisión de los delitos que están previstos a lo largo de todo el Capítulo VI del Título XI del Código Penal (cohecho y tráfico de influencias en todas sus modalidades y admisión de dádivas).

La multa ha sido fijada en un importe equivalente a un valor que oscila entre dos y cinco veces el monto o el valor del dinero, la dádiva, el beneficio o la ventaja pecuniaria que haya sido ofrecida o entregada. Entendemos que también debió haberse incluido –al menos– la referencia a las sumas o valores "prometidos", a efectos de respetar los

<sup>86</sup> En sentido coincidente ver DONNA, ob. cit., t. III, p. 289.

verbos típicos de las figuras, especialmente a la luz de la última reforma legal al artículo 258 bis. En efecto, parece la aplicación de la multa limitada únicamente a las hipótesis de ofrecimiento y entrega de dinero, dádiva, beneficios indebidos o ventajas pecuniarias, pues no han sido incluidos aquellos que hayan sido "prometidos". Quizás pueda pensarse que en tal supuesto no se aplica la multa, puesto que todavía el dinero, dádiva o beneficio no ha sido entregado efectivamente, mas a poco de reparar que sí se ha incluido la hipótesis de "ofrecimiento" donde tampoco existe un desplazamiento del objeto, aquel razonamiento carece de sentido. Tampoco se incluye el caso de quien "solicita" el dinero, la dádiva o la promesa (como por ejemplo en el art. 256 bis), lo que puede generar algunas dudas en cuanto a la aplicación efectiva de la multa en estos casos.

Si el propósito del legislador hubiese sido imponer una pena de multa para todos los casos delictivos previstos en este Capítulo, debió haberse utilizado una expresión omnicomprendensiva de todos los supuestos allí contenidos.

Por lo demás el artículo 22 bis del Código Penal faculta al juez o tribunal a aplicar una pena de multa aun cuando no esté especialmente prevista en el tipo penal respectivo, cuando el hecho haya sido cometido con ánimo de lucro por parte del autor, aunque —ciertamente— el monto pueda resultar exiguo por la limitación cuantitativa allí contenida, que data del año 1993 y que ha quedado desactualizada frente a los niveles inflacionarios propios de este país, pero ello no es un problema que pueda resolverse en el ámbito de la Parte especial, sino más bien ajustando las cláusulas generales.

## CAPÍTULO VII

### MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

#### I. Malversación de caudales dolosa

La disposición referente al delito de malversación de caudales públicos establece expresamente:

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

Esta ilicitud es conocida con el nombre de malversación de caudales públicos. Veamos sus particularidades.

#### a) Características. Bien jurídico tutelado

Comete el delito previsto en el artículo 260 del Código Penal el funcionario público que administra caudales o efectos, recibe dinero para efectuar los pagos establecidos en las diferentes partidas del presupuesto, y les da una aplicación distinta o diferente. En ese caso comete malversación, pues el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, o sea, se protege el ordenamiento patrimonial de la administración pública.